

## SOMMARIO DEL NUMERO 2/2011

### **Editoriale**

GIACINTO DELLA CANANEA .....	III
------------------------------	-----

### **Saggi**

ANTONIO EMBID IRUJO, <i>El derecho de aguas nel siglo XXI</i> .....	287
GINEVRA CERRINA FERONI, <i>Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano</i> .....	317
STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, <i>Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese</i> .....	381

### **Articoli**

FABIO MERUSI, <i>La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali</i> .....	413
CARLO IBBA, <i>Tramonto delle partecipazioni pubbliche?</i> .....	427
MONICA COCCONI, <i>L'equità del sistema di istruzione e le differenze territoriali nei risultati del servizio scolastico</i> .....	449

### **Studi storici**

GIULIANO FONDERICO, <i>La formazione dei monopoli municipali in Francia</i> ..	469
--	-----

### **Opinioni**

MARCO DUGATO, <i>Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista</i> .....	501
ANDREA BOITANI, <i>Considerazioni economiche in tema di proprietà pubblica e privata nelle utilities</i> .....	515

## sommario

### Commenti

FABIO DI CRISTINA, <i>La contesa tra Stato e Regioni per il nucleare</i> , commento alle sentenze della Corte costituzionale, 9 giugno 2010, n. 215, 23 giugno 2010, n. 278, 3 novembre 2010, n. 331, 26 gennaio 2011, n. 33 .....	525
MARIA DE BENEDETTO, <i>La “giusta misura” della regolazione</i> , commento alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 876.....	551
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	567

## EDITORIALE

1. Un bilancio, anche stilizzato, per fatti essenziali, dell'ultimo decennio nel campo dei servizi pubblici mostra, accanto al progredire delle liberalizzazioni per i servizi industriali aventi rilievo nazionale, il persistere delle riserve a livello locale e il ristagno degli investimenti nelle infrastrutture. Relativamente a questi ultimi, il ritardo che l'Italia, nel suo complesso, accusa è tornato a proporsi in tutta la sua gravità, in tutto il suo spessore. Esso non dipende soltanto dalla cronica scarsità di capitali, acuita dalla crisi finanziaria ed economica che si è manifestata a partire dal 2008. Dipende, altresì, da una cornice giuridica inadeguata, perché insufficientemente stabile nel tempo e fonte di eccessivi oneri burocratici per le imprese. Rimuovere quegli oneri, attingere a nuovi capitali, promuovere interventi indispensabili per mettere il nostro Paese al passo con i principali partner europei: su ciò vi è consenso pressoché unanime nelle sedi istituzionali, oltre che in quelle scientifiche. Vi è dissenso, invece, circa il progredire delle liberalizzazioni non solo a livello nazionale, ma anche a livello locale. In sede economica, prevale l'opinione che le liberalizzazioni contribuirebbero ad attenuare la gravità del fondamentale problema di cui l'Italia del Duemila soffre, a un confronto internazionale, ossia un problema di crescita. Le ragioni della teoria giuridica restano – invece – irrimediabilmente divise fra vantaggi e svantaggi possibili. Essa ha dimostrato l'esistenza di *pro* e *contra*, non è riuscita a quantificarne la rispettiva rilevanza in modo risolutivo. Tutte le tesi sono state sostenute e contraddette, all'interno della cornice giuridica esistente, in numerosi incontri di studio e, sempre più spesso, davanti ai giudici nazionali e a quelli dell'Unione europea. Non ha molto senso, quindi, ricercare una linea mediana tra posizioni assai polarizzate, alle quali hanno non di rado fatto riferimento i decisori politici.

2. È da parte di questi ultimi che si profila un cambiamento di ampia portata, se non un indirizzo politico del tutto nuovo, quanto meno una rilevante rettifica dell'indirizzo seguito nel corso dell'ultimo decennio. Più che alle dichiarazioni d'intenti, innumerevoli e mutevoli, è bene fare riferimento a due precisi atti ufficiali. Il primo è la lettera inviata dall'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi al Presidente della Banca centrale europea. Quest'ultimo aveva sollecitato, nell'agosto di quest'anno, «la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali». Quella sollecitazione è stata accolta nelle sue linee essenziali, non senza ritardi comprensibili – data la portata del riordino da intraprendere – ed eccezioni. Il secondo atto nel quale

## giacinto della cananea

il cambiamento dell'indirizzo politico si è manifestato è costituito dalle dichiarazioni programmatiche rese al Parlamento dal Presidente del Consiglio Mario Monti. Esse attestano una mutata consapevolezza dell'importanza che la promozione della concorrenza può avere per «accrescere la produttività totale dell'economia»; enunciano l'intento di «rafforzare gli strumenti d'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in caso di disposizioni legislative o amministrative, statali o locali che effetti distorsivi della concorrenza»; impegnano il nuovo esecutivo ad «accrescere la qualità dei servizi pubblici, nel quadro di un'azione volta a ridurre il deficit di concorrenza a livello locale» (testo delle dichiarazioni rese al Senato, 17 novembre 2011). Adeguata attenzione è rivolta, altresì, alla promozione degli investimenti, pubblici e privati, nelle infrastrutture fisiche.

3. L'arretratezza di queste ultime è tale, soprattutto nel Mezzogiorno e nelle Isole, da compromettere le opportunità di sviluppo, che pure vi sono, da limitare il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti. Ma la possibilità che quelle opportunità siano colte e che quei diritti siano esercitati risente negativamente anche delle carenze relative ad altre importanti infrastrutture, immateriali, come quelle giuridiche. L'ammodernamento dell'ordinamento giuridico dell'economia, cruciale non solo per la crescita ma anche per lo sviluppo civile (che attende ancora norme fiscali adatte a incentivare lasciti e donazioni dei privati, come accade altrove), non è compito esclusivo dei poteri pubblici. Occorre anche una visione d'insieme che presti la dovuta attenzione ai raccordi, alle interferenze, e alle differenze non eliminabili tra la cultura giuridica e quella economica, nonché all'azione e all'inazione degli interessi costituiti. Su questi versanti, *Munus* proseguirà la propria opera di analisi obiettiva e accurata dei mutamenti annunciati e di quelli reali.

*Giacinto della Cananea*

## EL DERECHO DE AGUAS DEL SIGLO XXI

SOMMARIO: 1. Introducción general. – 2. Rasgos característicos del derecho de aguas español. – 3. El significado de la constitución de 1978 y su desarrollo por la ley de aguas de 1985. El desarrollo y aplicación de los principios de ésta. – 3.1. Características básicas de la constitución de 1978. – 3.2. El desarrollo por la legislación ordinaria: la ley de aguas de 1985. – 3.3. El desarrollo de la ley de aguas de 1985 – 4. El derecho de aguas del siglo XXI. – 4.1. Rasgos generales de la evolución del derecho de aguas en el siglo XXI. – 4.2. La profundización en distintos aspectos de esos rasgos generales.

### 1. Introducción general

El objeto principal de este trabajo es discurrir acerca de lo que, en mi opinión, serán rasgos del derecho de aguas del siglo XXI. Un objeto de trabajo válido para cualquier país en tanto en cuanto entiendo que las condiciones que se van a desarrollar –como ya está sucediendo así de forma clara– van a unificar sustancialmente los rasgos fundamentales de los derechos nacionales de aguas en función de las exigencias puramente ambientales de conservación del recurso.

Para describir ese objeto de tratamiento partiré, no obstante, de datos asentados del derecho español de aguas describiendo, en primer lugar, sus características generales (II) para, a continuación y despreciando ahora el examen de otros elementos históricos, partir del significado que para la evolución del derecho de aguas español tuvo la Constitución de 1978 y la Ley de Aguas de 1985, de la que también describiré sus rasgos fundamentales de desarrollo (III); solo entonces y ya olvidándome como regla general de la observación específica del derecho español, estaré en disposición de discurrir sobre el contenido de ese derecho de aguas del siglo XXI (IV).

El pretexto para llevar a cabo este recorrido sobre la base del derecho español no radica, solamente, en mi carácter de jurista español y, por tanto, obligado conocedor del mismo, sino en el significado específico que ha tenido este derecho que, desde muy antiguo, cuenta con una ley central específica (1866 como fecha última de referencia si bien el texto se ve refor-

mado en 1879 desarrollándose la vigencia de éste hasta que es sustituido en 1985 ya en un tiempo histórico y jurídico completamente distinto del que presidió el nacimiento de la ley de aguas) objeto de desarrollos interesantes, y que por la atención constante y el cuidado que ha gozado por la doctrina y la jurisprudencia, puede convertirse en elemento válido para extraer del mismo conclusiones que pueden ser utilidad universal (Embid Irujo, 2007, 5 y ss.).

## 2. Rasgos característicos del derecho de aguas español

Pues bien, en relación al primero de los objetivos que se han narrado en el anterior apartado debo decir que el Derecho de aguas español:

a) Tiene un *objeto material* que ha conocido algunos cambios a lo largo del tiempo pero que ha sido, sin embargo, relativamente estable en lo sustancial. Así, son las *aguas continentales* su tópico de tratamiento, entendiéndose por tales tanto a las superficiales como a las subterráneas y refiriéndose las reglas existentes en cada momento al estatuto de dichas aguas que incluye su naturaleza jurídica y sus formas de aprovechamiento. También se refiere el derecho de aguas al régimen de realización de las obras hidráulicas (cuestión normalmente vinculada al aprovechamiento) y al régimen económico-financiero del agua, compleja relación de normas que, del mismo modo, guarda evidente proximidad con las obras hidráulicas. Obviamente y desde tiempos relativamente recientes, el objeto de tal legislación se extiende al cuidado ambiental de las aguas velando, en terminología moderna, porque alcancen o conserven el buen estado ecológico.

No obstante y en algún momento de nuestra historia, la Ley de Aguas (la de 1866) se ha referido también al estatuto de las aguas marítimas hasta que la Ley de Aguas de 1879 y la Ley de Puertos de 1880 diferenciaron en diversos textos su régimen, centradas cada una de las Leyes citadas, respectivamente, en las aguas continentales y en las aguas marítimas. Hoy en día, no obstante, y por efectos de la Directiva Marco comunitaria (2000) vuelven a aparecer en la vigente Ley de Aguas (la referencia al derecho vigente es siempre al Texto Refundido de 2001) normas relativas a las aguas marítimas (entendiendo dentro de ellas a las costeras y a las de transición) tras la transposición de dicha Directiva realizada por el art. 129 de la Ley 62/2003.

b) El Derecho de Aguas ha sido, usualmente, un *derecho interno*, entendiéndose por el mismo aquél que es objeto de elaboración y aprobación por

los órganos pertenecientes a la estructura institucional fundamental del Estado con capacidad de creación normativa (el Parlamento – las Cortes Generales –, y el Gobierno). Desde la promulgación de la Constitución de 1978 con el proceso de elaboración sucesiva de los Estatutos de Autonomías (1979-1983) y de sus primeras reformas (proceso abierto en marzo de 1994 y que se extiende hasta el año 2000 y que fue precedido por la Ley Orgánica 23/1992 resultado de los Pactos autonómicos de febrero de 1992) así como el nuevo proceso de reformas abierto en 2006 (más bien y en algunos casos se trata de la construcción casi de nueva planta de estructuras estatutarias, al margen de su real capacidad de innovación, cosa que solo podrá ser advertida con el transcurso del tiempo pero sobre la que mantengo razonables, creo, dudas), el Derecho de Aguas se forma también con Leyes y Reglamentos provenientes de los órganos con capacidad de producción normativa de las Comunidades Autónomas (Parlamentos territoriales y Gobiernos), que intervienen basándose tanto en las competencias sobre sus propias cuencas hidrográficas –aguas que discurren solo por el territorio de la propia Comunidad en la dicción constitucional ex art. 149.1.22– como sobre sus competencias sobre abastecimiento y depuración de aguas residuales, ámbito en el que pueden compartir sus competencias con los Municipios y siempre contando con el valor de la normativa básica del Estado que, en ocasiones, puede tener hasta el carácter de exclusiva (por ejemplo en el ámbito de la naturaleza jurídica de las aguas).

No obstante, cada vez más son aplicables a las aguas continentales instrumentos de *Derecho Internacional*. En algunos casos podemos observar Tratados o Convenios bilaterales entre Estados (por ejemplo, el Convenio de 1998 con Portugal usualmente llamado Convenio de Albufeira), otras (las más) normas de Derecho comunitario precisadas usualmente de transposición al Derecho interno para ser eficaces en cuanto se trata de Directivas. Todo ello a falta de la entrada en vigor de instrumentos multilaterales internacionales de amplio valor y pretensiones innovativas como el Convenio de Naciones Unidas de 1997 (de Nueva York) relativo a los usos del agua distintos al de la navegación en los cursos de agua internacionales.

c) Las normas de Derecho de aguas pueden ser encuadradas en la mayor parte de las ocasiones dentro de la categoría de las normas de “*Derecho público*”, o sea de aquéllas que se refieren a la ordenación de relaciones jurídicas en las que una parte de dicha relación es de forma directa (piénsese en la concesión de aguas públicas) o indirecta (téngase ahora la referencia en la autorización de los contratos de cesión de derechos de uso de agua suscritos entre usuarios, o sea una relación jurídica puramente privada)

un poder público. Y dentro de esta categoría de normas de “Derecho público”, la mayor parte de las mismas pertenecerían al sector o área de conocimiento que solemos conocer como Derecho Administrativo sin poder olvidarnos, no obstante, del papel de las normas penales (valor de las normas penales al que llama directamente la misma Constitución Española, art. 45.3, que prevé la sanción penal para las infracciones más graves a la protección del medio ambiente al que se refiere el propio art. 45) o de las normas financieras o tributarias (pues naturaleza jurídica tributaria tienen las distintas figuras reguladas dentro del régimen económico-financiero del agua).

No obstante la validez del aserto anterior, en la historia del Derecho de aguas español las normas civiles han tenido una singular incidencia, pues, por ejemplo, la regulación de la propiedad de las aguas era una de las propiedades especiales incluidas en el Código Civil de 1888-1889. El proceso de demanialización general de las aguas afrontado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, representa una pérdida evidente de importancia de dichas normas civiles que, aun en los casos en que los titulares de derechos de agua (propietarios dirá el Tribunal Supremo a partir de 1996) hayan decidido mantenerse en la situación que tenían hasta el momento tal y como indican las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de 1985 (momento que es el de entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, es decir el 1 de enero de 1986), su situación jurídica está fundamentalmente regulada por normas jurídico-públicas, como lo son las propias disposiciones transitorias citadas pues la propiedad de las aguas, aun privada, es un claro ejemplo de propiedad vinculada. En todo caso no debe olvidarse cómo en el tema de servidumbres el propio TRLA remite a las normas civiles y que también deberá tenerse en cuenta el derecho privado en otros ámbitos, como en las inscripciones de los derechos sobre el agua en el Registro de la Propiedad.

d) Las normas de Derecho de aguas tienen una *profunda base ambiental* sin que se pueda decir que todas ellas pertenecen estrictamente hablando a tal ámbito del Derecho. No obstante, y aun en los supuestos de regulaciones jurídicas teóricamente pertenecientes a otro espacio de regulación (el dominio público o la propiedad en general, por ejemplo), es más que advertible la singular relación entre cualquier tipo de norma y su finalidad o justificación ambiental que siempre está implícita en la regla jurídica. No hay que olvidarse de que la Constitución española prevé dentro de un artículo de exclusivo signo ambiental (el 45) la “utilización racional de todos los recursos naturales” (apartado segundo y con idéntica expresión puede



verse el art. 174.1 del Tratado de las Comunidades Europeas que añade el vocablo “prudente”) dentro de los que, evidentemente, se encuentra el agua, lo que permite sustentar claramente lo que se indica en estas líneas.

Todo ello le da al Derecho de aguas español un aspecto “conservacionista” del recurso, estando orientadas muchas de sus normas en esa dirección, de lo que da buena prueba la referencia permanente al uso “racional” de las aguas que en el TRLA equivale, siempre, al de menor consumo y mayor utilidad (Embuid Irujo, 1997, 211) y que puede operar en muchos ámbitos, entre ellos el del conflicto entre solicitantes del derecho al uso privativo de las aguas. Desde ese punto de vista conservacionista se distingue el Derecho de aguas del Derecho de minas, en el que prima, sobre todo, la utilización absoluta y exhaustiva del recurso (mineral) concedido lo que no empece a las obligaciones del concesionario de restauración o rehabilitación del lugar afectado por la explotación minera. Lo que indico acerca de las características de la relación entre Derecho de aguas y de minas tiene una singular importancia si se tiene en cuenta la práctica en algunos lugares (Alto Guadiana, cuenca del Segura, Almería ...) de la explotación de las aguas subterráneas –hasta la Ley de Aguas de 1985 objeto de la regulación minera–, conducida por muchos particulares bajo criterios de utilidad y rentabilidad máxima –agotamiento– frente a lo que el Poder público reacciona tardíamente con la figura de la sobreexplotación definitiva de acuíferos (declaración de masas subterráneas en situación de riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico en la nueva terminología procedente de la Directiva marco comunitaria de 2000) que mira, con más o menos éxito, a la conservación del recurso y hasta a la vuelta atrás del proceso destructor y consumidor con distintos instrumentos (por ejemplo el Plan Especial del Alto Guadiana previsto por la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional).

e) Se trata de un *Derecho de raíces sociológicas muy fuertes*, un Derecho vivido y construido tradicionalmente en torno a pequeñas agrupaciones humanas del que quedan rastros antiquísimos (por ejemplo el bronce de Contrebia que describe un pleito entre municipios vecinos, o el bronce de Agón que contiene las ordenanzas de una comunidad de regantes – en los dos casos en lugares situados en el territorio que actualmente llamamos Aragón – con alrededor de 2.100 años de antigüedad) y pistas en la legislación vigente (apelación a la costumbre en la regulación de las Comunidades de usuarios, mención a los tribunales consuetudinarios en el art. 125 de la Constitución, nada menos) que denotan ese origen y hasta un presente que, en verdad, está bastante mixtificado por la complejidad de una gestión mo-

derna de las aguas en la que las nuevas tecnologías tienen cada vez una mayor importancia.

f) Es un Derecho cuyo *contenido, usualmente, ha estado relacionado con los datos hidrológicos de un país* (mayores o menos lluvias, aridez relativa etc... con las consecuencias fácilmente pensables sobre el régimen jurídico de la propiedad o de la intervención pública). Sobre ello existe una tradicional opinión doctrinal que tiene que ser revisada, sin duda, pues *las consideraciones ambientales unifican u homogeneizan derechos* con ausencia de ese dato distintivo de fondo de las condiciones hidrológicas del país. Ese proceso es general allá donde se mire bien que en determinados espacios territoriales, exista una singular incidencia del proceso homogeneizador que narro. Es el caso de los 27 países pertenecientes a la Unión Europea cuyos derechos internos están fuertemente influenciados por las normas de la Unión, elaboradas fundamentalmente desde las competencias de la Comunidad sobre política ambiental, lo que está notablemente acentuado desde la entrada en vigor de la Directiva marco europea de 2000.

g) Se trata de un Derecho, finalmente, que tras una etapa de aparente estabilidad (nótese la vigencia durante algo más de un siglo de la Ley de Aguas de 1879) presenta en la actualidad un *fuerte dinamismo en su evolución* como lo tiene la misma sociedad a la que sirve o de la que es su producto. Ello se corresponde, sin ninguna duda, con la evidente “crisis del agua” que se vive actualmente -no sólo en España-, y que se manifiesta por un fuerte antagonismo entre crecientes -a veces ilimitadas- demandas de agua y una oferta cada vez más limitada por lo que se tiene que atender a la búsqueda de nuevos recursos (reutilización y desalación) dado el agotamiento de los tradicionales -por la imposibilidad y hasta inutilidad, en muchos casos, de realizar las tradicionales obras hidráulicas de regulación- y hasta a políticas de reasignación de recursos que en algunos casos son voluntarias (contrato de cesión de derechos de uso de agua, actividad de los Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua) y en otros compulsivas (revisión concesional).

### **3. El significado de la constitución de 1978 y su desarrollo por la ley de aguas de 1985. El desarrollo y aplicación de los principios de ésta**

El enunciado de la rúbrica lo voy a estudiar en tres apartados sucesivos.

#### *3.1. Características básicas de la constitución de 1978*

La Constitución de 1978 contiene tres características que son básicas y definitorias para el entendimiento del moderno derecho de aguas:

a) *Se trata de una Constitución que otorga un papel muy importante al medio ambiente.* El artículo 45 de la CE refiere el derecho a un medio ambiente adecuado y trata de la utilización racional de los recursos naturales previendo la existencia de sanciones administrativas y hasta penales para los atentados más graves al medio ambiente en este último caso. Se trata de una Constitución plenamente inserta en distintos movimientos y acontecimientos que se desarrollaban en el momento: Conferencia de Estocolmo (1972), nacimiento del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA, 1975), Conferencia de Mar del Plata en el ámbito de las aguas (1977).

b) *La Constitución otorga también una gran relevancia a las propiedades públicas* (art. 132 CE). Así, consagra la pertenencia al dominio público marítimo-terrestre de determinados bienes y prevé la demanialización de otros por Ley conteniendo las características generales del dominio público (imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad). La remisión a la Ley será la justificación jurídica que la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, precisa para la demanialización general de las aguas continentales (art. 2).

c) *La Constitución contiene una estructura territorial de gobierno del Estado descentralizada mediante la previsión de creación de las Comunidades Autónomas.* Esto permite ya plantear desde el mismo texto la existencia de competencias de las CCAA sobre las aguas, bien que con fórmulas poco claras y esencialmente susceptibles de interpretación (art. 149.1.22 CE). Así, el Estado gestionaría las aguas que discurrieran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma, mientras que las CCAA gestionarían las aguas que solo discurrieran por su territorio, lo que ya permite interrogarse acerca de si la Constitución trata de ríos aislados o de cuencas hidrográficas, alternativa que

tampoco solucionarán los Estatutos de Autonomías promulgados a continuación (1979-1983) y que deberá esperar su resolución a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Por su parte, el reparto competencial sobre las obras hidráulicas sigue otras premisas distintas basadas en la atribución al Estado de la competencia sobre las obras de interés general (art. 149.1.24 CE).

### 3.2. El desarrollo por la legislación ordinaria: la ley de aguas de 1985

Con esas bases, unos años más tarde aparecerá la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas para la que:

a) *Los problemas de calidad de las aguas se equiparan formalmente a los de cantidad* en mención específica de su exposición de motivos. Así, se incorporan al texto novedades en ese sentido: regulación de vertidos y de una figura tributaria conexas, el canon de vertidos, evaluación ambiental de obras hidráulicas, mandatos sobre utilización racional de las aguas que tienen su reflejo en diversos ámbitos, como en el sistema concesional, etc.

b) *Se declaran todas las aguas como de dominio público* como consecuencia lógica del principio del ciclo hidrológico en el que se basa la Ley (art. 1), lo que afecta especialmente a las aguas subterráneas (art. 2) previéndose, no obstante, una situación en la que los propietarios pueden ejercer una opción por pasar al régimen público o mantenerse en el sistema como hasta el momento (disposiciones transitorias segunda y tercera), lo que será causa en algunos lugares del territorio español de una deficiente aplicación y del surgimiento de una alta conflictividad en ese ámbito (Alto Guadiana, determinados lugares del Sur de España) que pervive en la actualidad y que, sin duda, es causa de dificultades que ponen en canción la gobernabilidad de las aguas.

c) *Es una Ley que resuelve las opciones de reparto competencial que planteaba la Constitución (art. 149.1.22 CE) a partir del criterio de la cuenca hidrográfica, a la que se define expresamente.* El Estado, por tanto, gestionará las cuencas hidrográficas que abarquen el territorio de más de una Comunidad Autónoma y las CCAA las que se encuentren íntegramente en su territorio.

d) *Además de ello la Ley 29/1985, coloca a la planificación hidrológica como la clave de toda la gestión de las aguas.* Todas las actuaciones sobre el dominio público hidráulico, se dice, deben estar sometidas a la planificación hidrológica (art. 1.3), regulándose la figura de los Planes Hidrológicos de cuenca y

el Plan Hidrológico Nacional. En cuanto a su contenido material, está bien claro que la planificación hidrológica regulada por esta Ley no está constituida sólo por una relación de obras a realizar, como en la planificación hidrológica tradicional, sino que se trata ante todo de una norma, llamada a adoptar decisiones sobre la gestión de las aguas, lo que implica una cierta territorialización del derecho de aguas (Gallego Anabitarte y otros, 662) que se basa en el papel clave de los Planes de cuenca. Por su parte, el Plan Hidrológico Nacional que se debe aprobar por Ley de Cortes Generales, está dedicado esencialmente a regular las transferencias entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca (trasvases).

e) *Se regulan las Confederaciones Hidrográficas como Organismos de cuenca en las cuencas hidrográficas de gestión del Estado configurándolos como Organismos Autónomos con personalidad jurídica y una gran autonomía.* Las Comunidades Autónomas pueden solicitar su incorporación a los Organismos de cuenca del Estado, lo que supone su inserción en determinados órganos de éstos (Junta de Gobierno y Consejo del Agua de la cuenca) en relación a su significación territorial y poblacional en la cuenca respectiva (Fanlo Loras, 1996, in totum). De esa forma se configura una organización administrativa más que singular pues se trata de una parte de la Administración General del Estado, sí, pero fuertemente influenciada por la perspectiva territorial autonómica.

f) *La Ley da un papel esencial a los usuarios en determinados órganos de los Organismos de cuenca garantizándoles una participación de, al menos, el 1/3 de sus miembros en las Juntas de Gobierno y en el Consejo del Agua de la cuenca.* Se trata, por tanto, de un elevadísimo nivel de participación, pues no se incorporan a órganos meramente consultivos sino que las Juntas de Gobierno, como su nombre bien indica, adoptan decisiones para la gestión de la cuenca; igualmente el Consejo del Agua es el órgano de planificación, correspondiéndole como competencia fundamental la de aprobar el Plan Hidrológico de la Cuenca y enviarlo al Consejo de Ministros para su aprobación definitiva.

g) *Se regula un régimen económico-financiero con determinadas figuras tributarias que está vinculado solamente a la realización de las obras hidráulicas, pues el agua, como recurso es gratuita en el derecho español.* Mediante el canon de regulación, los usuarios participan en el pago de las obras de regulación (embalses); y a través de las tarifas de agua, atienden al pago de obras distintas (canales, por ejemplo) y a su explotación. En teoría puede derivarse una recuperación de costes completa de tales figuras tributarias, pero en la práctica el Estado asume distintas cantidades de su pago a título material de subven-

ción (por ejemplo, la partida correspondiente a la laminación de avenidas de los embalses, que puede tener en la práctica un porcentaje variable sobre el conjunto de la amortización relativa a tal embalse).

h) *Finalmente, se regula el Consejo Nacional del Agua, órgano consultivo de amplísima participación* (Administraciones, usuarios, expertos, organizaciones empresariales y sindicales) que debe intervenir obligatoriamente emitiendo dictamen en los proyectos normativos que se refieran a aguas así como en los instrumentos de planificación hidrológica.

Esto sería lo esencial de una Ley que, en general, ha sido bien tratada por los distintos comentaristas aunque ha tenido problemas de aplicación efectiva de algunas de sus instituciones. Ley que conoció su ratificación constitucional prácticamente total a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, un documento capital en el derecho de aguas español y aún en el derecho público.

Es una Ley que ha tenido, obviamente, desarrollos reglamentarios y diversas modificaciones. En el siguiente punto me voy a referir a lo más esencial de ello lo que me dará ocasión de ir narrando la llegada de distintas instituciones al derecho español.

### *3.3. El desarrollo de la ley de aguas de 1985*

El desarrollo de la Ley de Aguas de 1985 comenzará por la aprobación de dos Reglamentos esenciales: el del Dominio Público Hidráulico (1986) y el de la Planificación hidrológica y de la Administración Pública del Agua (1988). Este último permite poner en marcha los trabajos técnicos para la realización de la planificación hidrológica.

#### a) La planificación hidrológica.

En este camino tendrá importancia esencial la presentación de un Borrador de Plan Hidrológico Nacional (1992-1993) que preveía una interconexión entre todas las cuencas hidrográficas peninsulares con la planificación de múltiples trasvases de agua en distintas direcciones. Sobre el texto existirá un amplio debate político y social con el resultado final de que el Gobierno del momento retira dicho Borrador.

Los Planes hidrológicos de cuenca intercomunitarios (los que afectan a varias CCAA y se refieren a las cuencas de gestión del Estado) seguirán su tramitación aprobándose finalmente por el Gobierno de la Nación mediante un Real Decreto en 1998 publicándose las normas de cada Plan al año siguiente, 1999, mediante distintas Órdenes ministeriales.

Un nuevo Plan Hidrológico Nacional se presenta en septiembre de

2000 y tras una tramitación enmarcada en una gran polémica, se transforma en la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. La principal decisión de este Plan –el trasvase del Ebro a las cuencas mediterráneas– fue derogada por Real Decreto Ley en 2004 transformado en Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

Más recientemente se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (2007) con lo que se prepara el terreno para la elaboración de unos nuevos Planes Hidrológicos de Cuenca adaptados a la Directiva marco de aguas (2000).

b) Ciudadanos y usuarios. El derecho a la información.

Los usuarios, como se ha podido observar, forman parte en un porcentaje nada despreciable de órganos que no solo son consultivos, sino decisivos en el ámbito de los Organismos de cuenca. En 1994 se produce la llegada de los “ciudadanos” a través de sus representantes, al Consejo Nacional del Agua y a los Consejos del agua de las cuencas, con una representación reducida que en la actualidad tiende a desarrollarse. También en 1994 se crea el Consejo de Medio Ambiente, como órgano consultivo del Ministerio que, por cierto, a partir de 1996 pasará a llamarse de Medio Ambiente y desde 2004, mediante la fusión con Agricultura, queda desdibujada su configuración ambiental. Está formado por representantes de ONG defensoras del medio ambiente y de organizaciones de consumidores, sindicales y empresariales. En 2006 se le ha dado base legal a este órgano [Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, artículo 19)].

Eso significa que existe una presencia de usuarios y ciudadanos en los órganos que tienen como competencia informar y aprobar la Planificación Hidrológica lo que desde la perspectiva de todas las exigencias que en el plano teórico de la gobernabilidad se hacen en relación a la participación social en la configuración de las políticas públicas sobre el agua, están cumplidas en el derecho español.

El derecho a la información en materia de medio ambiente se regula de forma general en 1995 y desde 1999 (Ley 46/1999, de 13 de diciembre) existe un precepto específico para ello en la Ley de Aguas. En la misma Ley 27/2006 cit. arts. 5 y ss., se ha regulado legalmente el ejercicio de este derecho de información mediante una norma que es heredera del Convenio de Aarhus de 1998. En la práctica, el derecho a la información opera cada vez con mayor intensidad siendo imprescindibles para ello las nuevas tecno-

logías (páginas web). El Consejo del Agua de la demarcación ha sido encargado de estas tareas.

c) El “mercado del agua”; amplio debate teórico y escasas realizaciones prácticas.

Repetidamente durante el período que se está narrando ha habido intervenciones primero de economistas y luego también de expertos en otras áreas del conocimiento y hasta ambientalistas, que han insistido en la necesidad de introducir mecanismos económicos para una mejor gestión de las aguas. En los años 90 del pasado siglo, estos esfuerzos y presiones se incrementaron grandemente, aportándose la experiencia –que siempre se juzgaba como exitosa en los proponentes– de los mercados de aguas en Estados Unidos, Chile o Australia. Se indicaba, así, que mediante el mercado de las aguas se evitaría la realización de muchas obras hidráulicas, pues la mano invisible del mercado conduciría las aguas a las actividades más relevantes económicamente por lo que no sería necesaria la actuación administrativa para preparar la disponibilidad de nuevos recursos. Finalmente, mediante la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, estas ideas pasaron a ser derecho positivo regulándose un mercado de aguas basado en el llamado contrato de cesión de derechos de uso de agua a celebrar entre usuarios y con un leve control administrativo, y también en los llamados Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua, instrumentos de gestión administrativa con origen intelectual en el Banco californiano para la sequía de 1991 y capacitados para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso de agua para luego cederlos a los usuarios.

La experiencia de estos instrumentos de mercado no es muy grande. Son escasas las transacciones de agua que se han celebrado conforme a las previsiones legales, aunque mucho más importante –según suele oírse– el número de las que tienen lugar al margen de los esquemas normativos específicos. En la reciente sequía que comenzó en 2004 y puede prácticamente darse por finalizada en la mayor parte del territorio español en torno a 2008–2009, se han llegado a suscribir contratos entre usuarios de distintas cuencas hidrográficas (Tajo y el Segura, Guadalquivir y el Sur) para atender las necesidades de las cuencas del Segura y del Sur, lo que ha precisado de la autorización legal realizada por el Real Decreto Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de vigencia limitada al 30 de noviembre de 2006 prorrogado hasta el 30 de noviembre de 2007 por el Real Decreto Ley 9/2006, de 15 de septiembre. Son normas típicamente de urgencia y de reacción contra situaciones teóricamente excepcionales pero que cada día están sucediendo con más frecuencia entre nosotros, aventurándose, creo que con entera justicia, que las tendencias ya observadas del cambio climático incrementarán



los desequilibrios hídricos. En todo caso y aun tratándose de escasas transacciones, lo cierto es que han servido para aliviar momentos muy tensos derivados de la escasez de recursos hídricos por la sequía.

d) La trascendencia del derecho comunitario.

Finalmente es necesario mencionar la trascendencia cada día mayor que presenta el derecho comunitario en la política de aguas española. Ya la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, estaba concebida en bastantes de sus contenidos teniendo como referente el acervo comunitario, y puede ser algo más que una casualidad que coincidiera su entrada en vigor con la incorporación de España a las Comunidades Europeas (1 de enero de 1986). Pero esa influencia es cada vez mayor conforme las normas comunitarias van teniendo mayores ambiciones. El punto final en la evolución se alcanza con la Directiva llamada convencionalmente “marco” de aguas (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas), texto que va a homogeneizar los ordenamientos y las políticas de agua de los 27 Estados que la Comunidad tiene a partir del 1 de enero de 2007. Mediante este texto se intenta conseguir un buen estado de las aguas para 2015 (con posibles prolongaciones justificadas de la actuación de los poderes públicos hasta 2027) a partir de diversas técnicas o instrumentos, como la planificación hidrológica de cuenca con ámbito territorial de demarcación, la gestión de las aguas basada en la cuenca hidrográfica y el principio de recuperación de los costes de los servicios proporcionados por el agua. Como podrá observarse, todo esto no resulta extraño al derecho español.

La normativa española acogió el derecho comunitario mediante la reforma del Texto Refundido de la Ley de Aguas realizada por el artículo 129 de la Ley 62/2003.

#### **4. El derecho de aguas del siglo XXI**

Con lo expuesto en los dos apartados anteriores ya se está en disposición de iniciar el proceso de razonamiento acerca de las características que, presumiblemente, puede tener el derecho de aguas del siglo XXI. Para ello me sirvo de las reflexiones que sugieren los anteriores apartados del trabajo a las que sumo una actividad posterior prospectiva sobre la evolución que hemos contemplado en el derecho español. Estas reflexiones y actividad indagadora tienen bien presente que la evolución narrada se basa en unas determinadas premisas que se deducen de datos ambientales, de crecimientos

demográficos con las consiguientes necesidades de producción de alimentos y al surgimiento, en general, de una concepción sobre el agua muy sensible en las naciones desarrolladas, pero cada vez más también en los Estados en vías de desarrollo, a la necesidad de utilización racional del recurso en lo que esta expresión significa de conservación, ahorro y eficacia en su gestión.

Según ello voy a distinguir unos rasgos generales de desarrollo centrados en unas pocas premisas (1) que luego desarrollaré de forma más extensa (2).

#### *4.1. Rasgos generales de la evolución del derecho de aguas en el siglo XXI*

Creo que se tienen que destacar cinco notas fundamentales con las que describir las líneas de la futura evolución:

a) *El Derecho de aguas del siglo XXI se desarrollará en una situación de crisis hídrica y ambiental.*

Lo que llamo crisis hídrica y ambiental marcará, inevitablemente, el contenido del futuro derecho de aguas. Las pruebas de esta situación se observan por doquier y aun sin datos definitivamente contrastados, la práctica totalidad de los científicos competentes en esta materia, señalan la incidencia del cambio climático en las próximas decenas de años con una elevación notable de las temperaturas (sobre cuya amplitud se discrepa) como consecuencia de las emisiones de CO<sub>2</sub> en la atmósfera y los consiguientes efectos en muchos ámbitos, entre ellos en el de las precipitaciones, pudiendo advertirse diferencias en este ámbito entre distintas zonas del mundo. Los periódicos informes que publican los científicos agrupados en el Panel creado por Naciones Unidas (IPPC) revisan periódicamente, en sentido cada vez más negativo, las previsiones sobre aumento de temperaturas y desequilibrios consiguientes motivados prácticamente en su generalidad por la acción del hombre (Embid Irujo, 2010, in totum).

La gravedad de la situación es tal que se están llevando a cabo intensos esfuerzos diplomáticos para conseguir acciones coordinadas entre los países; una cumbre internacional reunida en diciembre de 2009 en Copenhague, no ha conseguido resultados palpables sino profundizar en la difusión generalizada de la grave problemática existente. La reciente reunión de Cancún (diciembre de 2010) tampoco ha podido alcanzar sus enteros objetivos, si bien es de notar la voluntad de prolongación del Protocolo de Kyoto y la creación de un fondo bien dotado económicamente para ayudar a países del tercer mundo en sus políticas de mitigación del cambio climático.

b) *Ese Derecho de aguas será de estructura bien compleja y su pleno conocimiento exigirá una formación técnica interdisciplinar.*

Ya ha comenzado a suceder lo que se anuncia en la rúbrica en la actualidad, pues difícilmente un jurista puede hoy desarrollar su trabajo a plenitud de satisfacción si no tiene determinada información de los conceptos utilizados en determinadas ciencias o conoce algunos principios elementales de las nuevas tecnologías que se están aplicando para el conocimiento o la generación de recursos hídricos. Piénsese, así, en la teledetección, de singular importancia a los efectos de la gestión de las aguas subterráneas; o en el significado de la desalación para el incremento de los nuevos recursos y, otra vez, su gestión; o en los conceptos presentes en las actividades de depuración y saneamiento de las aguas residuales urbanas que pueden, posteriormente, tener sus efectos cuando se plantea la gestión de las aguas regeneradas. La consideración y comprensión básica de los procesos de evaluación ambiental de las obras hidráulicas exige, a su vez, conocimiento de conceptos y métodos utilizados en otras ciencias, como la Biología o la Geología, para poder deducir de las Declaraciones de Impacto Ambiental consecuencias en la configuración de las obras hidráulicas a las que afecten.

Esta característica está relacionada, a su vez, con la misma complejidad del Derecho actual, singularmente del derecho ambiental, cuyo conocimiento utilizando solo la metodología y las técnicas tradicionales en Derecho, da lugar a resultados decepcionantes, dada la configuración sumamente técnica de la mayor parte de las normas a examinar.

c) *Profundas bases democráticas y participativas serán el fundamento sociológico de ese derecho.*

He insistido en las páginas anteriores en el significado de la participación y la información en el derecho de aguas tras la Ley 29/1985. Si la participación de los usuarios ha sido una de las notas características del derecho español de aguas desde antaño, hemos podido contemplar los primeros datos de la llegada del ciudadano, sin más apelativos, a distintos órganos públicos (en 1994). Este es un fenómeno que se acrecentará en el futuro y a esa tendencia sirven también determinados instrumentos comunitarios europeos e internacionales. Las nuevas tecnologías son también imprescindibles en ese ámbito, y hoy no existe administración hídrica que no las use y, todavía más, que no las potencie para difundir su actividad y el resultado de la misma, entre los ciudadanos. Este fenómeno solo puede ser objeto de crecimiento dadas las premisas participativas y democráticas que animan a las sociedades que podríamos denominar como “occidentales”, entendiendo como ellas a las de la Europa comunitaria y a las americanas en general. También a las de

algunos lugares de Asia y Oceanía, estando los continentes africano y la mayor parte del asiático, en general, todavía muy alejados del fenómeno que estoy narrando tan simplificada en este lugar.

Obviamente todo ello precisa de una definición clara y sin mixtificaciones del concepto de usuario (Embid Irujo, 2008, in totum) y de una práctica de la gestión totalmente alejada de cualquier aspecto populista.

d) *El Derecho de aguas del siglo XXI será un derecho fuertemente territorializado o descentralizado.*

Ya hemos contemplado anteriormente la territorialización del derecho de aguas como una de las características que son consecuencia de la configuración de los Planes hidrológicos como norma jurídica por la Ley 29/1985, de Aguas. Sin duda alguna, este fenómeno va a crecer en el futuro a lo que cooperará la asunción en el ámbito de la Europa comunitaria de la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación como técnica de gestión tal y como dispone la Directiva marco de aguas de 2000 aun cuando en el texto comunitario no sea advertible claramente ese carácter de norma jurídica que los Planes hidrológicos han tenido y seguirán teniendo en el ámbito del derecho español.

En realidad nos encontramos ante una de las consecuencias de la diversidad geográfica y climática de los territorios, y característica en la que siempre se ha basado el derecho de aguas bien que no en todas las ocasiones se hayan sacado las consecuencias necesarias de lo que era un firme punto de partida en muchos tratadistas españoles que, no obstante, solo lo aplicaban en el plano nacional, estatal, probablemente como consecuencia de la configuración unitaria del Estado español que no discutían en modo alguno. Nadie pone hoy en tela de juicio la necesidad de reaccionar con distintas técnicas y modo de configurar instituciones tradicionales (por ejemplo, el orden de utilidades del agua según los usos a que se va a destinar) a las exigencias que plantea la geografía y diversas condiciones de los territorios en los que se vayan a aplicar esas normas; ejemplificativamente, las características geográficas y los problemas que tiene hoy en día la relación entre energía (otro de los grandes problemas de la humanidad) y agua, induce a una variación en las jerarquizaciones de usos actualmente conocidas.

e) *El Derecho de aguas del siglo XXI deberá estar presidido por presupuestos de flexibilidad, dinamismo, evolución rápida y adaptativa.*

Esta característica debe leerse en línea de clara conexión con la que acabo de concluir siendo una de sus consecuencias, ese principio adaptativo que menciono en la presente rúbrica.

Para la adecuada comprensión de lo que se indica en punto, debo recomendar otra vez la lectura pormenorizada del apartado III de este trabajo con la narración de la evolución del derecho de aguas español a partir de la promulgación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Señalé en ese lugar el claro “dinamismo” de esa norma (por sus múltiples modificaciones) frente al “estatismo” que presidió la vida de la anterior Ley de Aguas de 1879, vigente durante más de un siglo y todavía con más tiempo si se considera que es, en el fondo, solo un trasunto de la anterior Ley de 1866 suprimiendo –hablando ahora de forma simplificada– la regulación de las aguas marítimas que pasan a la Ley de Puertos de 1880.

Al contrario, el actual texto fundamental del derecho de aguas español conoce de continuas modificaciones que responden tanto a causas internas (vid. como ejemplo de ellas a la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, con la regulación del llamado mercado de aguas y otras instituciones que se apoyan, en general, en la crisis de la tradicional política de oferta de recursos hídricos con independencia de las verdaderas características de la demanda a que parece responder) como a causas externas, entendiéndose por tales, por ejemplo, a la promulgación de la Directiva marco de aguas de 2000, lo más notable a señalar en este terreno. Ese fenómeno va a seguir acentuándose como consecuencia de la crisis ambiental que se vive y tendrá distintas manifestaciones en la gestión de las obras hidráulicas, en la vida de las concesiones o en el régimen económico-financiero, por ejemplo.

Eso quiere decir que el jurista (en el sentido del operador jurídico, en general) que es persona que se puede definir como “conservadora”, en cuanto conocedora del valor de un derecho forjado en la permanencia y en la seguridad consiguiente que ofrece la gestión homogénea de una norma de la que se conoce su funcionalidad aplicativa, deberá adaptarse también a ese cambio reaccionando con prontitud a las nuevas necesidades mediante mecanismos de interpretación jurídica que busquen la mejor utilización racional de las aguas (lo que es, por cierto, la directriz permanente relativa a los recursos naturales que figura en el art. 45.3 de la Constitución española de 1978) con respeto, obviamente, de lo que pueda entenderse como derechos adquiridos de las personas cuando éstos puedan ser afectados.

### *4.2. La profundización en distintos aspectos de esos rasgos generales*

A continuación, señalo con algo más de extensión una serie de características del Derecho de aguas del siglo XXI que de alguna manera deberán considerarse desarrollo necesario de las ya indicadas de forma más genérica en el anterior punto de este apartado del trabajo:

a) *El Derecho de aguas será un derecho ambiental y con bases y fundamentos comunes a los distintos países, al margen de su ubicación geográfica.*

Cada vez más el derecho de aguas, como ordenación de un recurso natural, será un derecho solo ambiental. En la actualidad el aspecto ambiental es ya innegable en ese derecho pero existen juristas y modos interpretativos que distinguen dentro del derecho de aguas los preceptos relativos al “uso” del recurso de los “ambientales”. Ello como si pudieran diferenciarse sustancialmente los planteamientos de “calidad” y de “cantidad” de las aguas, siendo así que para cualquier conocedor de la realidad y, por supuesto, para cualquier gestor, la interrelación entre calidad y cantidad es un presupuesto del trabajo jurídico en este ámbito. Hay que reconocer que esta distinción puede apoyarse en un aspecto de la regulación tradicional de los recursos naturales –no solo de las aguas– apoyada en su carácter de “propiedades”, susceptibles de utilización por los particulares, siendo el signo de la evolución la necesaria consideración ambiental, intrínseca a tal utilización.

Esa base ambiental unificará los distintos derechos de aguas nacionales; y los fundamentos, tal y como dice el título de esta parte del desarrollo, serán comunes a distintos países. Esta premisa no es, ni mucho menos, contradictoria con la afirmación de la territorialización del derecho de aguas en el sentido de coherencia lógica con las exigencias climáticas de distintos lugares que he realizado antes, pues la territorialización no supone olvidar esos fundamentos comunes, sino poner el acento de la innovación jurídica en el desarrollo de lo común, lo que conduce a orientaciones particulares vinculadas por las características geográficas y climáticas singulares.

b) *El Derecho de aguas del siglo XXI estará fuertemente vinculado con la ordenación del territorio.*

Eso justifica que deba existir una conexión muy profunda entre el derecho de aguas (sus técnicas, instrumentos, contenidos) y las decisiones que se adopten en el marco de lo que tradicionalmente se llama ordenación del territorio, tanto en sus normas reguladoras como, posteriormente, en los instrumentos de planificación que conforme a las mismas, se aprueban y luego se ejecutan. En concreto, no se deberían aprobar usos del suelo que sean incompatibles con la existencia suficiente y calidad adecuada de recursos hídricos en el lugar de que se trata. Aun cuando siempre sea posible el transporte de recursos hídricos desde largas distancias (incluso previendo las transferencias de recursos hídricos entre distintas cuencas hidrográficas), esto es una solución que ambientalmente siempre es discutible y no digamos en términos económicos (dejando ahora los planteamientos políticos al margen de la discusión, pero advirtiendo que la política siempre está presente en esas

decisiones), siendo que ambiente y economía van a marcar las grandes decisiones a adoptar ineludiblemente en este siglo XXI en el ámbito del derecho de aguas y en muchos otros.

La existencia y posibilidades de gestión de los recursos hídricos deben, por tanto, marcar las decisiones que deban adoptarse en el ámbito de la ordenación del territorio y no habrá racionalidad en ésta si no se fundamenta en las condiciones indicadas.

c) *Se acentuarán las profundas raíces sociales del derecho de aguas en el siglo XXI.*

De nuevo otra vez nos encontramos ante desarrollos congruentes con las tendencias que ya pueden observarse en la actualidad. La imbricación de los usuarios en la gestión de las aguas es un principio que hoy se afirma con generalidad. Propio, en su origen, solo de determinados ordenamientos jurídicos como el español en donde ya aparece en la misma configuración de las Comunidades de Regantes –de origen incierto pero, desde luego, antiquísimo– por la legislación decimonónica de aguas.

Esto, como decía, es un principio sólidamente afirmado en la teoría –sobre todo– y en la práctica de los derechos de muchos países. Pero en los momentos actuales nos encontramos en plena “socialización” del conocimiento y, en algún sentido, de la gestión de los recursos hídricos con la participación de representaciones ciudadanas en distintos ámbitos administrativos y ese fenómeno se va a acrecentar en significado cuantitativo y, sobre todo, cualitativo pues al margen de las tendencias propias de distintos ordenamientos nacionales, hay instrumentos que presionan en ese sentido en el ámbito comunitario europeo y aun en el internacional (convenio de Aarhus de 1998).

d) *El Derecho de aguas dibujará los perfiles de una Administración claramente intervencionista.*

La participación ciudadana va vinculada a la configuración de una Administración con profundos poderes en este ámbito. La crisis hídrica ha acabado venciendo, creo, las tendencias presentes en los ordenamientos de significados países a delegar en la sociedad la solución de los problemas planteados suprimiendo en la teoría proporcionada por algunos elementos doctrinales (y algo menos en la práctica) la intervención administrativa.

Si la intervención administrativa configurada como exclusiva en la gestión de las aguas se mostró en un momento determinado como no capaz de solucionar, al completo, los problemas crecientes en la utilización y conservación de los recursos hídricos (que se acentúan, sobre todo, en el último

cuarto del siglo XX cuando las presiones sociales hacen inviable una pura política pública de oferta de recursos hídricos), su contrapuesto ideológico de fiar a la sociedad también con exclusividad la gestión de los problemas (mediante la regulación de instrumentos de mercado de aguas) se ha mostrado, igualmente, incapaz de afrontar los complejíssimos temas que se plantean. En particular no hay forma de proporcionar eficazmente lo que hoy se viene en llamar “derecho al agua” (sobre el que realizaré luego algunas consideraciones) mediante una actitud de gestión de los recursos hídricos a través de pactos entre particulares.

Hoy estamos en un momento de recomposición de situaciones, recuperando en parte la Administración el papel del que abdicó o fue obligada a abdicar en algunos lugares, y reconduciéndose a pautas más razonables la funcionalidad que la gestión privada puede tener y que no pretendo negar, obviamente. Como en tantas cosas, se viene a reconocer que no existe una única fórmula posible de gestión de las aguas y que el ordenamiento jurídico más perfecto es, en cada momento, aquél que recoge distintas posibilidades de actuación que puedan ser aplicables según las exigencias que cada situación o problema plantee. Sobre ello volveré otra vez cuando trate el tema de los mercados de aguas.

e) *En el Derecho de aguas del siglo XXI perderán importancia las cuestiones relativas al clásico tema de la propiedad de las aguas.*

La propiedad de las aguas ha sido una de las cuestiones que más ha ocupado a los juristas de toda condición y lugar. Las legislaciones de muchos países, siguiendo el ejemplo o admitiendo la carga histórica del derecho romano, estaban presididas por la idea de otorgamiento de la condición de públicas a ciertas aguas (siempre las superficiales correspondientes a cursos de agua continuos o discontinuos) y la posibilidad de apropiación privada de otras (las subterráneas extraídas mediante pozos o las procedentes de manantiales). Y, por supuesto, con algunas ligeras variables en relación a una situación como la descrita que es la propia de las legislaciones decimonónicas y de casi todo el siglo XX. La naturaleza jurídica de las aguas se construye en relación a cómo esas aguas son contempladas por el hombre y, por eso, las normas se refieren separadamente a la propiedad de las aguas superficiales, de las pluviales, de las subterráneas etc...

Pero como tantas veces sucede en el plano del derecho, llega un momento en el que determinados descubrimientos científicos y, desde luego, las exigencias sociales trastocan el orden conceptual alcanzado en la norma. En el caso que nos ocupa, el descubrimiento del ciclo hidrológico (que solo se afianza a partir del último cuarto del siglo XIX), es decisivo para el cam-



bio de concepciones de que trato, pues los juristas sienten cierta desazón ante la necesaria afirmación que desde los presupuestos jurídicos a aplicar debe hacerse de una cambiante propiedad para aguas que son, paradójicamente, siempre las mismas. Al mismo tiempo y conforme avanzan las exigencias sociales en relación a la utilización de las aguas, los juristas más relevantes y los mismos técnicos de la Administración, convienen en que la gestión sería notablemente superior en calidad si se refiriera, unitariamente, a todas las aguas que a esos efectos deberían tener una misma naturaleza jurídica: la pública.

Los planteamientos tradicionales cambian en la mayor parte de los países conforme se va llegando al final del siglo XX y la afirmación de la naturaleza pública es la moneda común mediante la que se expresa el cambio de concepciones alcanzado. Este cambio no se produce sin resistencias provenientes, entre otros, de los antiguos propietarios que van a entender –la situación es común a muchos países, y por eso no hago afirmaciones específicas para el nuestro– sus derechos adquiridos como afectados y, por tanto, necesitados de la correspondiente indemnización en cuanto que, en realidad, se habría producido una expropiación forzosa.

El proceso es bien conocido como para que deba ponerse aquí la atención en otra cosa que no sean las grandes tendencias y sus resultados (Embid Irujo, 2006 a, in totum). Hoy, sin embargo y al margen de las respuestas bien uniformes en todos los países a la cuestión que acabo de referir, creo que la propiedad de las aguas ha perdido mucha de la virulencia que tuvo en otras épocas en tanto en cuanto los ordenamientos jurídicos comienzan a llevar a cabo un tipo de planteamientos válido para todas las aguas con independencia de cuál sea su naturaleza jurídica.

Un ejemplo paradigmático de lo que indico lo constituye la Directiva marco de aguas de 2000, que trata de las aguas y de las exigencias ambientales que deben conseguirse para ellas sin plantear, en ningún momento, la cuestión de su naturaleza jurídica. Las mismas exigencias ambientales son aplicables a las aguas públicas y a las privadas en tanto en cuanto no se utiliza ninguna de las dos palabras en la Directiva. Está claro, por lo tanto, que el carácter de privadas no puede amparar a sus dueños a los efectos de no llevar a cabo las actuaciones (u omisiones) que sean precisas para alcanzar los objetivos ambientales que se fijan y en los plazos concretos establecidos. La práctica española sobre ello –escasa todavía– puede informar claramente de que no es la cuestión de la propiedad la que puede hacer diferir o trastocar los objetivos planteados, sino los problemas específicos que distintas masas de agua puedan presentar al margen de su naturaleza jurídica y sabiendo, además, de que en función de singularidades propias del derecho español

(las opciones realizadas en función de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas), sobre la misma masa de agua puede confluir tanto propiedad pública como privada. Desde luego tampoco la Administración parece hurtar su responsabilidad en la consecución de estos objetivos ambientales por el hecho de tratarse de aguas públicas o privadas.

Y lo que se apunta en las últimas líneas en relación a España puede, igualmente, predicarse para cualquiera del resto de los países miembros de la Unión Europea, con regulaciones jurídicas distintas en torno a este tema de la propiedad, pero vinculadas por la Directiva marco de aguas de 2000 de la misma forma con independencia de esa naturaleza jurídica, a conseguir un buen estado para sus respectivas masas de agua.

*f) La gestión de las aguas se fundamentará en la base territorial que representan las cuencas hidrográficas. Esto será de más fácil implementación en los Estados unitarios que en los de descentralización política (federales) que atenderán a dicha gestión a través de instrumentos y formas de actuación típicas de dicho tipo de Estados.*

La gestión de las aguas se lleva a cabo hoy de formas muy distintas según países, si bien está muy extendida la afirmación de que la base territorial de la gestión debe ser la cuenca hidrográfica. Sobre la validez de este principio –que es el estructurante en el derecho español– no creo que quepa realizar muchas discusiones y el acento debe ponerse en otras cuestiones colaterales.

Así, una de los temas que primero se plantean en cuanto se observa la situación existente en muchos países, es la definición de cuenca hidrográfica. Esta es muy cambiante en la letra de las legislaciones y en la práctica de los países y la única forma de homogeneización que conozco es la que lleva a cabo la Directiva marco de aguas de 2000, con un concepto que deberá ser necesariamente aplicable a, al menos ahora, veintisiete países europeos.

Pero en otros países se lleva a cabo otra definición de cuenca hidrográfica (y la consiguiente gestión) que suele equivaler a lo que en la Directiva marco de aguas se denominan “subcuencas”.

Una vez superado el problema conceptual planteado, se trata de afirmar qué implicaciones lleva consigo esa predicación de la cuenca como unidad de gestión. En la mayor parte de los países, eso tiene poca relevancia; en algunos, sobre todo en los descentralizados políticamente, ello debe combinarse con los poderes de los Estados federados y de la misma Federación (por utilizar terminología fácilmente entendible). La observación de la realidad muestra situaciones muy distintas (Embid Irujo, 2009 a, especialmente el estudio preliminar) llegando en algunos lugares a ser los convenios entre

los Estados federados (entre sí o, incluso, con la Federación), los que determinan efectivamente las formas de gestión.

En general creo que en este siglo XXI se avanzará decisivamente hacia la gestión sobre la base territorial de las cuencas hidrográficas sin que ello signifique, necesariamente, la configuración de un único gestor en la misma cuenca pero sí la necesidad de coordinación entre todos ellos, a lo que puede animar decisivamente la existencia de una planificación hidrológica considerada como norma jurídica vinculante y a la que deban someterse los distintos gestores existentes.

*g) Las bases económicas impregnarán cada vez con más fuerza las instituciones del derecho de aguas.*

Lo que esta rúbrica quiere decir es muy plural y, en general, se apoya en la necesaria consideración económica de las distintas técnicas de gestión de las aguas. Ello implica, por ejemplo, que una valoración de los costes de cualquier actuación que se pretenda tendrá que estar necesariamente prevista en la norma y, además, practicada efectivamente. Ese análisis coste-ventajas económicas, deberá ser un elemento imprescindible –aunque no el único– para la adopción de decisiones por el órgano público competente para ello; y, además, tendrá que estar relacionado con una directriz que cada vez está más presente en las legislaciones nacionales como es la necesidad de instaurar un principio de recuperación de costes por las actuaciones que se desarrollen por los poderes públicos en el ámbito del agua (Embid Irujo, 2009 b, in totum). Ese principio no implica que la recuperación de costes deba ser total, sino que tiene que estar presente en la legislación de la misma forma que cada vez lo está más el clásico “quien contamina, paga”.

Naturalmente, el principio no puede tener la misma aplicación en los Estados desarrollados económicamente que en los que no lo están, ni tampoco la misma forma de aplicación en relación a determinadas utilidades del agua que a otras. El ejemplo de la agricultura de regadío es una clara muestra de un sector social con escasa capacidad –en general– de generación de rentas importantes y muy sensible en su viabilidad económica a la subida de precios de determinados inputs como pueda ser el agua.

Aquí, como en tantas cosas, la generalización (el dogmatismo, en realidad) se muestra como tremendamente inadecuada a las exigencias de la gestión de los recursos hídricos. Lo que importa es la afirmación clara de determinados principios en los que crean los legisladores, los gestores, los ciudadanos y los usuarios, y en su implementación sucesiva a través de distintas técnicas que, además, puedan variar en su configuración en función de las cambiantes situaciones sociales también.

Las consideraciones económicas presiden también la existencia de otras instituciones, como puedan ser los mercados de derechos de aguas que se apoyan en la necesaria atribución de un valor, de un precio, al agua. Sobre ello vuelvo más adelante desde la perspectiva de lo que significa la reasignación de recursos.

*h) El derecho de aguas del siglo XXI acentuará los aspectos conservacionistas. Los nuevos recursos deberán surgir, sobre todo, en relación con la aplicación de nuevas tecnologías por lo que la reutilización de aguas regeneradas y la desalación serán cada día más importantes y complejas en su regulación jurídica.*

En la mayor parte de los países desarrollados concluyó ya hace bastante tiempo la capacidad de generar recursos hídricos en función de los métodos tradicionales; las clásicas obras de almacenamiento (embalses) y posterior canalización han concluido su ciclo prácticamente en tanto en cuanto los lugares apropiados y factibles técnica, ambiental y económicamente, de ser utilizados para la finalidad que se indica, ya lo han sido y no son porcentualmente muy importantes los nuevos recursos que se podrían generar en función de nuevas obras que, además, serían en casi todos los casos discutibles ambiental y económicamente.

La cuestión en países en trance de desarrollo puede variar ligeramente, aun cuando los avances científicos sobre las valoraciones ambientales y económicas son plenamente trasladables a los mismos. Las instituciones económicas que tradicionalmente financiaban este tipo de obras en estos países (Banco Mundial, por ejemplo) no se embarcan ya con facilidad en actuaciones cuya viabilidad económica y ambiental pueda ser discutida sino que, al contrario, comienzan a ser los mayores interesados en justificar desde todos los puntos de vista estas iniciativas.

Es por ello que para el presente y próximo futuro en los países desarrollados, y para el medio plazo en los Estados en vía de desarrollo, solo los avances tecnológicos podrán aportar recursos hídricos adicionales y contando con que, incluso, los existentes pueden verse afectados por el cambio climático y, por supuesto, por las mayores exigencias ambientales que plantea la sociedad avanzada. Eso quiere decir que desalación y reutilización se perfilan casi exclusivamente como las fuentes de nuevos recursos siendo ya en muchos lugares (la situación española responde ya casi plenamente a esta afirmación) las únicas fuentes pensables para aumentar la oferta de recursos. Ello hace necesario unas claras exigencias de calidad para estos recursos y la discriminación de su utilización según usos, para lo cual las normas y la actividad de las autoridades sanitarias, y no solo las hídricas, son indispensables.

i) *De forma congruente, se prestará atención a nuevas formas de asignación y, sobre todo, de reasignación de los recursos hídricos.*

De forma paralela a lo que se acaba de indicar, parece absolutamente necesario en un contexto de escasez de recursos hídricos una valoración de cómo se están utilizando los recursos hídricos y la adopción de las consiguientes decisiones coherentes con esa valoración.

Para ello existen técnicas tradicionales, como es la revisión concesional, que teóricamente pueden utilizarse aun cuando los afectados por la misma suelen resistirse de distintas formas, entre ellas las jurídicas (utilización de recursos ante los Tribunales). Es en ese contexto donde en los últimos años aparecen en países como España regulaciones de mercado de derechos de aguas para que se lleven a cabo reasignaciones por la vía de acuerdos entre particulares.

Creo que una adecuada combinación entre técnicas tradicionales (revisión concesional) y espacios dedicados a acuerdos entre particulares (mercados) es lo mejor que puede realizarse dentro del contexto general que se defiende en este trabajo de un ordenamiento de aguas plural, que contenga muy distintas técnicas de las que se pueda usar en cada momento según las distintas circunstancias que deban tenerse en cuenta.

j) *El Derecho de aguas del siglo XXI deberá contar con mecanismos más ágiles de resolución de conflictos que los tradicionales conocidos.*

Lo que sucede de forma general en países configurados como Estados de Derecho, es que son los Jueces y Tribunales los encargados de resolver los conflictos sociales en materia de aguas. Pero la experiencia en distintos países de la atribución a los Tribunales de la capacidad de resolver conflictos, no es, salvo excepciones, muy halagüeña. Es, normalmente, el largo tiempo dedicado a la resolución del conflicto el reproche más usual que suele hacerse; y unido a ello el desconocimiento que en muchas ocasiones los Tribunales pueden tener de cuestiones técnicas y el riesgo subsiguiente de que adopten decisiones que en la práctica puedan ser equivocadas.

En el ámbito de países como España, esta situación se “compensa” con mecanismos judiciales de resolución de conflictos alejados de los órganos tradicionales del Poder judicial y configurados como tribunales consuetudinarios que tienen base, incluso, constitucional (vid. el artículo 125 de la Constitución de 1978). A esta especie pertenece el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia. Al lado de los mismos, los tradicionales Jurados de Aguas de las Comunidades de Regantes (que son órganos administrativos, no poder judicial), resuelven cuestiones de hecho –no de derecho– que surjan entre los miembros de una Co-

munidad y lo hacen de una forma normalmente aceptada por los contendientes que rara vez acuden a los Tribunales para discutir las decisiones de los Jurados.

En todo caso nada impide acudir a otros mecanismos de resolución de conflictos como los arbitrajes. En el ámbito de los conflictos entre particulares, ello es siempre posible y debería reflexionarse sobre la posibilidad de incorporar estos mecanismos (incluso en cuestiones de derecho, obviamente) dentro de las tradicionales estructuras de las Comunidades de usuarios.

*k) El papel de una Ley de Aguas como instrumento jurídico central del derecho de aguas, se acentuará.*

España cuenta con una Ley de aguas desde 1866 configurada, tal y como dice la rúbrica de esta división, como el instrumento jurídico central del derecho de aguas. Al lado de la misma pueden existir otras normas jurídicas (por ejemplo, la Ley que aprueba el Plan Hidrológico Nacional de 2001) y, desde luego, los instrumentos de desarrollo reglamentarios de dicha Ley (por ejemplo, los Planes Hidrológicos de cuenca), pero la referencia es siempre un cuerpo jurídico al que se llama Ley de Aguas y que se adapta periódicamente a las situaciones sociales cambiantes.

Esa situación no es la generalizada en el conjunto de los Estados. Muchos todavía no poseen una Ley de Aguas y entre los que la tienen, no es habitual que esté plenamente adaptada a las nuevas situaciones sociales. Es posible, así, rastrear en determinados países latinoamericanos todavía la presencia de normas provenientes de la vieja ley española de 1879 que fue recibida allí de distintas formas, incluso con copias literales de sus preceptos.

La situación parece comenzar a cambiar en los últimos tiempos, y bastantes Estados, superando trabajosamente muchas dificultades, elaboran leyes de aguas modernas. Otra cosa es que el contenido de dichas leyes responda en todas las ocasiones a las necesidades y capacidad de gestión de las Administraciones de los propios países. Ello es singularmente advertible en determinados países latinoamericanos, donde ha funcionado muchas veces el principio de redacción de una Ley de aguas por “encargo” ocupándose de la tarea funcionarios de organizaciones financieras internacionales que, usualmente, redactan textos difícilmente gestionables, por su complejidad, por Administraciones hídricas todavía muy simples en su composición y en la formación técnica de sus miembros.

Al margen de todo este tipo de comentarios, lo que sí importa es concluir en la absoluta necesidad de que la gestión de las aguas vaya presidida por una serie de principios jurídicos estructurados de forma sistemática en un cuerpo jurídico que se llame Ley de aguas (o de recursos hídricos, o con

terminología semejante). Ello representaría en muchos lugares un avance evidente sobre la situación existente de falta de regulación; y a la situación que narro se asemeja la de aquellos países que redactaron hace decenas de años leyes de aguas con fundamento en una estructura social y económica así como en unos principios de gestión del recurso, muy diferentes a los que hoy en día existen.

Creo que el camino en esa dirección está adoptado en muchos lugares y que una de las características de ese Derecho de aguas del siglo XXI es que en todos los países, se fundamente en un único cuerpo estructurador (al margen de las singularidades que lógicamente, deberán existir en los países descentralizados políticamente) sobre el cual lleven a cabo su trabajo los operadores jurídicos, y que constituya un punto de referencia para la labor aplicativa y también para los lógicos deseos de adaptación a las cambiantes necesidades sociales que se multiplicarán en este siglo del que ahora llevamos ya recorridos una década.

1) *Y, por último y en el plano del deseo, el Derecho de aguas del siglo XXI tendría que estar fundamentado en la solidaridad entre los países ricos y pobres. La problemática realización del “derecho al agua” solo será posible en ese contexto.*

Manifiesto en la rúbrica que precede, por último, un deseo sobre cuya realización todavía no existen datos que permitan predecirlo. Suficientemente conocidas son las cifras que periódicamente se nos recuerdan acerca de la existencia de más de mil millones de personas (digámoslo en cifras redondas) que hoy no tienen acceso al agua potable y de cerca de dos mil millones de personas que no disfrutan de un saneamiento básico. Esas cifras son las causantes, entre otras cosas, de que se haya proclamado por Naciones Unidas a la década de 2005-2015 como la “década del agua” estableciéndose como objetivo el que al finalizar la misma, el número de personas que estén en las situaciones que acabo de describir, se reduzca a la mitad.

Nada permite pensar hoy en día que esa meta vaya a ser conseguida y, al contrario, existen signos de que la situación será más o menos semejante a la del comienzo de la década pudiendo existir avances, aunque poco significativos, en el acceso al agua potable. El “derecho al agua” que, como derecho humano, se afirma que existiría y al cual se deberían subordinar las políticas de los distintos Estados, estaría gravemente amenazado. Y ello con independencia de los avances jurídicos que se han dado con profusión en los últimos años en relación a la proclamación de dicho derecho en distintas Constituciones (por ejemplo en la República Sudafricana, Bolivia, Ecuador...) y en la redacción de leyes ordinarias en las que se afirma su existencia.

El planteamiento jurídico de la proclamación de ese derecho al agua es muy interesante pero deja de lado cuestiones fundamentales. La primera la de su misma configuración, su contenido “esencial”, diríamos con terminología española; la segunda, el reparar que se trata de un derecho de “prestación” que exige actitudes positivas y comprometidas por parte de las distintas autoridades nacionales que deban realizar ese derecho (Embido Irujo, 2006 b, in totum).

Es en este plano en el que las cosas dejan más de desear, pues en los países en vías de desarrollo suele darse la conjunción entre una Administración hídrica bastante pobre en su composición y en sus contenidos operacionales y una escasez de recursos económicos de que dicha Administración dispone para enfrentar la realización de distintas obras hidráulicas solo a través de las cuales, por simples que sean, puede llevarse a cabo el acceso al agua potable y la construcción de unas pequeñas infraestructuras que representen la existencia de ese saneamiento básico.

En esas circunstancias es en las que se postula una colaboración entre países ricos y pobres para mediante la aportación de medios económicos, llevar a cabo una inversión de la tendencia que hemos advertido. En el caso de España a esos esfuerzos se refiere el Fondo del Agua creado por la Ley de Presupuestos para el año 2008 y que ha sido dotado de forma generosa (1.500 millones de euros destinados a actuaciones en Latinoamérica) si bien su puesta en marcha, como siempre suele suceder, está siendo algo más dificultosa de lo previsto, aun cuando ya comienzan a darse los primeros proyectos y realizaciones.

La situación española es semejante a la que se da en otros países desarrollados que comienzan a disponer cuantiosos recursos para las finalidades indicadas si bien los problemas de gestión, sobre todo en relación a actuaciones en países africanos, son muy serios.

En todo caso si no se da esta colaboración entre países ricos y pobres a la que me refiero, el cumplimiento de los objetivos de esta década es imposible y, aun así y contando con esa colaboración, bastante comprometido en su éxito final. Es por ello que no limito el ámbito de este concreto punto a la década de que trato sino que, en general y enlazando con los objetivos de este trabajo, postulo como deseo —y ojalá que se cumpla ese deseo— que el derecho de aguas del siglo XXI esté presidido por esas ideas de solidaridad entre naciones imprescindibles para que, al menos, las conciencias de los países desarrollados puedan en este ámbito considerarse tranquilizadas.



### Bibliografía

- Aa.Vv., *Derecho de aguas*, (2006), Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- Embid Irujo A., (1997), *La utilización racional de las aguas y los abastecimientos urbanos. Algunas reflexiones*, Revista Aragonesa de Administración Pública 10, pp. 209-219.
- Embid Irujo A., (2006 a), *A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa*, Justicia Administrativa, número extraordinario dedicado a las *Propiedades Públicas*, pp. 183-206.
- Embid Irujo A. (dir.), (2006 b), *El derecho al agua*, Aranzadi, Cizur Menor.
- Embid Irujo A., (2007), *Introducción*, a A. Embid Irujo (dir.) *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid.
- Embid Irujo A., (2008), *Ciudadanos y usuarios: participación e información en el derecho español de aguas. Historia, presente y futuro*, en las pp. 13-70 de A. Embid Irujo (dir.), *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- Embid Irujo A. (dir.), (2009 a), *Gestión del agua y descentralización política*, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- Embid Irujo A., (2009 b), *El régimen económico-financiero del agua en el contexto de la aplicación de la Directiva marco de aguas de 2000. Reflexiones generales*, en Embid Irujo A. (dir.), *Régimen económico-financiero del agua. (Los precios del agua)*, Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- Embid Irujo A., (2010), *Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos*, En las pp. 45-93 de *Derecho y cambio climático*, Universidad Externado de Colombia, Bogota.
- Fanlo Loras A., (1996), *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Civitas, Madrid.
- Fanlo Loras A., (2001), *La gestión del agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*, Universidad de La Rioja, Logroño.
- Gallego Anabitarte A., Menéndez Rexach A., Díaz Lema J.M, (1986), *El Derecho de aguas en España*, 2 vols., Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid.
- Martin Retortillo S., (1997), *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid.

### Abstract

*This article outlines the main features of Water Law in the XXIst century, taking Spanish Law as a blueprint for generalization of current trends in this field. As a matter of fact, the Spanish experience is particularly remarkable since – despite of a long tradition in waters regulation and property law – the basic principles in the Spanish Constitution and statute law are in line with the EU framework directive 2000/60/EC, and most of the related international treaties.*

*According to this assumption, the first part of this work presents an analysis of the Spanish Water Law with a view to emphasize its main common features: integration of protection and sustainable management of water and river basins as basic units for planning and management, predominance of public law regimes notwith-*

*standing a wide recognition of the close relationship between public domain and public use by the addition of a new perspective, that of service; citizens' participatory rights, users' representation both at the level of the basin-district agencies (Confederaciones Hidrográficas) and at the State level (Consejo Nacional del Agua). Following more recent developments in Spanish Water Law the author points out an even stronger alignment with the EU common frameworks, in terms of increasing public participation and information within the Aarhus Convention, and consistency with the EU principles of water conservation, efficient use, full cost recovery, although such principle in Spain is tempered by fair use, proportionality and government intervention.*

*The second part focuses on five main features of Water Law in the XXIst century: increasing significance of climate change and water scarcity; the need for a more integrated and interdisciplinary approach; the strengthening of public participation and information, which require further investigation by legal science as for the very notion of users as interested parties in relevant decision-making; re-definition of geographical units for water regulation, the current trend being towards de-centralization within river-basin districts; better regulation through more flexible and adaptive legal solutions. If these are the main general trends which were identified through the analysis of Spanish Law, the implications in terms of future developments are presented in an even wider perspective. They involve the creation of global principles in spite of increasing differentiation of implementing measures according to different geographical contexts, the emergence of Water Law social roots as driving forces in new public domain and right to water regulation, as well as stronger commitment in international negotiations with developing countries.*

GINEVRA CERRINA FERONI

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NELLE ESPERIENZE  
DEL REGNO UNITO E DELLA GERMANIA:  
ALCUNE INDICAZIONI PER LE PROSPETTIVE DI SVILUPPO  
DELL'ISTITUTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sostegno dei Governi alla diffusione di forme di partenariato pubblico-privato (PPP). – 3. Modelli di partenariato pubblico-privato e ambiti di diffusione. – 3.1. Nel Regno Unito – 3.2. In Germania. 4. Il quadro giuridico di riferimento. – 4.1. Il Regno Unito: *statutory instruments* e *soft law*. – 4.2. Il quadro normativo tedesco: l'*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*. 5. Problemi e prospettive. – 5.1. Il PPP nel Regno Unito: punti di forza e problemi aperti. – 5.2. Problemi di attuazione del PPP in Germania. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il tema del partenariato pubblico-privato (PPP) costituisce da tempo uno degli argomenti più studiati nell'ambito di quella che potremmo definire la “*nouvelle vague*” del diritto pubblico europeo. Esso rappresenta il punto di emersione e di sintesi di istituti classici del diritto amministrativo (come la concessione); di principi forti del diritto comunitario (come la concorrenza); di suggestioni comparatistiche (come il *service public* di francese memoria); di ripensamento in senso critico di categorie giuridiche consolidate (come la dicotomia diritto pubblico/diritto privato); di criterio di interpretazione delle norme comunitarie, sovente mutate da specifici istituti di ordinamenti degli Stati membri (come ad esempio la nozione comunitaria di concessione di servizi, che è tratta dalla esperienza francese). Sotto altro profilo, esso viene anche invocato quale strumento efficace di politica economica e, soprattutto in situazioni di grave ristrettezza di bilan-

\* Relazione tenuta al Convegno organizzato a Firenze dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, il 26 novembre 2010, sul tema “Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti”.

cio e di crisi finanziaria, strumento quasi necessitato. In situazioni di crisi come quella che stiamo vivendo, i partenariati pubblico-privato possono infatti servire per realizzare progetti infrastrutturali, e dunque sostenere e rilanciare l'attività economica. Così si è espressa – con una sorta di grido di allarme – la Commissione europea nella sua comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale europeo del 19 novembre 2009 emblematicamente intitolata appunto *Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*<sup>1</sup>.

Il quadro che emerge dallo studio comparato mostra un universo eterogeneo e complesso. Non esiste una classificazione unitaria dei diversi modelli, ma vi è un'estrema varietà di definizioni e di categorie tanto che si è parlato di una "terminologia variopinta"<sup>2</sup> in cui si riflettono l'eterogeneità delle forme di partenariato e la difficoltà di una classificazione sistematica<sup>3</sup>. Per ragioni di metodo, si è scelto di esaminare due esperienze straniere particolarmente ricche e significative: il Regno Unito e la Germania.

Il Regno Unito assume rilievo fondamentale trattandosi della patria del partenariato, almeno per quanto riguarda il contesto europeo. Prova indiretta (e che meriterebbe un'analisi *ad hoc*) è, ad esempio, l'uso globale della lingua inglese per descrivere istituti e processi di partenariato, talvolta con eccessi curiosi di sudditanza linguistica e culturale che fanno sempre più somigliare il tema del partenariato ad un argomento di carattere "esoterico": solo per fare un esempio il termine "obiettivo" viene ormai correntemente tradotto con quello di *output*, mentre "l'utilità economica", intesa come miglior rapporto costi-benefici, con quello di *value for money*.

La Germania risulta di particolare interesse poiché si tratta di un ordinamento di *civil law* comparabile dunque con quello italiano e che sta vivendo una situazione economica di crisi analoga alla nostra, seppur con una carenza infrastrutturale assai più contenuta rispetto a quella italiana.

<sup>1</sup> Il testo della comunicazione è disponibile sul sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0615:IT:NOT>.

<sup>2</sup> A. Reuter, *PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze*, in *NVwZ*, 2005, 1246 ss.

<sup>3</sup> Tra i numerosi contributi a riguardo si vedano ad esempio: P.J. Tettinger, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, in *NWVBl.*, 2005, 1 ss.; J. Ziekow, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Private Public Partnerships) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, in Bundesministerium des Innern (a cura di), *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnerships)*, Berlin, 2002, 77 ss.; A. Reuter-I. Polley, *ÖPP und das "Neue Kommunale Finanzmanagement" (NKF)*, in *NVwZ*, 2007, 1345 ss.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

Si affronteranno per questi due ordinamenti, nell'ordine, quattro aspetti: il sostegno dei rispettivi Governi alla diffusione di forme di partenariato pubblico-privato; i modelli di partenariato più diffusi e i settori che hanno visto l'affermarsi del PPP; il quadro giuridico di riferimento; infine le problematiche connesse alla realizzazione del PPP con uno sguardo alla situazione italiana e alle prospettive di sviluppo.

In via preliminare, occorre ricordare che, a differenza di quanto avviene ad esempio in Francia<sup>4</sup> e in Italia<sup>5</sup>, non esistono negli ordinamenti presi in considerazione definizioni giuridiche di partenariato pubblico-privato. L'espressione viene usata in genere per indicare le forme di cooperazione tra l'autorità pubblica e il settore privato che mirano a garantire l'espletamento di compiti pubblici (ad es., la costruzione, la gestione e la manutenzione di un'infrastruttura, la fornitura di un servizio, ecc.). Si tratta solitamente di progetti a lunga durata, finanziati in tutto o in parte dal partner privato, che presentano una ripartizione dei rischi tra partner pubblico e partner privato da effettuarsi in base alla rispettiva capacità dei partner di gestire i diversi rischi di progetto<sup>6</sup>.

Forme tradizionali di PPP sono quelle in cui il partner privato può essere remunerato direttamente dagli utenti finali, laddove si tratti di opere

<sup>4</sup> La normativa francese definisce specificatamente le diverse forme di PPP in diversi testi: i "contratti di partenariato" sono ad esempio definiti nella *Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* così come modificata dalla Legge n. 2008-735 del 28 luglio 2008; le concessioni sono definite all'art. 3 della Legge n. 2001-1168 dell'11 dicembre 2001; definizioni del *BEA (bail emphytéotique administratif)* sono contenute nel Codice rurale (art. L. 451-1), nel Codice generale delle collettività territoriali (art. L. 1311-2) e nel Codice della sanità pubblica (art. L. 6148-2); infine l'*autorisation d'occupation temporaire du domaine public* (AOT) è definita agli articoli L. 2122-6 e L. 2122-9 del *Code de la propriété des personnes publiques*. Tutti i testi richiamati sono reperibili sul sito: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>5</sup> In Italia una definizione giuridica di "partenariato pubblico-privato" è stata introdotta con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, ovvero con il Terzo correttivo del Codice dei contratti (disponibile sul sito: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/testi/08152dl.htm>).

<sup>6</sup> Questa è sostanzialmente la definizione adottata dal Parlamento europeo nella Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043(INI)) del 26 ottobre 2006 ("[...] i PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto"). Il testo della risoluzione è disponibile sul seguente sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006IP0462:IT:HTML>.

(c.d. opere calde) che hanno una intrinseca capacità di generare reddito, ad esempio nel caso delle strade a pedaggio (concessioni), ma anche centri sportivi e cimiteri; forme più innovative sono quelle invece nelle quali il privato è pagato direttamente dall'autorità pubblica tramite pagamenti regolari durante l'arco di vita del progetto che dipendono dal raggiungimento di determinati risultati: si tratta dei progetti che di per sé non sono suscettibili di produrre ritorni diretti, nemmeno parziali (sono le c.d. opere fredde, ad esempio il rifacimento di una tombinatura stradale, della piantumazione di un viale, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante, ad es. scuole, carceri, ospedali). In questo modo, il privato è incentivato ad ottemperare agli impegni presi nei termini stabiliti dall'accordo, poiché se non vengono rispettati determinati standard di qualità o scadenze temporali, le somme pagate al privato subiscono delle detrazioni. Il pubblico cerca di trarre vantaggio dall'*expertise* del settore privato e di raggiungere il miglior rapporto costi-benefici.

La definizione – come si vedrà più avanti (v. § 3) – si ricava per così dire per induzione dai modelli operativi esistenti.

## **2. Il sostegno dei Governi alla diffusione di forme di partenariato pubblico-privato**

a) Nel Regno Unito, l'inizio del PPP risale ai primi anni Novanta quando il Governo inglese intraprese una serie di iniziative volte a promuovere il settore privato coinvolgendolo nell'adempimento di funzioni pubbliche. Tali iniziative derivavano non solo dalla necessità del pubblico di aumentare le fonti di finanziamento, ma anche dalla convinzione che il coinvolgimento del settore privato avrebbe permesso di realizzare progetti di pubblica utilità in modo più veloce ed efficace ed avrebbe garantito una maggiore competenza tecnica nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture<sup>7</sup>. È nel 1992, con il Governo conservatore di John Major, che venne lanciata la politica della *Private Finance Initiative (PFI)* allo scopo di promuovere il coinvolgimento privato nell'erogazione di servizi pubblici e nella creazione di infrastrutture<sup>8</sup>. Tuttavia, tale iniziativa ebbe inizialmente

<sup>7</sup> Per una approfondita ricognizione sulla storia e lo sviluppo della *PFI* nel Regno Unito fino al 2001, si rimanda a F. Cassella, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp.eur.*, 4, 2005, 1801 ss.

<sup>8</sup> Il programma governativo, annunciato nel 1992 dal Cancelliere dello Scacchiere Norman Lamont, che venne poi descritto in una pubblicazione del Ministero del Tesoro dal

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

un impatto limitato e furono dunque necessarie ulteriori misure volte a promuoverne la realizzazione. Nel 1993 venne creato il *Private Finance Panel (PFP)*, una commissione che aveva lo scopo di incoraggiare la partecipazione sia del settore pubblico che di quello privato alla *PFI*, identificare gli ambiti in cui il settore privato potesse essere coinvolto e individuare eventuali ostacoli alla realizzazione di progetti *PFI* e possibili soluzioni. Nel 1995, il Governo decise di rilanciare nuovamente la *PFI* annunciando una lista di progetti prioritari, mentre il *Financial Secretary* pubblicò un manuale con alcune linee guida elaborate sulla base dei progetti già iniziati. Nel 1996 venne creato inoltre il *Public Private Partnership Programme*, c.d. “4ps”, che consisteva in una organizzazione sponsorizzata dalla *Local Government Association* e volta ad assistere e guidare le autorità locali nella realizzazione di *PFI*<sup>9</sup>.

È interessante osservare che tale politica di promozione della *PFI* non è stata interrotta con il cambio di Governo. Tutt'altro. Essa ha avuto uno sviluppo significativo e crescente soprattutto a partire dal 1997 con il Governo laburista di Blair. Come? Innanzitutto con la creazione, su iniziativa del Governo, della “*PFI Taskforce*” che ha avuto lo scopo di offrire supporto alla pubblica amministrazione nella realizzazione di *PFI* (anche, ad esempio, tramite la realizzazione di manuali e linee guida e l'organizzazione di progetti di training, corsi di formazione ecc.), nonché il compito di seguire un certo numero di progetti pilota. Nel luglio del 1999 la *Taskforce* pubblicò una serie di linee guida per la standardizzazione dei contratti *PFI* al fine di ridurre i tempi di stipula dei contratti. Queste linee guida furono poi sottoposte a successive modifiche fino all'ultima versione, la *Standardization of PFI contracts*<sup>10</sup> del 2007. Il consolidamento del modello ha fatto sì che tale *Taskforce*, dapprima organizzazione non permanente di consulenza del Governo, si sia nel tempo rafforzata e trasformata in organo permanente – la “*Partnerships United Kingdom*” – essa stessa divenuta nel 2001 società mista pubblico-privato.

titolo *The Private Finance Initiative – Breaking New Ground*, prevedeva l'elaborazione di nuove forme di approvvigionamento pubblico che coinvolgessero il finanziamento privato in progetti a lungo termine per la realizzazione di opere e la prestazione di servizi di pubblica utilità: HM Treasury, *The Private Finance Initiative – Breaking New Ground*, 1993.

<sup>9</sup> Oggi “4ps” è stata sostituita da “*Local Partnerships*”, una *joint venture* tra *Partnerships UK* e la *Local Government Association* che mira ad aiutare le autorità pubbliche locali a migliorare le proprie competenze in materia di approvvigionamento, *management*, negoziazione ecc. Si veda il sito ufficiale: <http://www.localpartnerships.org.uk/>.

<sup>10</sup> HM Treasury, *Standardization of PFI contracts, Version 4*, 2007, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi\\_socp4pu101\\_210307.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_socp4pu101_210307.pdf).

vata, cui fanno riferimento altre strutture che operano per conto del Ministero del Tesoro. All'interno di *Partnerships UK* è stata poi istituita, nel 2006, una nuova *Operational Task Force* (OTF) che opera per conto del Ministero del Tesoro e, oltre a gestire uno "sportello" per la consulenza e il supporto dei progetti *PFI*, si occupa del transfer di competenze (tramite l'organizzazione di *workshops*, corsi di aggiornamento, conferenze e programmi di training rivolti a tutti i settori interessati), nonché della compilazione di guide e manuali<sup>11</sup>. Alla OTF appartiene un'ulteriore *Taskforce*, la "*Treasury's Refinancing Taskforce*", che ha lo scopo di offrire supporto per quanto riguarda le modalità di rifinanziamento dei progetti *PFI* operativi.

Nel 2007, è stato istituito anche il "*Major Projects Review Group*" (MPRG), ovvero una commissione presieduta dal Ministero del Tesoro e composta da esperti appartenenti a tutti i dipartimenti che ha lo scopo di esaminare i progetti più vasti e complessi soprattutto con riguardo alla fattibilità e alla utilità economica. Per quanto riguarda la realizzazione di *PFI* a livello locale, è stato attivato, dal 1997, il "*Project Review Group*" (PRG). Tale organo è presieduto dal Ministero del Tesoro e ha il compito di approvare o respingere i progetti *PFI* a livello locale sulla base di un esame rigoroso delle loro caratteristiche<sup>12</sup>.

Il successo del modello non ha bisogno di commento solo che si consideri che nel Regno Unito ci sono oggi oltre 600<sup>13</sup> progetti *PFI* (considerando solo quelli che coinvolgono le autorità centrali), per un volume di investimento totale che si attesta intorno ai 58 miliardi di sterline<sup>14</sup>.

A partire dal 2005/2006, il Governo inglese ha, tuttavia, iniziato a promuovere anche tutta una serie di iniziative volte ad elaborare nuove forme di partenariato pubblico privato da affiancare alla *PFI*<sup>15</sup>, la quale in molti

<sup>11</sup> Si vedano le informazioni contenute sul sito del Ministero del Tesoro: [http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp\\_operational\\_taskforce.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_operational_taskforce.htm).

<sup>12</sup> HM Treasury, *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, 2008, 42. Il testo è disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/C/bud08\\_procurement\\_533.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/5/C/bud08_procurement_533.pdf). D'ora in avanti si farà riferimento a questo documento solo con l'indicazione *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*.

<sup>13</sup> Ivi, 6. La lista aggiornata dei progetti di *PFI* firmati al febbraio 2010 comprende in tutto 668 progetti (non sono inclusi nella lista i progetti cui partecipano le autorità locali ma solo quelli in cui sono coinvolte le autorità centrali, ad es. il Department della salute, il Ministero della Difesa oppure il Governo scozzese, gallese etc.). La lista è disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp\\_pfi\\_stats.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_pfi_stats.htm). Si ricorda tuttavia che non tutti i progetti sono operativi.

<sup>14</sup> *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, 42.

<sup>15</sup> Ivi, passim.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

casi sembra non essere più idonea a soddisfare le esigenze sempre più complesse del settore pubblico<sup>16</sup>. Lo scopo è quello di individuare le forme di partenariato che, a seconda dei casi specifici, possano rivelarsi più efficaci o economicamente più vantaggiose sia delle forme di approvvigionamento tradizionali sia dei vari modelli *PFI* a tutt'oggi attuati (su cui *infra*, § 3.1.)<sup>17</sup>. Nel documento *PFI: strengthening long-term partnerships*<sup>18</sup> del Ministero del Tesoro (2006) sono stati discussi modelli alternativi di partenariato pubblico privato, inclusi i *NHS Local Improvement Finance Trusts* (LIFT) e il progetto BSF, *Building Schools for the Future* e si è evidenziata la necessità di elaborare nuovi approcci, come le *partnerships* strategiche e l'“*integrator approach*” (v. *infra*, § 3.1.), che possano essere sfruttati laddove la *PFI* risulti inadeguata. Parallelamente, anche i singoli dipartimenti hanno iniziato a studiare modelli alternativi, come si rileva ad esempio nella *Defence Industrial Strategy*<sup>19</sup> del Ministro della Difesa. Lo stesso vale per il settore dei trasporti<sup>20</sup>. Se il successo della *PFI* sembra dunque indiscusso, si evidenzia allo stesso tempo la necessità di sviluppare nuovi modelli di partenariato che possano adattarsi ai cambiamenti della società e delle sue esigenze: si parla letteralmente di una «nuova generazione di modelli di partenariato»<sup>21</sup>.

b) In Germania, lo sviluppo del partenariato pubblico-privato (in tedesco *Öffentlich-Private Partnerschaft*, abbr. ÖPP) è stato piuttosto tardivo, rispetto a quello verificatosi in Gran Bretagna. È solo dal 2004 che questo istituto ha conosciuto un impulso notevole e crescente<sup>22</sup>; tuttavia, si tratta di un

<sup>16</sup> Si vedano i risultati dello studio *Building Flexibility: New Delivery Models for Public Infrastructure Projects* condotto da Deloitte nel 2006 (disponibile sul sito: [http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/UK\\_GPS\\_Building\\_flexibility.pdf](http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/UK_GPS_Building_flexibility.pdf)).

<sup>17</sup> *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, 16.

<sup>18</sup> HM Treasury, *PFI: strengthening long-term partnerships*, 2006, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/pfi\\_strengthening\\_long-term\\_partnerships.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/pfi_strengthening_long-term_partnerships.htm).

<sup>19</sup> MoD, *Defence Industrial Strategy*, 2005, disponibile sul sito: [http://www.mod.uk/nr/rdonlyres/f530ed6c-f80c-4f24-8438-0b587cc4bf4d/0/def\\_industrial\\_strategy\\_wp\\_cm6697.pdf](http://www.mod.uk/nr/rdonlyres/f530ed6c-f80c-4f24-8438-0b587cc4bf4d/0/def_industrial_strategy_wp_cm6697.pdf).

<sup>20</sup> Cfr. R. Eddington, *Eddington Transport Study*, 2006, rinvenibile sul sito: <http://www.dft.gov.uk/162259/187604/206711/executivesummary.pdf>.

<sup>21</sup> CBI, *Building on success: the way forward for PFI*, 2007. Il testo è disponibili sul sito: <http://www.cbi.org.uk/pdf/healthreport0607.pdf>.

<sup>22</sup> Cfr. Deutsches Institut für Urbanistik, *Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen (September 2005)*, Berlin, 2005, 8. Secondo questo studio il numero di PPP nel 2004/ 2005 risulta raddoppiato rispetto a quello degli anni precedenti. D'ora in avanti si farà riferimento a questo testo con l'indicazione *Difu-Studie 2005*.

processo che è ancora agli inizi, se si pensa che la percentuale dei pubblici investimenti in progetti di PPP in Germania è molto bassa (ca. 2-4 %), mentre nel Regno Unito arriva al 15%<sup>23</sup>. Il grande interesse per il PPP deriva soprattutto dalla necessità di ridurre la spesa pubblica e rimediare quindi al problema del deficit che sta ormai diventando estremamente pressante in Germania, sia a livello federale che regionale e comunale. Esso risulta dunque particolarmente rilevante per l'ambito della c.d. *Daseinsvorsorge* – ovvero “servizi pubblici”<sup>24</sup> – che in genere non comporta entrate in grado di coprire i costi e quindi con scarso margine di redditività. Il successo della strategia inglese ha portato il Governo tedesco a ripercorrerne i passi, almeno in parte: così nel 2002 è stato istituito un centro di competenza PPP a livello federale con lo scopo di promuovere lo sviluppo dei progetti di partenariato pubblico-privato. Si tratta della Commissione “PPP nella pubblica edilizia” (*Ausschuss “PPP im öffentlichen Hochbau”*), afferente al Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica. Essa comprende, oltre a rappresentanti dello stesso Ministero, anche rappresentanti del Ministero federale per le finanze, l'economia e la tecnologia, delle conferenze dei ministri dei *Länder* (ministri degli interni, delle finanze e dell'edilizia), nonché soggetti privati (ad es. l'Associazione Federale delle banche, la Camera federale degli architetti tedeschi ecc). Questa Commissione rappresenta una piattaforma di dialogo e collaborazione tra la p.a. e il settore dell'economia privata e ha lo scopo di migliorare le condizioni di realizzazione dei progetti PPP e stimolarne la diffusione. Accanto a questa, nel 2004, il Governo federale ha deciso di dare ulteriore impulso ai progetti di partenariato tramite la creazione della “*PPP Task Force*”, sempre appartenente al Ministero per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica, con il compito di definire strategie, standardizzare i modelli, guidare progetti pilota, fissare parametri unitari per il confronto tra PPP e metodi convenzionali di approvvigionamento sotto il profilo dell'utilità economica, provvedere al transfer di competenze e *know how* coinvolgendo tutti i settori interessati nonché i centri di competenza dei singoli *Länder*. Il lavoro di questi organismi ha condotto alla ap-

<sup>23</sup> Cfr. i dati riportati nel rapporto ufficiale sul PPP pubblicato dal Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l'edilizia nel 2007: BMVBW, *Erfahrungsbericht zu Öffentlich Privaten Partnerschaften*, 2007, [http://www.bmvbs.de/Anlage/original\\_991057/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften04.-April-2007.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_991057/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften04.-April-2007.pdf), 8. D'ora in avanti si farà riferimento a questo rapporto solo con l'indicazione *Erfahrungsbericht 2007*.

<sup>24</sup> Sul significato del termine tedesco e le sue possibili traduzioni si veda C. Fusaro, *I servizi locali in Germania: ovvero le attività economiche comunali a garanzia della Daseinsvorsorge in bilico fra fine pubblicistico e mercato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2001, 837 ss.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

provazione della «Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro normativo relativo al partenariato pubblico-privato» (*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) entrata in vigore l'8 settembre 2005 (v. *infra*, 4.2.).

Il circolo virtuoso ha fatto sì che analoghi provvedimenti siano stati presi in molti *Länder*, dove sono stati creati centri di competenza, gruppi di lavoro, *task forces* volti a supportare la realizzazione e la diffusione di progetti di partenariato pubblico privato locale<sup>25</sup>. Particolarmente attiva è ad esempio la “PPP Task Force” del *Land Nordrhein-Westfalen* che è anche il *Land* con il maggior numero di progetti di partenariato in fase di realizzazione. Peraltro tale *Task Force* ha pubblicato le «Linee guida per l'analisi e il confronto dell'economicità dei progetti»<sup>26</sup> in cui si indicano i parametri e i metodi in base ai quali stabilire se un progetto PPP possa essere effettivamente più vantaggioso di un metodo di approvvigionamento tradizionale: il che rappresenta il primo presupposto perché si possa ricorrere al PPP. Queste linee guida hanno costituito la base delle linee guida emanate a livello federale nel 2006, ovvero «Linee guida per lo svolgimento dell'analisi dell'economicità dei progetti di PPP»<sup>27</sup>.

L'ultima iniziativa presa dal Governo federale consiste nella creazione, nel dicembre 2007, di un'impresa di consulenza (di proprietà mista, pubblica e privata<sup>28</sup>) chiamata “*Partnerschaften Deutschland*”<sup>29</sup> e volta a offrire supporto e *know how* alle amministrazioni pubbliche in materia di PPP e a elaborare, sulla base dei progetti di PPP realizzati, standard unitari per la partecipazione dei privati a progetti di creazione e gestione di infrastrutture pubbliche. La mancanza di standard unitari chiari e precisi rappresenta infatti, secondo le

<sup>25</sup> Un prospetto dei diversi centri di competenza si trova nel Rapporto del 2007: *Erfahrungsbericht 2007*, 38.

<sup>26</sup> A queste linee guida si sono aggiunte nel 2007 le Linee guida sulle procedure di aggiudicazione per i progetti PPP, sempre redatte dalla Task Force NRW e disponibili sul sito <http://www.ppp.nrw.de/publikationen/vergaberechtsleitfaden.php>.

<sup>27</sup> Le linee guida sono disponibili sul sito del Ministero federale per i trasporti, le costruzioni e l'edilizia alla seguente pagina web: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/UI/bundeseinheitlicher-leitfaden-bei-ppp-projekten-wirtschaftlichkeitsuntersuchungen.html>.

<sup>28</sup> Azionista maggioritario è la pubblica autorità (50,1% delle azioni), mentre il 49,9 % delle azioni appartiene ad investitori privati, o meglio ad una società di proprietà degli investitori privati e che solo funzioni amministrative. Gli investitori privati sono suddivisi in 4 categorie, una per ogni branca dell'economia (finanza, costruzioni, infrastruttura tecnica e IT, *facility management*; a queste si aggiunge una categoria in cui confluiscono altri privati attivi sul mercato e che non rientrano nelle suddette categorie, ad esempio imprese di consulenza).

<sup>29</sup> Si veda il sito ufficiale: [www.partnerschaftendeutschland.de](http://www.partnerschaftendeutschland.de).

fonti ufficiali, una delle cause principali degli alti costi di transazione nei progetti PPP e deve quindi essere attenuata, senza compromettere tuttavia la flessibilità necessaria per la realizzazione di PPP<sup>30</sup>.

### 3. Modelli di partenariato pubblico-privato e ambiti di diffusione.

#### 3.1. Nel Regno Unito

Nel Regno Unito, il capitale pubblico investito in progetti di partenariato pubblico privato rappresenta circa il 15% degli investimenti pubblici<sup>31</sup>. Al dicembre 2010 il *database* di *Partnerships UK* includeva in tutto 920 progetti di PPP (che avevano già raggiunto la chiusura finanziaria)<sup>32</sup>, per un totale complessivo di ca. 64 miliardi di sterline<sup>33</sup>. Il partenariato pubblico-privato ha trovato diffusione, nelle sue diverse forme, soprattutto nell'ambito dell'istruzione (scuole e università) e in quello della sanità (ospedali), ma anche in altri settori quali ad esempio: trasporti, difesa, raccolta e smaltimento dei rifiuti, giustizia (tribunali e carceri), servizi di emergenza, uffici e altri edifici pubblici (biblioteche, impianti sportivi, ecc.)<sup>34</sup>. Le due aree geografiche che presentano il maggior numero di PPP e anche i valori più alti

<sup>30</sup> Bundesministerium der Finanzen (BMF), *Rückenwind für Öffentlich-Private Partnerschaften – Das Projekt „Partnerschaften Deutschland“*, Januar 2008.

<sup>31</sup> Partnerships UK, *PFI – The State of the Market*, 2007, disponibile sul sito: <http://www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/State%20of%20the%20Market%202007.pdf>.

<sup>32</sup> Il *database* di *Partnerships UK* è disponibile sul sito <http://www.partnershipsuk.org.uk/PUK-Projects-Database.aspx>. Esso comprende tutti i progetti di PPP, sia quelli cui partecipano le autorità locali che quelli del Governo centrale (compresi il governo scozzese, quello del Galles e quello dell'Irlanda del Nord). Le cifre riportate in altri siti e documenti ufficiali variano tuttavia da 600 a oltre 900; la variabilità dei dati dipende dai progetti di PPP di volta in volta considerati (se ad esempio si considerano solo i progetti PFI ma non le altre forme di PPP, o se vengono conteggiati solo i PPP in cui sono coinvolte le autorità locali escludendo i progetti del Governo centrale o viceversa ecc.).

<sup>33</sup> House of Lords – Select Committee on Economic Affairs, *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 2010, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeconaf/63/63i.pdf>. D'ora in avanti questo documento verrà indicato come *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*.

<sup>34</sup> S. Arrowsmith, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, in *Com. Mkt. L. Rev.*, 2000, 709 ss. Si veda anche G.L. Clark-A. Root, *Infrastructure Shortfall in the United Kingdom: the Private Finance Initiative and Government Policy*, in *Political Geography*, 18, 1999, 341 ss.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

di capitale investito sono Londra e la Scozia; le zone in cui invece il PPP stenta a svilupparsi sono soprattutto il nord-est, il Galles e l'Irlanda del Nord<sup>35</sup>. La maggior parte dei progetti rientra nel modello della *Private Finance Initiative* o *PFI* (v. *infra*). Ad oggi, secondo quanto riportato dal Ministero del Tesoro, risultano firmati dalle autorità centrali (comprese quelle scozzesi, gallesi e dell'Irlanda del Nord) oltre 600 progetti *PFI* per un capitale totale di ca. £ 58 miliardi<sup>36</sup>. In particolare, 510 progetti *PFI* hanno completato la costruzione e sono operativi: 70 ospedali, 94 programmi di istruzione che coprono in tutto 800 scuole, 43 nuovi progetti di trasporto, più di 300 progetti operativi nei settori difesa, intrattenimento, edilizia, cultura, gestione dei rifiuti.

Anche se le principali forme di approvvigionamento di opere e servizi pubblici sono ancora quelle convenzionali e la *PFI* ha un peso ridotto nei piani di investimento governativi, la sua rilevanza sta comunque crescendo: nel 2007 gli investimenti pubblici in progetti *PFI* sono arrivati a £ 5,3 miliardi e per i prossimi cinque anni si prevede un flusso di investimenti pubblici pari a ca. £ 23 miliardi.

Le forme di PPP attualmente presenti nel Regno Unito sono molto eterogenee. La maggior parte di esse rientra nel modello della finanza di progetto (*PFI*) ma accanto a tale forma si stanno affermando anche nuovi modelli di partenariato. È inoltre opportuno considerare che molto spesso i diversi modelli vengono utilizzati congiuntamente per la realizzazione di uno stesso progetto (soprattutto ad es. la *joint venture* e la *PFI*, v. *infra*).

Le principali forme di partenariato pubblico privato utilizzate nel Regno Unito sono:

a) la *Private Finance Initiative (PFI)*:

con l'espressione *Private Finance Initiative (PFI)* si indicano in genere tutte quelle forme di PPP in cui il capitale e altri costi iniziali vengono coperti dal finanziamento privato, mentre il partner pubblico "paga" il servizio prestato dal partner privato per tutto l'arco di vita del progetto (di solito con pagamenti regolari che dipendono dal raggiungimento di determinati obiettivi e il soddisfacimento di standard stabiliti contrattualmente). La struttura della *PFI* può assumere diverse forme secondo le caratteristiche del progetto e i fini perseguiti. La flessibilità e la complessità di tale strumento rendono difficile l'elaborazione di una definizione precisa. Tra gli aspetti che accomunano le diverse forme di *PFI*, lo *HM Treasury* riporta i seguenti: il

<sup>35</sup> Partnerships UK, *PFI – The State of the Market*, cit., 10.

<sup>36</sup> *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, 6. Cfr. nota 13.

privato (solitamente una società appositamente creata e denominata *Special Purpose Vehicle* o società-veicolo) è impegnato in genere nella costruzione e nella manutenzione di una struttura e/o nella gestione di un servizio a lungo termine (in genere per 25-30 anni); il progetto comprende una fase di progettazione e costruzione seguita da una fase operativa; lo *SPV* usa il finanziamento privato per finanziare anticipatamente i lavori di costruzione; il rischio che si verifichino costi di realizzazione superiori a quelli previsti è affidato allo *SPV* e in genere ripartito anche tra le imprese di subappalto; allo *SPV* viene pagato un compenso per i servizi prestati. Il pagamento si riduce se la *performance* dello *SVP* scende al di sotto dello standard richiesto. Le detrazioni interessano molto spesso il periodo iniziale di realizzazione, ovvero quello che in genere presenta maggiori problemi e difficoltà per il raggiungimento degli standard di *performance* stabiliti contrattualmente. Il progetto *PFI HMP Altcourse* ad esempio, che è il primo progetto inglese per la realizzazione e la gestione di una prigione tramite *PFI*, ha subito nel primo anno di attuazione detrazioni pari a £ 195,000. La cifra è scesa a £ 108,000 e £ 34,000 rispettivamente nel secondo e terzo anno per poi diventare nulla a partire dal quarto anno<sup>37</sup>.

Nella *PFI* confluiscono tutta una serie di strutture contrattuali sviluppatesi a partire dagli anni Novanta. I modelli principali sono il *DBFO* (*Design Build Finance Operate*), *BOO* (*Build Own Operate*), il *BOOT* (*Build Own Operate Transfer*) e il *DBFM* (*Design Build Finance Maintain*)<sup>38</sup>. Tra le forme più comuni di *PFI* si trova il *DBFO* in cui l'operatore privato progetta, costruisce, finanzia e gestisce un'infrastruttura secondo gli obiettivi prefissati dalla pubblica autorità. Il rischio viene trasferito al partner privato che riceve dal partner pubblico un flusso di pagamenti quale corrispettivo dell'uso delle infrastrutture su un periodo contrattuale. Allo scadere del contratto, la proprietà del bene può o rimanere al partner privato oppure essere trasferita al partner pubblico secondo le specifiche disposizioni contrattuali. Il *BOO* (*Build Own Operate*) è una variante semplificata del *DBFO* in cui il partner privato finanzia, costruisce e gestisce una struttura per un determinato periodo di tempo e, allo scadere del contratto, la struttura rimane di proprietà privata senza essere trasferita al partner pubblico. Il modello

<sup>37</sup> Cfr. T.M. Nisar, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, in *Public Organization Review*, 2007, 1 ss. Situazioni analoghe si riscontrano in vari altri progetti *PFI*.

<sup>38</sup> *Infrastructure Procurement: Delivering Long-term Value*, 15 ss. Vi sono comunque anche altre varianti come ad esempio il *BRT* o *BLT* (*Build, Rent/Lease and Transfer*) o il semplice *BT* (*Build and Transfer*), in cui l'opera è trasferita subito ma possibilmente a condizione del pagamento a rate del prezzo di acquisto.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

*BOOT (Build Own Operate Transfer)* è analogo al *BOO* ma implica, alla scadenza del contratto, il trasferimento del bene costruito al partner pubblico. Infine nel *DBFM (Design Build Finance Maintain)* il partner privato non solo si impegna a progettare, costruire e finanziare il bene in questione, ma si fa carico anche dei lavori di manutenzione.

Secondo quanto precisato dallo *HM Treasury*, il ricorso alla *PFI* è consigliabile se c'è bisogno di un considerevole carico di investimento<sup>39</sup> e di un efficace *management* dei rischi associati alla realizzazione e alla gestione dell'opera. Inoltre, è necessario che l'allocazione dei rischi tra partner pubblico e partner privato possa essere tracciata in modo chiaro e che la natura del servizio permetta al partner pubblico di definire le proprie esigenze come obiettivi ben precisi che possano essere fatti oggetto di accordi contrattuali. Altro presupposto fondamentale perché il ricorso alla *PFI* possa essere effettivamente proficuo è che la natura dei beni e dei servizi identificati come parte del progetto, così come quella dei rischi ad essi associati, permettano di calcolare in modo certo i costi a lungo termine e per l'intero ciclo di vita; il che presuppone ad esempio che non si prevedano rilevanti cambiamenti con riguardo alle tecnologie da utilizzare. Infine, perché effettivamente i progetti *PFI* possano essere vantaggiosi dal punto di vista economico, è opportuno che gli orizzonti di pianificazione siano a lungo termine e i beni (o i servizi) forniti siano usati per un lungo periodo di tempo<sup>40</sup>.

Quanto alle prospettive future della *PFI*, il Governo britannico, a partire dal 2003<sup>41</sup>, ha iniziato a promuovere lo studio e l'elaborazione di nuovi modelli *PFI* che permettano di ridurre i costi connessi al finanziamento privato senza compromettere i principi del miglior rapporto costi-benefici e del trasferimento dei rischi ai partner privati. Gli interessi imposti dai finanziatori sono infatti molto maggiori nel caso in cui i debiti vengano contratti dalle società veicolo create per la realizzazione di un progetto PPP rispetto al caso in cui i debiti vengano contratti dalla pubblica amministrazione per la realizzazione di un progetto con metodi convenzionali – ciò a causa dei maggiori rischi connessi con il finanziamento. Attualmente si stanno considerando quindi metodi alternativi di finanziamento che però non mutino sostanzialmente il trasferimento dei rischi al settore privato. In discussione sono in particolare strutture quali lo “*underpinned debt*” o la “*de-risked PFI*”: si tratta di strutture di finanziamento basate sull'idea che il ri-

<sup>39</sup> Lo *HM Treasury* fa riferimento ad un *capital value* di almeno 20 milioni di sterline. *Infrastructure procurement: delivering long-term value*, 19.

<sup>40</sup> Ivi, 19.

schio sia maggiore nelle fasi di costruzione ma diminuisca progressivamente nelle fasi successive e che quindi l'autorità pubblica possa pagare premi di rischio inferiori durante la fase operativa del progetto, se è in grado di garantire parte del debito o assicurare ai finanziatori un certo livello di compensazione nel caso di interruzione del progetto per fallimento del partner privato;

*b) le concessioni:*

nella concessione la pubblica amministrazione concede al privato diritti esclusivi di costruire, gestire e mantenere un determinato bene per un lungo periodo di tempo e di recuperare il capitale investito esigendo un pagamento direttamente dagli utenti. I progetti di concessione sono in genere (ma non sempre) “*free-standing*”, ovvero i costi sostenuti dal privato verranno rifinanziati interamente tramite tariffe imposte agli utenti finali. Il partner pubblico si limita normalmente a rendere possibile il progetto – ad esempio facendo una pianificazione iniziale, affidando la concessione, prendendo provvedimenti amministrativi *ad hoc* – e a stabilire una serie di requisiti di *performance* che il partner privato è tenuto a soddisfare. I rischi sono in genere (ma non sempre) totalmente trasferiti al partner privato. Secondo quanto riportato dallo *HM Treasury*<sup>42</sup>, la concessione può essere utile per progetti che hanno un ambito ben definito e circoscritto nonché un certo margine di certezza circa le esigenze da soddisfare per tutto il ciclo di vita del progetto e possono essere strutturati in modo tale da essere economicamente indipendenti, pur integrandosi in modo semplice e efficace nella rete infrastrutturale in cui si inseriscono. Il ricorso alle concessioni presuppone inoltre che sussista effettivamente un mercato per il servizio in questione (ovvero che i consumatori siano disposti a pagare per tale servizio), e che il privato concessionario sia in grado di influire in qualche modo sulla domanda degli utenti;

*c) la Strategic Infrastructure Partnership (SIP):*

il “partenariato strategico per le infrastrutture” (*SIP*) consiste in un accordo tra un partner privato e l'autorità aggiudicatrice volto ad affrontare non un solo progetto ma tutta una serie di problematiche o progetti connessi a determinate infrastrutture per un dato periodo di tempo. Si tratta

<sup>41</sup> Cfr. HM Treasury, *PFI: meeting the investment challenge*, 2003, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI\\_604a.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI_604a.pdf).

<sup>42</sup> *Infrastructure procurement: delivering long-term value*, 20.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

cioè della realizzazione di un “programma” che comprende diversi progetti affini o collegati. La *SIP* può prendere la forma di una *joint venture* ma può anche avere forma contrattuale. In genere, il partner privato fornisce *direttamente*, senza ricorrere al subappalto, una quantità significativa dei lavori e dei servizi richiesti dall’autorità pubblica. Le *SIPs* possono essere istituite su base competitiva, se diversi partners strategici vengono selezionati per soddisfare le esigenze di un programma di vasta scala costituito da vari progetti. In tal caso, dopo un certo periodo di tempo, il partner pubblico valuta e paragona le *performances* dei privati e poi, sulla base di questa valutazione, può ridistribuire i progetti tra i partners e affidare più lavori ai partners che hanno mostrato la *performance* migliore. Questo modello viene detto anche *competitive partnership* (partenariato competitivo). Secondo le valutazioni del Ministero del Tesoro<sup>43</sup>, una *SIP* può essere utile se: devono essere realizzati numerosi lavori simili tra loro; ci sono più aggiudicatori pubblici locali per progetti simili; c’è certezza riguardo al tipo di infrastruttura ma è incerto il *timing*, così come sono incerte le esatte fasi di lavoro; se, nell’arco di vita del partenariato, il partner privato ha la possibilità di migliorare l’efficienza tramite continui progressi e innovazioni; se ci sono tempi e costi di approvvigionamento che risulterebbero eccessivi nel caso in cui ogni elemento del programma fosse appaltato separatamente.

Un esempio di *SIP* è rappresentato dal programma *Building Schools for the Future (BSF)*. Si tratta di un programma di investimento di più di 9 miliardi di sterline stanziato per il periodo 2008-11. Il suo scopo è quello di fornire sostegno al programma di riforma dell’istruzione pianificato dal Governo, realizzando strutture più consone al raggiungimento degli obiettivi formativi degli istituti scolastici. Secondo la pianificazione attuale il programma prevede il rinnovamento o la completa ricostruzione di quasi ogni scuola secondaria pubblica inglese. La realizzazione del programma è affidata alla *Partnerships for Schools (Pfs)*, una *joint venture* tra il Dipartimento per i bambini, le scuole e le famiglie (*DCSF*) e *Partnerships UK (PUK)*. La *Pfs* offre supporto ai progetti locali e assicura che l’investimento nelle scuole secondarie sia basato su solide strategie educative. *Pfs* lavora con le parti interessate a livello locale per assicurare che le scuole e le accademie *BSF* siano progettate in modo ottimale, costruite nel rispetto dei tempi prestabiliti e con costi ragionevoli per i contribuenti. A livello locale, l’iniziativa prevede l’istituzione di *Local Education Partnerships (LEPs)* che consistono in partenariati tra un partner privato, l’autorità locale e la *Building Schools for*

<sup>43</sup> Ivi, 22.

*the Future Investments (BSFI)*, che è a sua volta un mezzo di investimento *joint venture* tra il *DCSF* e il *PUK*. Sono i *LEPs* a dare poi in appalto i progetti approvati o tramite *PFI* (ca. 50%) o tramite modelli tradizionali (es. *Design and build*). In genere il 50% dei progetti è realizzato tramite *PFI*, soprattutto i progetti che implicano la costruzione di nuove scuole, mentre il 50% è costituito dal tradizionale *Design and build*, in particolare quelli che comprendono solo il rinnovamento e il restauro di edifici già esistenti.

Altro esempio di *SIP* è costituito dal programma *NHS Local Improvement Finance Trusts (NHS LIFT)* volto a migliorare e sviluppare strutture di assistenza primaria. Si tratta di una iniziativa su scala nazionale promossa dal *Community Health Partnerships*, una società indipendente di proprietà del Dipartimento per la Salute che a sua volta ha istituito *joint ventures* con gli enti locali del Servizio Sanitario Nazionale (*NHS*) e con il settore privato. Queste *joint ventures*, dette *LIFTCos*, hanno firmato 20 accordi per costruire e gestire istituti di assistenza primaria che poi affittano a *Primary Care Trusts*, *General practitioners (GPs)*, dentisti o altri operatori del Servizio Sanitario Nazionale. I *LIFTCos* organizzano la loro catena di fornitura in una varietà di forme: alcune operano come organizzazioni aggiudicatrici, appaltando pacchi di lavoro ad un *pool* di fornitori su base competitiva. Altri operano con catene di fornitura fisse e garantiscono il principio della utilità economica tramite sistemi di *benchmarking* e *market testing*<sup>44</sup>;

d) *lo integrator approach*:

con l'“*integrator approach*” il partner pubblico incarica una organizzazione o una società (cd. *integrator*) di gestire l'intera realizzazione di un progetto, a partire dalla fase precedente al processo di aggiudicazione, fino all'aggiudicazione dell'appalto, alla costruzione e all'entrata in attività. L'autorità pubblica definisce la politica generale e gli obiettivi dell'appalto e poi lavora con il partner privato per definire i requisiti e la strategia di aggiudicazione. Il partner privato gestisce l'approvvigionamento di tutti i beni e i servizi connessi al progetto da realizzare in oggetto e poi li integra in un unico “pacchetto” offerto al partner pubblico. In genere tali beni e servizi costituiscono “sub-progetti” separati che possono essere realizzati sia tramite *PFI* che con modelli convenzionali. Il partner privato subappalta i singoli “sub-progetti” e svolge la funzione di coordinatore e “integratore”, appunto: esso è responsabile di fronte al partner pubblico per l'intero progetto. Una differenza chiave tra la *SIP* e l'approccio “*integrator*” è che di norma il sog-

<sup>44</sup> *Ibidem*.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

getto che funge da *integrator* non realizza le infrastrutture né presta direttamente i servizi ad esse associati, ma svolge solo funzioni di coordinamento dei singoli progetti. In genere si ricorre a questo modello se ci sono alti rischi connessi alle nuove tecnologie, se è probabile che la domanda degli utenti finali cambi o se mutamenti politici possono influenzare la prestazione dei servizi in oggetto. Inoltre, l'*integrator approach* risulta preferibile rispetto ad altri modelli di PPP se sussiste incertezza riguardo alla tempistica e alle diverse fasi di lavoro, se è prevista una lunga fase di costruzione/realizzazione e se c'è poca concorrenza tra le imprese per realizzare l'intero progetto ed è quindi necessario suddividere il progetto in parti separate (in modo tale da produrre concorrenza all'interno della filiera stessa)<sup>45</sup>;

### e) l'*Alliancing*:

il modello "*alliancing*" o "dell'alleanza" coinvolge due o più parti, sia del settore pubblico che di quello privato, che condividono rischi e profitti al fine di raggiungere obiettivi comuni. Gli incentivi e gli interessi dei partner devono essere fortemente allineati e l'autorità deve essere pronta a investire le proprie capacità perché il partenariato sia efficace. Le principali caratteristiche dell'*alliancing* sono: un forte accento sugli obiettivi da raggiungere; un solido rapporto di fiducia tra i partner pubblici e quelli privati; la presenza, in genere, di un *team* di progetto in cui confluisca l'*expertise* del settore pubblico e di quello privato; rigide procedure di *management* del rischio; i costi e i profitti vengono condivisi da tutti i partner (ma in gran parte dalla p.a.). Il modello dell'*alliancing* può essere utile quando c'è un alto grado di incertezza circa l'infrastruttura di cui c'è bisogno per raggiungere gli obiettivi di *policy*, quando ci sono alti rischi tecnologici, se manca un mercato competitivo di privati interessati alla realizzazione e infine se si ha un progetto di vaste dimensioni ma non facilmente suddivisibile in sotto-progetti. A differenza di quanto avviene in molte altre forme di PPP, il valore dei finanziamenti privati è estremamente limitato: l'*alliancing* consiste praticamente nell'unione tra l'approvvigionamento convenzionale e una nuova modalità avanzata di ripartizione e gestione del rischio tra tutti i livelli della catena di fornitura<sup>46</sup>;

<sup>45</sup> *Ivi*, 23. Un esempio di utilizzo dell'*integrator approach* è rappresentato dallo *United Kingdom Military Flying Training System*. Si tratta di uno dei programmi più rilevanti del *Defence Change Programme* portfolio ed è volto a fornire servizi di *training* per l'equipaggio di volo per un periodo di 25 anni.

<sup>46</sup> *Ivi*, 15.

f) *le joint ventures*:

come emerge dai singoli modelli sopra analizzati, molte forme di PPP implicano la formazione di *joint ventures*, ovvero di “imprese miste” cui partecipano sia il settore pubblico che quello privato, condividendo parte dei rischi e dei profitti sulla base di specifici accordi. La *joint venture* rappresenta una forma di partenariato pubblico-privato diversa dalle forme di partenariato contrattuali in quanto la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato non si realizza sulla base di un contratto ma all’interno di una società con propria personalità giuridica a cui partecipano sia il partner pubblico che quello privato. Le percentuali di partecipazione pubblica e privata possono variare da caso a caso e, a seconda delle percentuali di partecipazione, la *joint venture* può essere controllata o dal settore pubblico o da quello privato; vi sono anche i casi in cui nessuna delle parti ha il controllo complessivo della società (*deadlock joint venture* – si tratta dei casi in cui la partecipazione pubblica è del 50%). La questione del controllo è fondamentale perché se il settore pubblico detiene più del 50%, allora la *joint venture* viene classificata come appartenente al settore pubblico e sarà quindi sottoposta a maggiori vincoli (le *deadlock joint ventures* vengono invece in genere classificate come private)<sup>47</sup>. In genere, il settore pubblico partecipa ai finanziamenti fornendo beni, ad esempio terreni, mentre i finanziamenti *cash* per le attività della *joint venture* sono forniti dal settore privato (sia tramite investimenti di capitale che tramite richiesta di finanziamenti da terzi, ad esempio dalle banche). La *joint venture* può assumere diverse forme giuridiche, ad es. società per azioni (con i partner come azionisti), società a responsabilità limitata, società in accomandita semplice, *joint venture* non costituita in società (responsabilità illimitata). Una *joint venture* può essere fondata per la realizzazione di un progetto specifico oppure avere durata più lunga. Tra i modelli trattati più sopra sia i *LIFTs* che i *LEPs* sono *joint ventures*. Altri esempi sono rappresentati dai partenariati istituiti tra la *British Waterways* con imprese private per la bonifica dei canali (*ISIS Waterside Regeneration*); dalle *joint ventures* create per investire nelle tecnologie a basse emissioni di carbonio; dalle *joint ventures* per la progettazione, la realizzazione e la manutenzione dell’attrezzatura per la difesa<sup>48</sup>;

<sup>47</sup> HM Treasury, *A guidance note for public sector bodies forming joint venture companies with the private sector*, 2001, disponibile sul sito: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/enguidance2.pdf>.

<sup>48</sup> Alcuni esempi si trovano in *Infrastructure procurement: delivering long-term value*, 26 ss.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

### g) *Strategic Service-delivery Partnerships (SSP)*:

si tratta di una forma di PPP a lungo termine tra le autorità locali e uno o più partner privati per la fornitura di determinati servizi pubblici<sup>49</sup>. Questo modello è stato introdotto negli anni Novanta e rilanciato nel 2001 con la creazione della *Strategic Partnering Taskforce*. Si tratta di una forma di partenariato che può articolarsi anche solo all'interno del settore pubblico, tra amministrazioni diverse; tuttavia la variante che coinvolge il settore privato e che quindi si qualifica come PPP è sicuramente una delle più diffuse. In genere si tratta di contratti molto complessi che implicano una vasta gamma di servizi, tanto che si parla anche di “*multi-service delivery partnerships*”. Questo modello, che a sua volta può assumere varie forme (*PFI, joint venture*, ecc.), è stato ampiamente sostenuto dal Governo centrale come metodo per fornire servizi pubblici nel modo economicamente più vantaggioso e introdurre nuovi servizi nel campo dell'*e-government* e delle nuove tecnologie. Tuttavia, negli ultimi anni, le *SSP* sono andate incontro a critiche crescenti e non hanno effettivamente soddisfatto le aspettative tanto che alcune autorità locali hanno iniziato a riportare “*in house*” alcuni servizi. In particolare si è rilevato che le *SSP* hanno spesso dimensioni e complessità eccessive (in quanto includono in genere molti servizi) e implicano dunque alti costi di consulenza per le casse pubbliche. Inoltre sussiste il rischio che si crei una sorta di “monopolio” nella gestione dei servizi, ovvero che l'autorità locale diventi dipendente da un solo partner privato, anche perché i partner privati – se il contratto lo consente – tendono a far crescere sempre di più il numero di servizi da offrire (si parla del rischio di “*one-company towns*”). Del resto non vi sono dati empirici che dimostrino che il ricorso a *SSP* permetta di fornire i servizi pubblici in modo più efficace; al contrario si è rilevato che il ricorso a *SSP* comporta gravi problemi di perdita di *accountability* e democraticità e che i costi a lungo termine sono incerti e, soprattutto, non sono più sottoposti al controllo (o almeno all'influenza) della pubblica autorità. Inoltre, la *SSP* può avere un impatto negativo sull'occupazione a livello locale e in genere sull'economia locale: i profitti non fluiscono (o fluiscono solo in minima parte) nelle casse pubbliche e non possono dunque essere re-investiti in servizi e del resto molto spesso le piccole imprese locali non riescono ad accedere a tale forma di partenariato.

<sup>49</sup> Per la definizione delle *SSP* si veda l'ultimo rapporto della Audit Commission, *For Better, for Worse, Value for Money in Strategic Service-Delivery Partnerships*, J2008, disponibile sul sito: <http://www.audit-commission.gov.uk/reports/NATIONAL-REPORT.asp?CategoryID=&ProdID=2EC60F18-BDC2-4faf-98AC-2E495B8B6CBD&SectionID=sect3#>.

### 3.2. In Germania

In Germania, secondo i dati forniti dal rapporto redatto dall'Istituto tedesco per l'urbanistica nel 2005 su incarico della PPP *Task Force* e incentrato sul PPP contrattuale, a partire dal 2000 sono stati pianificati oltre 300 progetti PPP (contrattuali) nei diversi settori<sup>50</sup>. Tuttavia i progetti di PPP attualmente in via di realizzazione non arrivano a 200<sup>51</sup> e non tutti stanno avendo successo. Il principale ambito di diffusione del PPP è quello dell'edilizia pubblica: al 2007 risultavano in realizzazione 46 progetti PPP, per un volume di investimento di 1,4 miliardi di euro<sup>52</sup>. Al giugno del 2010 risultano invece firmati 153 contratti PPP nell'ambito dell'edilizia pubblica e della costruzione di strade, mentre 100 progetti sono in fase di pianificazione<sup>53</sup>. In particolare, i progetti di PPP nell'ambito dell'edilizia interessano in primo luogo la costruzione o il rinnovo di scuole, asili, asili nido; seguono le infrastrutture sportive, quelle sanitarie, gli edifici della pubblica amministrazione e infine i palazzi di giustizia<sup>54</sup>. Accanto all'ambito dell'edilizia, il PPP sta penetrando anche in altri settori, quali quello sanitario e dei servizi pubblici, ma i progetti in fase di realizzazione sono ancora molto pochi<sup>55</sup>. Ca. il 20% dei progetti è realizzato dalle autorità dei *Länder* e il 5% da quelle federali, ma è nei Comuni che si rileva la maggior diffusione dei progetti di PPP: circa il 75% dei PPP realizzati o in corso di realizzazione in Germania coinvolgono infatti le autorità comunali<sup>56</sup>, non solo per quanto riguarda la costruzione di opere ma anche nell'ambito dei servizi pubblici locali (trasporti pubblici, raccolta e smaltimento dei rifiuti, ecc.). I *Länder* con maggior diffusione di PPP, sia a livello regionale che comunale, sono il NRW e il Niedersachsen (seguono l'Assia, il Rheinland-Pfalz, il Baden-Württen-

<sup>50</sup> *Difu-Studie 2005*, 8.

<sup>51</sup> Si vedano i dati forniti da *Partnerschaften Deutschland* nella sua banca dati disponibile sul sito: <http://www.ppp-projektbank.de/>.

<sup>52</sup> *Erfahrungsbericht 2007*, 12.

<sup>53</sup> Si vedano gli ultimi dati forniti da *Partnerschaften Deutschland* nel rapporto sul PPP in Germania nel primo semestre del 2010: *Partnerschaften Deutschland, Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, 1. Halbjahr 2010*, Berlin, 2010, disponibile al seguente sito: [http://www.partnerschaften-deutschland.de/uploads/media/%C3%96PP\\_in\\_Deutschland\\_Halbjahresbericht2010\\_%C3%96PP\\_Deutschland\\_AG\\_100712.pdf](http://www.partnerschaften-deutschland.de/uploads/media/%C3%96PP_in_Deutschland_Halbjahresbericht2010_%C3%96PP_Deutschland_AG_100712.pdf). D'ora in avanti questo testo verrà indicato con *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*.

<sup>54</sup> *Ivi*, 10.

<sup>55</sup> *Ivi*, 11.

<sup>56</sup> *Difu-Studie 2005*, 8. I dati sono confermati anche in *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

berg e la Baviera)<sup>57</sup>. A livello federale, i progetti di PPP, in corso o solo pianificati, interessano soprattutto l'ambito della costruzione di edifici pubblici, quello delle infrastrutture per la difesa e quello delle infrastrutture dei trasporti per le autostrade e le strade di competenza federale.

Anche in Germania si rileva un'ampia varietà di modelli di partenariato. Come si è accennato più sopra, manca una definizione giuridica di partenariato pubblico-privato. Nelle motivazioni della Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati (c.d. *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, v. *infra*, § 4.2.) il PPP viene definito come una cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e l'economia privata che abbia scopi di pubblico interesse e comporti vantaggi sia per il settore pubblico che per quello privato («*eine dauerhafte, in beiderseitigem Vorteil liegende, dem Gemeinwohl dienende Kooperation zwischen öffentlichen Händen und Privatwirtschaft*»)<sup>58</sup>. La definizione in genere riportata in letteratura è quella elaborata nel 2003 nel "Rapporto sul partenariato pubblico privato nel settore dell'edilizia pubblica" redatto dalla Commissione "*PPP im öffentlichen Hochbau*" (v. *supra*, § 2), secondo cui il partenariato pubblico-privato è una «collaborazione a lungo termine e regolata da contratto tra la pubblica autorità e l'economia privata con lo scopo di garantire l'adempimento degli incarichi pubblici in modo più economico ed efficace e per tutta la durata del progetto. Le risorse necessarie all'adempimento degli incarichi in questione (es. *know-how*, capitale, personale ecc.) vengono predisposte dai partner secondo un comune modello di organizzazione; i rischi connessi alla realizzazione del progetto sono ripartiti in modo adeguato alle rispettive competenze dei partner»<sup>59</sup>. A differenza di quanto avviene nei modelli tradizionali, l'impresa privata non fornisce un servizio isolato volto a coprire un particolare bisogno, ma si fa carico di una responsabilità più ampia che riguarda l'intero progetto per tutta la sua realizzazione o "ciclo di vita", *Lebenszyklus* (finanziamento, progettazione, costruzione e spesso manutenzione e/o gestione).

In questa definizione rientra una grande molteplicità di forme. Una prima distinzione sommaria è quella tra i PPP contrattuali, in cui il legame tra partner pubblico e privato si fonda solo su rapporti convenzionali contrattuali (c.d. "modello contrattuale"), e i PPP c.d. "istituzionalizzati" (PPPI,

<sup>57</sup> *Erfahrungsbericht 2007*, 11. I dati risultano immutati al 2010, cfr. *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

<sup>58</sup> BT-Drs. 15/5668, 14.6.2005, 10.

<sup>59</sup> BMVBW, *Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau"*, cit., vol. I, 2.

in tedesco *IPPP* o *IÖPP*), in cui il settore pubblico e quello privato cooperano in seno ad un'entità distinta, in genere una società mista (c.d. "modello di cooperazione")<sup>60</sup>. La maggior parte delle forme di PPP contrattuale viene indicata in letteratura con il termine "*Betreibermodell*" ("modello di gestione / del gestore"): la p.a. incarica il privato, sulla base di un contratto di diritto privato, della realizzazione di una funzione pubblica ma la responsabilità nei confronti degli utenti rimane della p.a. (non sussiste alcun rapporto diretto tra privato e utenti)<sup>61</sup>. Rientrano in questo gruppo le seguenti forme:

a) *Erwerbermodell* (c.d. *E-Modell* o "modello dell'acquirente")<sup>62</sup>:

l'impresa privata si fa carico, su un terreno di sua proprietà, della pianificazione, della costruzione, del finanziamento e della gestione di un immobile che poi sarà usato dalla pubblica autorità. In genere il progetto ha una durata di 20-30 anni. Alla fine del contratto la proprietà del fondo e dell'immobile passa all'ente pubblico aggiudicatore. La retribuzione consiste in un pagamento regolare da parte della p.a. all'impresa aggiudicataria che viene stabilito al momento in cui si stipula il contratto e comprende la pianificazione, la costruzione, la gestione, il finanziamento e l'acquisto del fondo e dell'immobile. Per la fase di realizzazione del progetto, il privato si fa sostanzialmente carico dei rischi (finanziari, di pianificazione, di costruzione ecc.)<sup>63</sup>. Questo modello corrisponde al modello *BOOT* (*Build Own Operate Transfer*);

b) *Inhabermodell* (c.d. *I-Modell* o modello del proprietario):

questo modello corrisponde al precedente con la differenza che il progetto viene realizzato su un fondo di proprietà dell'ente pubblico aggiudicatore.

<sup>60</sup> P.J. Tettinger, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., passim; sulla distinzione tra PPP contrattuali e PPP istituzionalizzati si veda anche W. Gerstlbelger-K. Schneider, *Öffentlich Private Partnerschaften: Zwischenbilanz, empirische Befunde und Ausblick*, Berlin, 2008, 20 ss.

<sup>61</sup> A. Reuter-I. Polley, *ÖPP und das "Neue Kommunale Finanzmanagement" (NKF)*, cit., 1346 ss.; W. Bausback, *Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht*, in *DÖV*, 2006, p. 900 ss.

<sup>62</sup> La dicitura abbreviata è adottata nel prospetto pubblicato sulla banca dati ufficiale per i progetti PPP ([http://www.ppp-projektdatenbank.de/fileadmin/user\\_upload/Downloads/PPP-Modelle.pdf](http://www.ppp-projektdatenbank.de/fileadmin/user_upload/Downloads/PPP-Modelle.pdf)).

<sup>63</sup> Cfr. a tale proposito anche H.W. Alfen-K. Fischer, *Der PPP-Beschaffungsprozess*, in M. Weber, M. Schäfer, F.L. Hausmann (a cura di), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006, 58 ss.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

catore. L'aggiudicatario privato si fa carico della costruzione o del restauro di un immobile su un fondo di proprietà dell'ente pubblico. Si tratta del modello maggiormente diffuso in Germania e risulta utilizzato da quasi il 70% dei progetti PPP attualmente in realizzazione<sup>64</sup>;

### c) *Leasingmodell* (modello leasing o *L-Modell*):

L'aggiudicatario privato si fa carico della pianificazione, della costruzione, del finanziamento e della gestione di un immobile su un fondo di sua proprietà. A differenza di quanto avviene nell'*Erwerbermodell*, non c'è qui l'obbligo di cedere la proprietà dell'immobile all'ente pubblico aggiudicatore al termine del contratto. L'ente aggiudicatore ha il diritto di scegliere se restituire l'immobile al privato alla scadenza del contratto oppure se acquistarlo pagando una somma prestabilita contrattualmente. Oppure l'ente aggiudicatore può decidere di prolungare l'affitto dell'immobile o prendere altri accordi relativi all'utilizzo. Come canone di utilizzo, l'ente aggiudicatore paga regolarmente delle rate all'aggiudicatario secondo quanto stabilito nel contratto; le rate comprendono la retribuzione per l'ammortizzazione parziale dei costi di pianificazione, costruzione, finanziamento e gestione. Anche il prezzo a cui l'ente aggiudicatore, al termine del contratto, può comprare l'immobile, viene fissato nel contratto;

### d) *Mietmodell* (modello di affitto, c.d. *M-Modell*):

il *Mietmodell* corrisponde al *Leasingmodell*, con la differenza che non è prevista l'opzione di acquisto ad un prezzo prestabilito contrattualmente. L'immobile, alla scadenza del contratto, può comunque essere comprato dall'ente pubblico aggiudicatore al suo valore commerciale. L'ente aggiudicatore paga regolarmente delle rate all'aggiudicatario secondo quanto stabilito dal contratto; esse comprendono la retribuzione per l'utilizzo dell'immobile ("affitto") e la gestione. Questo modello risulta utilizzato per ca. il 9% dei progetti PPP in realizzazione al giugno 2010;

### e) *Contractingmodell*:

questo tipo di contratto riguarda i lavori di costruzione e le misure di ottimizzazione aziendale di determinati impianti tecnici o parti di essi realizzati dall'aggiudicatario privato in immobili dell'ente pubblico aggiudicatore. La durata è di circa 5-15 anni e la retribuzione consiste in pagamenti

<sup>64</sup> *Öffentlich -Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 13.

regolari, stabiliti nel contratto, per la copertura dei costi di pianificazione, attuazione, gestione e finanziamento dell'aggiudicatario.

A questi modelli si aggiunge quello della concessione (*Konzessionsmodell*), che rientra comunque nel gruppo dei *Betreibermodelle* e che risulta impiegata nell'11% dei progetti PPP. La forma più diffusa di PPP istituzionalizzata è invece rappresentata dal c.d. *Gesellschaftsmodell* nel quale gli oneri pubblici vengono trasmessi ad una società cui partecipano il partner pubblico (spesso a maggioranza) e uno o più imprenditori privati. Questa forma di partenariato ha avuto una notevole diffusione, soprattutto a livello comunale nell'ambito dei servizi pubblici locali.

Per quanto riguarda specificamente il settore dei trasporti, in particolare delle autostrade e delle strade federali a lunga percorrenza, si fa riferimento a due modelli specifici, il c.d. "A-Modell" e lo "F-Modell". Comune ad entrambi è il fatto che la responsabilità primaria per l'intera infrastruttura rimane della pubblica autorità; entrambi inoltre riguardano tratti molto ridotti della rete stradale e autostradale federale e sono limitati nel tempo (30 anni in genere). Lo "F-Modell" è il modello introdotto nel 1994 con la Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza (*Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz*, abbr. *FStrPrivFinG*, v. *infra*, § 4.2.) che prevede la possibilità di affidare ad un privato la costruzione, la manutenzione e la gestione di determinati tratti della rete stradale e autostradale federale (in particolare di tunnel, ponti e passi montani e corsie aggiuntive nei tratti a più corsie). In questo caso il privato rifinanzia il proprio investimento riscuotendo direttamente un pedaggio dagli utenti. Si tratta dunque di una vera e propria forma di concessione<sup>65</sup>. Al momento questo modello è stato realizzato solo in 2 casi: per il Warnow-Tunnel di Rostock, che è stato aperto nel 2003, e per lo Herrentunnel di Lubecca, aperto nel 2005, entrambi con esiti negativi (v. *infra*, § 5.2.).

Il "modello A", il cui nome sta per "Ausbau-Modell", ovvero "Modello di ampliamento", prevede che il privato si faccia carico dell'ampliamento di tratti autostradali per il passaggio da 4 a 6 corsie. Il privato è responsabile della costruzione, della manutenzione e della gestione delle nuove corsie e viene retribuito dal *Bund*: non siamo nell'ambito di applicazione del *FStrPrivFinG* in quanto il privato non ha il diritto di recuperare il capitale investito riscuotendo un pedaggio dagli utenti, né sotto forma di

<sup>65</sup> Così M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, in *DVBl.*, 2007, 649 ss., spec. 652.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

tassa né sotto forma di retribuzione privata<sup>66</sup>. Non c'è dunque alcun rapporto diretto tra gli utenti e il privato che è invece in rapporto solo con la pubblica autorità. Per “pagare” il partner, la pubblica autorità sfrutta però le entrate che derivano dal pedaggio imposto dal *Bund* ai mezzi pesanti per il tratto di autostrada in questione (c.d. *LKW-Maut*)<sup>67</sup>. Questo modello prevede inoltre un finanziamento iniziale concesso dal *Bund* al partner privato che può arrivare fino al 50% dei costi di costruzione iniziali. Anche se parte della dottrina tende a considerare questo modello una forma di “concessione”<sup>68</sup>, l'assenza di un rapporto diretto tra privato e utenti, la presenza di un “pagamento” da parte della pubblica amministrazione (anche se i fondi per tale “pagamento” derivano dai pedaggi), e la minimizzazione del rischio (dovuta al finanziamento iniziale da parte del *Bund* ma anche e soprattutto dal fatto che non c'è un rapporto diretto tra privato e utenti), lascia piuttosto pensare che in questo caso non si tratti di una concessione ma di una forma di appalto di lavori<sup>69</sup>; il che a sua volta implica precise conseguenze sul piano giuridico, dal momento che gli appalti di lavori sono sottoposti a regolamentazione più rigida rispetto alle concessioni di lavori e in particolare alla normativa di attuazione della disciplina comunitaria sugli appalti sopra soglia (v. *infra*, § 4.2.). Tuttavia, forse proprio per evitare l'applicazione di tale regolamentazione, secondo la posizione ufficiale del Ministero Federale per i trasporti, le costruzioni e l'urbanistica, il modello A è effettivamente classificato come “concessione di lavori”<sup>70</sup>. In genere la concessione, che comprende non solo l'ampliamento ma anche la manutenzione e la gestione dei tratti autostradali oggetto dell'ampliamento, ha una durata di 30 anni, al termine dei quali la responsabilità per il tratto in questione torna al

<sup>66</sup> Cfr. su questo punto *ivi*, 653.

<sup>67</sup> L'introduzione di un pedaggio sulle autostrade per i mezzi pesanti superiori alle 12 tonnellate si è avuta in Germania con lo *Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge* del 2.12.2004, ovvero la Legge sul pedaggio autostradale per i veicoli pesanti, con cui il *Bund* ha ottenuto il diritto di riscuotere un pedaggio dai mezzi pesanti (superiori alle 12 tonnellate) per le autostrade federali. Il pedaggio viene in realtà riscosso da una impresa privata (Toll Collect) ma fluisce direttamente nelle casse federali.

<sup>68</sup> Si veda sul punto ad es. D. Neumann-H. Müller, *Privat- und Benutzerfinanzierung der Bundesfernstraßen*, in *NZBau*, 2003, 301 ss.

<sup>69</sup> M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 654 ss.

<sup>70</sup> BMVBW, *Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrags und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnen (A-Modell)*, Berlin, 2005; cfr. Anche BMVBW, *Leitfaden Strukturiertes Verhandlungsverfahren fuer die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle)*, Berlin, 2005.

*Bund*. Poiché al privato non viene concesso il diritto di riscuotere un pedaggio, non è necessaria una legge che permetta la realizzazione dello “*A-Modell*” (a differenza di quanto avviene per lo “*F-Modell*”). Perché si possa ricorrere al Modello A è necessario solo che la valutazione della “economicità” del progetto prescritta dall’art. 7, co. 2 dell’Ordinamento federale sul bilancio (*Bundeshaushaltsordnung*, abbr. *BHO*) dimostri che l’utilizzo di questo modello è, dal punto di vista economico, più vantaggioso di una forma di realizzazione tradizionale. I progetti attualmente realizzati (o in fase di realizzazione) con lo “*A-Modell*” sono in tutto 4 e hanno dato buoni risultati, tanto che ne sono stati pianificati altri 12<sup>71</sup>.

## **4. Il quadro giuridico di riferimento**

### *4.1. La normativa del Regno Unito: statutory instruments e soft law*

Nel Regno Unito manca una legislazione che regoli specificatamente il settore della *PMI* o, più in generale, del PPP. Tuttavia, quando i progetti di partenariato pubblico-privato sono qualificabili come appalti di lavori, forniture o servizi sopra soglia – ed è questa la maggioranza dei casi – ad essi deve essere necessariamente applicata la legislazione nazionale in applicazione della disciplina europea sugli appalti<sup>72</sup>. Oltre a ciò, il quadro giuridico di riferimento per il partenariato pubblico privato nel Regno Unito si ricava da una serie di “*statutory instruments*” attinenti a diversi ambiti giuridici, quali ad esempio la normativa sulle tasse e i tributi, la legislazione relativa alla costruzione di opere pubbliche, quella sui capitali finanziari ecc.

<sup>71</sup> Si vedano i dati pubblicati sul sito del Ministero federale dei trasporti: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB-LA/oepp-im-bundesfernstrassenbau-uebersicht-einzelprojekte-stand-fruehjahr-2010.html?nn=35602#doc22860bodyText1>.

<sup>72</sup> Si tratta in particolare delle *Public Contracts Regulations 2006 (Statutory Instrument 2006 nr. 5)* entrate in vigore il 1.1.2006 in applicazione della “*classical directive*” (direttiva 2004/18/CE) e delle *Utilities Contracts Regulations (Statutory Instrument 2006 nr. 6)* in applicazione della “*utilities directive*” (direttiva 2004/17/CE). Si ricordi che nell’ambito di applicazione della disciplina europea ricadono solo gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture sopra soglia: ne sono invece esclusi sia gli appalti sotto soglia che le concessioni di servizi (che sono comunque vincolati ai principi generali della trasparenza, della parità di trattamento, della proporzionalità e del mutuo riconoscimento derivanti dal Trattato CE). Per quanto riguarda le concessioni di lavori, a livello comunitario si hanno solo alcuni obblighi inerenti alla pubblicità e alla trasparenza e un obbligo relativo al termine minimo di ricezione delle candidature (art. 3, par. 1 della direttiva 93/37/CE e artt. 56-59 della direttiva 2004/18/CE).

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

In molti casi la legislazione relativa ai singoli settori è stata modificata proprio al fine di facilitare l'attuazione di progetti *PFI*. Ciò è accaduto, ad esempio, per la normativa relativa ai contratti stipulati con i privati dagli enti locali la cui modifica è stata volta a incentivare la p.a. a «promuovere il partenariato con il settore privato al fine di realizzare una prestazione di servizi pubblici economicamente più vantaggiosa»<sup>73</sup>: si tratta in particolare del *Local Government Contracts Act 1997* e delle *Local Authorities (Contracts) Regulations (SI 1997/2862)*, i quali oltre a definire i poteri delle autorità pubbliche locali di stipulare contratti con imprese private per la realizzazione di opere o la prestazione di servizi (o per entrambi), hanno introdotto modalità di certificazione, “safe-harbour” e compensazione atte a creare maggiore certezza giuridica e tutela sia per il settore pubblico che per quello privato. Tali disposizioni danno inoltre alla pubblica autorità la possibilità di certificare, secondo procedure specifiche e rigorose, i contratti a lungo termine per prestazioni di servizi, con o senza creazione di infrastrutture. Lo stesso vale per la *tax legislation*, che è stata modificata al fine di facilitare i PPP prevedendo determinati sgravi fiscali per i progetti di partenariato pubblico-privato: il *Finance Act 2003*<sup>74</sup> entrato in vigore il 1 dicembre del 2003 che disciplina, tra le altre cose, la tassa sulle transazioni di beni fondiari (ovvero la c.d. *Stamp Duty Land Tax*, abbr. *SDLT*), prevede, secondo l'emendamento del 19 dicembre 2003, una esenzione dal regime della *SDLT* per le transazioni fondiarie tra il settore pubblico e quello privato realizzate nell'ambito di una *PFI*, posto che siano soddisfatte determinate condizioni, ovvero che siano garantite modalità di *transfer/lease* e *lease-back* e che il privato si impegni, sul fondo in questione, a svolgere lavori per (o prestare servizi a) l'ente pubblico che gli ha ceduto, nelle diverse forme (“*transfer, grant or assignment*”) il fondo. Si tratta di un elemento di grande rilevanza, poiché la valorizzazione del PPP ha avuto effetti a cascata su tutta la normativa.

Alcuni provvedimenti rilevanti per il PPP, e in particolare la *PFI*, sono stati adottati inoltre nei settori dell'educazione, della sanità e dei trasporti.

<sup>73</sup> Così è stato precisato dal Dipartimento per l'ambiente, I trasporti e le Regioni nel 2008 per cui lo scopo della nuova normativa è quello di «*encourage and enable local authorities to explore the scope for partnerships with the private sector and so achieve better value for money in the delivery of services to the community*»). Department of the Environment, Transport and the Regions, *Local Government and the Private Finance Initiative. The Local Government Contracts Act 1997, 2008*, disponibile sul sito: <http://www.local.odpm.gov.uk/pfi/intro/31.htm>.

<sup>74</sup> Il testo ufficiale è disponibile sul seguente sito: [http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/pdf/ukpga\\_20030014\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/pdf/ukpga_20030014_en.pdf).

Nell'ambito dell'istruzione, ad esempio, le *School Companies (Private Finance Initiative Companies) Regulations 2002* (entrate in vigore il 20 gennaio 2003)<sup>75</sup>, stabiliscono i criteri per la realizzazione di progetti *PFI* nell'ambito scolastico e in particolare per la partecipazione delle autorità scolastiche in *PFI companies*, i.e. società *PFI*. Esse definiscono la natura e gli scopi delle *PFI companies* (realizzazione di un bene, esecuzione di lavori o prestazione di servizi) e stabiliscono quali restrizioni debbano essere rispettate con riguardo alla loro composizione e ai pagamenti da parte delle autorità scolastiche, quali persone risultino escluse dalla possibilità di entrare a far parte di una società *PFI* e quali siano i criteri in base ai quali la *Local Education Authority* (LEA) può approvare la richiesta di un'autorità scolastica di aderire ad una società *PFI*<sup>76</sup>. Nel 2004, con le *Education (School Organisation Proposals) (Miscellaneous Amendments) (England) Regulations 2004 (SI 2004 No. 3052)*<sup>77</sup>, tale normativa è stata adeguata non solo al nuovo regime introdotto con il *Local Government Act 2003* ma anche ai recenti sviluppi nel settore della *PFI* ed in particolare al programma *BSF (Building Schools for the Future)* lanciato nel febbraio 2004 (v. *infra* §§ 2 e 3.1.).

Per quanto riguarda l'ambito dei trasporti, disposizioni che riguardano specificatamente il settore del partenariato pubblico privato si trovano ad esempio nel *Greater London Authority Act 1999*<sup>78</sup>, l'atto con cui nel 1999 venne istituita la *Greater London Authority (GLA)*, ovvero l'ente che amministra i distretti della c.d. Grande Londra, con particolare riguardo al settore dei trasporti, delle forze di polizia e di primo soccorso, della cultura e, in misura minore, della sanità e dell'ambiente. Il capitolo VII del *Greater London Authority Act* introduce la possibilità di coinvolgere il settore privato nella costruzione, il rinnovamento, la manutenzione e la gestione di linee ferroviarie, ovvero della metropolitana, tramite appositi "PPP agreements", accordi di partenariato pubblico-privato. Oltre a definire gli accordi di partenariato pubblico-privato, il *Greater London Authority Act* detta precise disposizioni in merito alle previsioni contrattuali e ai casi di insolvenza con le relative pro-

<sup>75</sup> Il testo integrale è disponibile sul sito: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20022978.htm#35>.

<sup>76</sup> La partecipazione in *PFI companies* è infatti sottoposta all'approvazione della *Local Education Authority* di competenza la quale, secondo quanto stabilito dalle *Regulations*, può rifiutare la propria approvazione se ad esempio il bilancio della scuola in questione è in deficit o se essa ha già fatto parte di una società *PFI* e non ha rispettato i regolamenti vigenti.

<sup>77</sup> Per il testo integrale si rimanda al sito: <http://www.opsi.gov.uk/si/si2004/20043052.htm>.

<sup>78</sup> Per il testo integrale si rimanda al sito: [http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1999/pdf/ukpga\\_19990029\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1999/pdf/ukpga_19990029_en.pdf).

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

cedure di *winding-up* e istituisce la figura del cd. “PPP *Arbiter*”<sup>79</sup> (artt. 225-237). In particolare, per quanto riguarda l’insolvenza, si attribuisce alle corti non solo la competenza di ordinare lo scioglimento della società per fallimento (“*winding-up order*”) o approvare uno *winding-up* volontario, ma anche il potere di stabilire un “PPP *administration order*” che ponga la gestione degli affari e della proprietà della società sotto la guida di una persona giuridica designata dalla corte stessa. Lo scopo di un “PPP *administration order*” è quello di cedere alcune (o tutte le) attività della società ad una o più imprese in modo da garantire che le “attività rilevanti” (ovvero le attività oggetto del contratto PPP) continuino ad essere svolte e quindi in modo che i servizi siano garantiti. La “PPP *administration*” è una particolare procedura di insolvenza per le società PPP istituita al fine di garantire che la *LUL (London Underground Limited)* continui a fornire un servizio di metropolitana sicuro ed affidabile anche in caso di insolvenza di una società PPP trasferendo le attività della società in questione ad un’altra società (o a più società). Ulteriori dettagli circa la “PPP *administration*” sono stati chiariti nelle *PPP Administration Order Rules (2007 nr. 3141)*<sup>80</sup> del 2007, in cui si stabilisce anche che la “PPP *administration*” si attua solo al fine di garantire le “attività essenziali” per i servizi di metropolitana: una volta raggiunto tale scopo, si applicano le normali norme relative ad i casi di insolvenza e tutti gli altri beni possono essere utilizzati per pagare i creditori.

Ai provvedimenti legislativi sopra illustrati si aggiungono la *Standardization of PFI Contracts* versione 2007 e la *Value for Money Assessment Guidance*. Il primo, nell’ultima versione del 2007, è vincolante (*mandatory*) per tutti i contratti *PFI* in Inghilterra e in Galles tranne che per i progetti con un *capital value* inferiore a 20 milioni di sterline<sup>81</sup>. Si articola in 37 sezioni,

<sup>79</sup> Il “PPP *Arbiter*” è una figura con funzioni di guida e arbitraggio nell’ambito dell’accordo di partenariato, che può essere nominata dal Segretario di Stato a propria discrezione o su richiesta di una delle parti contraenti. L’“arbitro del PPP” deve essere esterno alla società PPP in questione e ha il compito di fornire direttive su specifiche materie (in genere indicate nel contratto PPP) e di rispondere a eventuali richieste di intervento da parte di una delle parti contraenti tramite “*directions*” che possono essere vincolanti o meno a seconda dei casi e che devono sempre essere conformi agli obiettivi del partenariato. Il PPP *Arbiter* ha inoltre il potere di condurre ispezioni dell’infrastruttura oggetto del partenariato, ricorrere a consulenza esterna per la valutazione dell’andamento dei lavori ecc. (allo stesso tempo le parti contraenti hanno il dovere di fornire all’arbitro tutte le informazioni da lui richieste).

<sup>80</sup> Per il testo integrale si veda il sito: [http://www.opsi.gov.uk/si/si2007/uksi\\_20073141\\_en\\_1](http://www.opsi.gov.uk/si/si2007/uksi_20073141_en_1).

<sup>81</sup> HM Treasury, *Implementation of Standardization of PFI Contracts (SoPC) Version 4*, 2007, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi\\_sopcletter\\_210307.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pfi_sopcletter_210307.pdf).

ciascuna dedicata ad un particolare aspetto contrattuale: durata del contratto; inizio lavori; tutela contro eventuali ritardi nell'inizio dei lavori; garanzie; meccanismi di determinazione del prezzo e pagamento; meccanismi di *risk-sharing* e *market testing*; requisiti di *performance*; modifiche alle disposizioni contrattuali e modifiche della normativa; subappalti; assicurazione; risoluzione di eventuali dispute; informazione e proprietà intellettuale; modalità di rescissione dei contratti, ecc. Particolarmente rilevanti sono le disposizioni che riguardano il rifinanziamento in quanto stabiliscono che esso è ammissibile solo se gli utili che ne derivano vengono condivisi almeno in parte dal partner pubblico<sup>82</sup>. La standardizzazione dei contratti *PFI* ha portato significativi vantaggi al settore. In primo luogo ha permesso una notevole diminuzione dei costi di pianificazione e preparazione dei progetti *PFI* portando ad un abbassamento dei costi di consulenza: le spese per l'insieme dei consulenti coinvolti nella stesura di contratti *PFI* prima della standardizzazione arrivavano a cifre esorbitanti (per il progetto della *London Tube* i costi sono arrivati a 455 milioni di sterline!) e si sono poi notevolmente ridimensionate con il perfezionamento di termini contrattuali standard per i contratti<sup>83</sup>. Lo stesso vale per i tempi di redazione e negoziazione dei contratti: con la standardizzazione dei contratti si è passati dai 4-5 anni iniziali a circa un anno – un aspetto questo particolarmente importante per la pubblica amministrazione che ha in genere bisogno di realizzare velocemente determinate infrastrutture non solo per rispondere alle esigenze della comunità ma anche per aumentare il proprio consenso, adempiere a eventuali promesse in campagna elettorale, ecc.<sup>84</sup>. Infine la standardizzazione dei contratti ha contribuito alla elaborazione di una posizione unitaria del settore pubblico conferendo così a quest'ultimo maggior forza di contrattazione e coerenza nel procedere<sup>85</sup>. Sia chiaro, siamo sempre nell'ambito di un ordinamento di *common law* che prevede la possibilità di disegnare il contratto in modo tale da fornire i giusti incentivi grazie ad una precisa individuazione dei rischi assunti dalle parti. Tutto diverso dal sistema italiano di *civil law* che consente con maggiore difficoltà una allocazione certa dei rischi tra le diverse parti coinvolte. Si pensi agli istituti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e per inadempimento, come pure all'etero-integrazione

<sup>82</sup> Cfr. sul punto J. Chave, *The Experience of Contract Standardisation in UK PFI*, in *Bus. L. Rev.*, 2005, 106 ss., spec. 107; T.M. Nisar, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, cit., 16.

<sup>83</sup> J. Chave, *The Experience of Contract Standardisation in UK PFI*, cit., 106 ss.

<sup>84</sup> *Ivi*, 107.

<sup>85</sup> *Ivi*, 108.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

del contratto che sono esempi di come il volere delle parti espresso nel contratto possa non essere rispettato.

La *Value for Money Assessment Guidance* è una guida per la valutazione dell'utilità economica di un progetto, redatta dal Ministero del Tesoro nel 2004 e poi sottoposta a profonda revisione nel 2006, quando la guida è stata adeguata agli sviluppi del settore *PFI* evidenziati sempre dal Ministero del Tesoro in *PFI: Strengthening long-term partnerships* (2006)<sup>86</sup>. Questa guida stabilisce un processo e una metodologia obbligatori per la valutazione dell'economicità di un progetto *PFI*, almeno nella prima e nella seconda fase di valutazione<sup>87</sup>. Si tratta di una procedura complessa che comprende test sia di tipo qualitativo che di tipo quantitativo.

Al di là di ciò tutta la disciplina si basa su un corpo considerevole di “*non-statutory guidance*”, ovvero di linee guida, manuali, vademecum e altre pubblicazioni dei diversi organi competenti (Ministero del Tesoro, *Partnerships UK*, *Operational Taskforce*, *OGC* ecc.) volte a offrire supporto sia al settore pubblico che a quello privato nella realizzazione di progetti *PFI*. Si tratta in genere di *soft law*, ovvero di indicazioni non vincolanti relative alle procedure da seguire nelle diverse fasi della realizzazione di un progetto di *PFI* quali ad esempio la pianificazione, le procedure di aggiudicazione, l'analisi dell'utilità economica, la redazione e la stipula dei contratti ecc. La “*non-statutory guidance*”, in mancanza di una legislazione specifica e omni-comprendensiva sul partenariato pubblico privato, ha avuto ed ha tutt'ora una importanza fondamentale per lo sviluppo della *PFI* in quanto offre ai settori interessati modelli standardizzati da poter seguire nelle diverse fasi di realizzazione di un progetto e supporto tecnico specifico per i diversi ambiti di attuazione (trasporti, istruzione, sanità ecc.).

### 4.2. Il quadro giuridico tedesco: l'ÖPP-Beschleunigungsgesetz

Il quadro normativo di riferimento per i partenariati pubblico-privati in Germania a livello federale si ricava da una serie di prescrizioni normative che riguardano vari ambiti della gestione amministrativa quali il diritto sugli appalti in applicazione della normativa comunitaria<sup>88</sup>, l'ordinamento

<sup>86</sup> HM Treasury, *PFI: Strengthening long-term partnerships*, 2006, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/d/bud06\\_pfi\\_618.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/bud06_pfi_618.pdf).

<sup>87</sup> Per le diverse fasi di valutazione (*stage 1*, *stage 2*, etc.) si veda: HM Treasury, *Value for Money Assessment Guidance*, 2006, 15, disponibile sul sito: [http://www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm\\_assessmentguidance061006opt.pdf](http://www.hm-treasury.gov.uk/d/vfm_assessmentguidance061006opt.pdf).

<sup>88</sup> In particolare rilevano la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen*

del bilancio, il diritto tributario, la normativa sui prezzi (*Preisrecht*), ma anche ad esempio il diritto degli aiuti e quello degli investimenti. A completare l'inquadramento normativo vi sono poi i diversi ordinamenti comunali dei *Länder* (*Gemeindeordnungen*), che contengono spesso specifiche disposizioni relative al bilancio, ai trasferimenti di proprietà, alle tariffe ecc., di grande rilevanza per talune forme di partenariato. Non stupisce dunque che l'unica legge federale che disciplina specificatamente il partenariato pubblico-privato, ovvero la «Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro giuridico generale per l'ambito dei PPP» (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) del 1° settembre 2005<sup>89</sup>, è costituita solo da una serie di emendamenti della normativa previgente in diverse materie (appalti, bilancio, tributi, investimenti ecc.). In particolare, l'*ÖPP-BeschlG* ha modificato: la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, abbr. *GWB*); il decreto sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* o *VgV*); la Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza (*FStrPrivFinG*); l'ordinamento federale sul bilancio (*BHO*); la Legge sull'imposta sui trasferimenti fondiari (*Grunderwerbsteuergesetz*); la Legge sull'imposta fondiaria (*Grundsteuergesetz*) e infine la Legge sugli investimenti (*Investmentgesetz*). Tra le principali novità introdotte dall'*ÖPP-BeschlG* si segnalano: l'introduzione del dialogo competitivo come nuova

*Wettbewerbsbeschränkungen* del 26 agosto 1998, ultimo emendamento 22.12.2010), il Decreto sull'aggiudicazione di appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* del 9 gennaio 2001, ultimo emendamento 7.6.2010); il Decreto sui contratti e le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori ("*Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen*" = *VOB* del 20 marzo 2006, novellato il 31 luglio del 2009); il Regolamento relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi ("*Veringungsordnung für Leistungen*" = *VOL* del 6 aprile 2006, novellato il 20 luglio 2009). Ne sono esclusi sostanzialmente, oltre agli appalti sotto soglia, che però nel caso di PPP sono decisamente rari, solo i casi delle "concessioni di servizi" cui, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2004/18/EG, non si applicano le direttive sugli appalti e per cui valgono tuttavia i vincoli della trasparenza e della parità di trattamento imposti dal Trattato. Cfr. sul punto J. Byok-G. Bormann, *Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft*, in *NVwZ*, 2008, 842 ss.; M. Müller-G. Brauser-Jung, *Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht*, in *NVwZ*, 2007, 885 ss.; Corte europea di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98 (*Teleaustria*). Le concessioni di lavori non sono invece totalmente escluse dall'applicazione della normativa sugli appalti ma sono soggette ad una regolamentazione meno rigida in quanto per esse valgono solo alcune singole disposizioni del diritto derivato.

<sup>89</sup> *Bundesgesetzblatt*, 2005, 56, 2676.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

forma di aggiudicazione (in applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti); l'abrogazione del divieto di subappalto<sup>90</sup>; l'abrogazione del divieto di cessione di beni immobili se essi continuano ad essere usati per l'adempimento di funzioni pubbliche (art. 63 *BHO*); l'introduzione di sgravi fiscali per i PPP relativamente all'imposta sui trasferimenti fondiari<sup>91</sup> e all'imposta fondiaria<sup>92</sup>.

Un'altra modifica di rilievo è quella che riguarda l'art. 7 dell'ordinamento federale del bilancio che vincola la pubblica amministrazione ai due principi ai principi della "economicità" (*Wirtschaftlichkeit*) e del risparmio o *Sparsamkeit*<sup>93</sup>, ovvero a gestire le proprie risorse in modo tale da adempiere alle proprie funzioni con il minor impiego di fondi pubblici raggiungendo allo stesso tempo, dato un certo impiego di fondi, il miglior risultato di pre-

<sup>90</sup> Si tratta di un principio che la giurisprudenza tedesca aveva fatto derivare dagli artt. 7, nr. 2, par. 1 *VOL/A* e 8 nr. 2 par. 1 *VOB/A*, dove per *VOL/A* si intende la parte A del Regolamento relativo all'aggiudicazione di appalti per forniture e servizi (*Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen*) e per *VOB/A* si intende la parte A del Regolamento relativo all'aggiudicazione di appalti di lavori (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*). Cfr. ad esempio U.K.Völlink-J. Kehrberg (a cura di), *VOB/A – Kommentar*, München, 2004, § 8 Rn. 17. Tale principio risultava in netto contrasto con la disciplina comunitaria e con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea (v. Corte di Giustizia, sentt. 14 aprile 1994, causa C-389/92, Racc. I-1289; 18 dicembre 1997, causa C-5/97, Racc. I-7549; 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Racc. I-8607; 18 marzo 2004, causa C-314/01). Cfr. sul punto anche H.J. Prieß *et al.* (a cura di), *Beck'sches VOB-Kommentar, Teil A*, München, 2001, § 8, Rn. 49.

<sup>91</sup> In particolare, l'*ÖPP-BeschlG* prevede che l'acquisto di un fondo da parte di un privato e il ri-acquisto di un fondo da parte di un soggetto di diritto pubblico non è sottoposto all'imposta sui trasferimenti fondiari se questo fondo viene utilizzato per pubblici servizi nell'ambito di un progetto di partenariato pubblico-privato, ammesso che siano rispettate le seguenti condizioni: la pubblica autorità cede il fondo all'impresa privata al momento dell'entrata in vigore del contratto; l'impresa privata, nel periodo di validità del contratto, permette all'ente pubblico l'utilizzo del fondo per fini pubblici; la "restituzione" del fondo alla pubblica autorità al termine del contratto è concordata e stabilita contrattualmente.

<sup>92</sup> Si prevede in particolare che i fondi che appartengono ad un privato, ma nell'ambito di un progetto PPP vengono sfruttati da un ente pubblico per scopi o servizi pubblici, siano esenti da imposta fondiaria se il contratto di partenariato prevede che alla scadenza del contratto il fondo venga ceduto al partner pubblico (art. 6 *ÖPP-BeschlG*).

<sup>93</sup> Analoghe disposizioni si trovano anche negli ordinamenti del bilancio dei singoli *Länder* e in quelli comunali. Del resto tali principi sono sanciti anche nel *Grundgesetz* (art. 114) che attribuisce alla Corte dei conti federale il compito di verificare l'effettivo rispetto dell'economicità e del risparmio nella conduzione del bilancio. Sulle implicazioni degli ordinamenti comunali sul bilancio per il PPP si veda ad esempio A. Reuter-I. Polley, *ÖPP und das "Neue Kommunale Finanzmanagement"* (*NKF*), 1345 ss. (l'articolo si riferisce specificatamente al caso del Nordrhein-Westfalen).

stazione<sup>94</sup>. Secondo tale principio, la pubblica amministrazione, nell'adempimento delle funzioni pubbliche, può optare per una forma di PPP solo se in questo modo la funzione può essere svolta nel modo più economico e con maggiori risparmi per le casse pubbliche rispetto al tradizionale approvvigionamento ad opera della p.a. I principi della economicità e del risparmio, così la giurisprudenza della Corte di giustizia federale (BGH), devono essere rispettati per tutto l'arco di vita del progetto da realizzare<sup>95</sup>. La modifica introdotta dall'ÖPP-BeschlG stabilisce che, nella valutazione dell'economicità dei progetti da realizzare, si deve tener conto anche della ripartizione dei rischi. Questo aspetto è particolarmente importante poiché, nel confronto tra un progetto PPP e un finanziamento convenzionale, non si può non tener conto del fatto che nel caso del PPP l'investitore privato si fa carico dei rischi di gestione per tutto il ciclo del progetto – rischi che ovviamente vanno ad incidere sui costi. Se non venisse considerata la ripartizione del rischio, il progetto PPP risulterebbe necessariamente meno economico delle modalità di finanziamento convenzionali e quindi la pubblica amministrazione sarebbe "obbligata" ad optare sempre per l'approvvigionamento convenzionale. Si noti tuttavia che la modifica riguarda solo il livello federale e quindi il suo impatto sulla realizzazione di PPP, in mancanza di un adeguamento della normativa dei Länder e dei Comuni, è ancora limitato. Di rilievo inoltre le modifiche alla Legge sugli investimenti (*Investmentgesetz*) introdotte sia con l'ÖPP-BeschlG che, successivamente, con l'*Investmentänderungsgesetz* del 28 dicembre 2007<sup>96</sup>, al fine di accrescere la possibilità degli investitori privati di partecipare a progetti di PPP e quindi di raggiungere una maggiore mobilitazione di capitale privato nell'ambito del partenariato pubblico-privato. Tra i principali provvedimenti si ha la creazione di una nuova modalità di investimento, il cd. fondo per le infrastrut-

<sup>94</sup> Per una trattazione approfondita del principio della economicità e della sua applicazione ai casi di PPP si rimanda a C.B. Hüskens-S. Mann, *Der Staat als "Homo Oeconomicus"? Drei Säulen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs bei Public Private Partnerships*, in *DÖV*, 2005, 143 ss. Sul principio della economicità si veda anche più recentemente: U. Schliesky, *Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit – Vom Organisations- zum Verfahrensmaßstab*, in *DVBl.*, 2007, 1453 ss.

<sup>95</sup> BGH, in *NVwZ*, 2003, 1061. Nella fattispecie si trattava di un PPP tra un Comune e un privato che prevedeva la costruzione di una piscina secondo il *Vermietungsmodell* (modello dell'affitto): il ricorso al privato per la costruzione della piscina risultava effettivamente più vantaggioso per il Comune, tuttavia le rate di affitto successive furono giudicate eccessivamente alte dal BGH e quindi considerate una evidente violazione dei principi della economicità e del bilancio.

<sup>96</sup> *Investmentgesetz* (abbr. InvG) del 15 dicembre 2003 (ultimo emendamento 9 dicembre 2010), disponibile sul sito: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/invg/gesamt.pdf>.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

ture (“*Infrastrukturfonds*”), cui è data la possibilità di acquistare partecipazioni in società di progetto per PPP. Anche nel caso tedesco, dunque, come in quello inglese, si è avuto un effetto a cascata che ha interessato diversi ambiti della normativa.

Le novità introdotte dall’*ÖPP-BeschlG*, pur essendo di rilievo, hanno una portata molto circoscritta. La Legge lascia aperti molti problemi (ad esempio per quanto riguarda l’ambito tributario<sup>97</sup> e di bilancio), soprattutto se si considera che è una legge federale e che se non vengono modificati anche gli ordinamenti comunali avrà poca efficacia pratica<sup>98</sup>. Quest’ultima dipenderà dunque anche dalla volontà dei singoli *Länder* di prendere provvedimenti legislativi analoghi atti ad eliminare gli ostacoli alla realizzazione di PPP che derivano dalla legislazione regionale<sup>99</sup>. In particolare, gli ordinamenti comunali di alcuni *Länder*<sup>100</sup> contengono ancora disposizioni che possono rappresentare un potenziale ostacolo alla realizzazione di PPP: alcuni ordinamenti impongono ad esempio, per determinate funzioni pubbliche, che sia l’amministrazione comunale a realizzare direttamente il progetto e

<sup>97</sup> Sul punto si veda in particolare M. Fleckenstein, *Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, in *DVBl.*, 2007, 75 ss, spec. 82.

<sup>98</sup> O. Otting, *Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz – Aufwind für innovative Projekte im öffentlichen Hochbau*, in *Kommunalwirtschaft, Sonderausgabe Facility management / Immobilienmanagement*, 2005, 13 ss.

<sup>99</sup> M. Uechtritz-O. Otting, *Das Öpp-Beschleunigungsgesetz: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?*, in *NVwZ*, 2005, 1105 ss., spec. 1111.

<sup>100</sup> Si ricorda che in Germania il principio dell’autonomia amministrativa comunale (*Selbstverwaltungsgarantie*), garantito dall’art. 28 co. 2 GG, conferisce autonomia amministrativa al Comune e, secondo la visione più accreditata, implica per il Comune anche la libertà di scegliere come adempiere alle funzioni di propria competenza. Tale principio apre dunque implicitamente anche ai Comuni la possibilità di ricorrere al partenariato pubblico-privato per l’adempimento di determinate funzioni pubbliche di competenza comunale. Tuttavia il Comune, oltre a doversi attenere alla normativa federale trattata più sopra, risulta vincolato alla *Gemeindeordnung* (GO), ovvero all’ordinamento comunale del *Land* di appartenenza. Le 13 *Gemeindeordnungen* tedesche (non hanno ordinamenti comunali le tre città-*Land* di Amburgo, Berlino e Brema) disciplinano non solo oggetti quali le circoscrizioni sub-comunali e intercomunali, residenza e cittadinanza, organizzazione del Comune (consiglio, sindaco ecc.), ma anche – e questo è l’aspetto più rilevante in relazione al PPP – la gestione del bilancio, del patrimonio e della c.d. “economica comunale” (*Gemeindewirtschaft*) che include in genere «tutto ciò che ha a che vedere con la gestione degli affari finanziariamente rilevanti del Comune» e quindi anche l’esercizio delle funzioni e dei compiti cui il comune deve assolvere nell’interesse della comunità locale (C. Fusaro, *I servizi locali in Germania*, cit.). Sulle problematiche connesse all’impatto della normativa comunale sulla realizzazione di PPP si veda, fra i tanti, P.J. Tettinger, *Privatisierungskonzepte für die Abfallwirtschaft*, in R. Wendt et al. (a cura di), *Festschrift für K.H. Friauf*, 1996, 569 ss.

quindi escludono il PPP<sup>101</sup>; altri ordinamenti vietano all'amministrazione comunale di cedere a privati la proprietà e il diritto di superficie di beni immobili comunali destinati all'adempimento di pubbliche funzioni (es. art. 90, Ordinamento comunale del NRW), risultando così di ostacolo ai quei modelli di PPP che prevedono il trasferimento della proprietà o del diritto di superficie di un terreno comunale a un privato<sup>102</sup>. Un ulteriore aspetto potenzialmente problematico riguarda le tariffe delle tasse pubbliche e delle forme di pagamento privato per gli utenti di un determinato servizio pubblico che in genere, secondo gli ordinamenti comunali, sono di competenza esclusiva del Comune e per cui il Comune è vincolato al principio dell'equivalenza tra prestazione e pagamento<sup>103</sup> – aspetto, questo, che rende alcune forme di PPP basate sul rifinanziamento tramite gli utenti decisamente poco attraenti per i privati. Infine diversi ordinamenti impongono al Comune determinati vincoli nel momento in cui esso partecipa ad imprese in forma privatistica (ad esempio società a responsabilità limitata e società per azioni)<sup>104</sup>. In molti ordinamenti comunali si stabilisce in particolare che l'ente pubblico territoriale ha l'obbligo di esercitare un potere di direzione e di influenza effettiva sull'impresa in forma privata cui partecipa (ad es. art. 122.3 ordinamento comunale dell'Assia; art. 103 ordinamento comunale del Baden-Württemberg); in Bassa Sassonia, nelle società di diritto privato, il comune che detiene oltre il 50% del capitale, è tenuto ad assicurarsi il diritto di ultima parola su tutte le questioni più rilevanti (art. 109, ordinamento comunale del Niedersachsen). Proprio affinché i Comuni possano garantire un vasto controllo sulle società di cui fanno parte, molti ordinamenti comunali stabiliscono che, al momento di costituzione della società, vengano inserite nello statuto particolari disposizioni a garanzia dell'ente pubblico<sup>105</sup>. Disposizioni del genere vengono estese in molti casi anche alle società in cui il Comune ha una partecipazione minoritaria prevedendo che questo si ga-

<sup>101</sup> Ci sono comunque delle eccezioni: la *Gemeindeordnung* del Land Brandenburg, ad esempio, obbliga il Comune a trasferire ai privati le prestazioni che i privati possono assicurare in condizioni di affidabilità uguali e costi uguali o minori a quelli comunali «fintantoché ciò è compatibile con l'interesse pubblico» e «nell'interesse di un'oculata gestione di bilancio».

<sup>102</sup> P.J. Tettinger, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., 6.

<sup>103</sup> Crf. M. Burgi, *Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2001, 601 ss.; P.J. Tettinger, *Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnerships*, cit., 769.

<sup>104</sup> V. M. Burgi, *Die öffentlichen Unternehmen in Gefüge des primären Gemeinschaftsrecht*, in *Europarecht*, 3, 1997, 269.

<sup>105</sup> Ad es.: art. 111, ordinamento comunale del Niedersachsen; artt. 103 e 103a, ordi-

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

rantisca un controllo o un influenza proporzionale alla propria quota di partecipazione e abbia comunque una responsabilità limitata. Tali previsioni rendono sicuramente il ricorso a forme privatistiche e società miste particolarmente complesso per la difficoltà di conciliare norme pubblicistiche, quali quelle degli ordinamenti comunali, con le norme del diritto commerciale e societario – problema acuito tra l'altro dal fatto che gli ordinamenti comunali sono di competenza del *Land* mentre il diritto societario e commerciale è di competenza federale.

Proprio la consapevolezza della portata circoscritta dell'ÖPP-BeschlG ha portato la grande coalizione a promuovere, già nel 2006, una nuova azione legislativa che avrebbe dovuto portare all'emanazione di una Legge per la semplificazione del PPP (ÖPP-Vereinfachungsgesetz). I lavori si sono tuttavia interrotti con il cambio di legislatura del 2009 e al momento la legge non è ancora stata emanata.

A completare il quadro giuridico di riferimento per il PPP in Germania è opportuno citare anche la *Legge sul finanziamento privato della costruzione di strade federali a lunga percorrenza* (*Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz*, abbr. *FStrPrivFinG*)<sup>106</sup> emanata il 30 agosto 1994 allo scopo di far fronte alla profonda crisi che, da primi anni '90, aveva investito il settore del finanziamento delle infrastrutture dei trasporti. Poiché i finanziamenti pubblici non riuscivano a far fronte agli alti costi connessi al rinnovamento (ma anche in parte alla creazione stessa) della rete viaria e delle infrastrutture dei trasporti nei nuovi *Länder*, si iniziarono a cercare nuovi modelli<sup>107</sup> e forme di finanziamento nel settore autostradale per arrivare infine all'emanazione del

namento comunale del Baden-Württemberg; art. 96, ordinamento comunale del Sachsen; art. 122, ordinamento comunale del Land Hessen; artt. 108 e 113, ordinamento comunale del Nordrhein-Westfalen. Cfr. sul punto C. Fusaro, *I servizi locali in Germania*, cit.

<sup>106</sup> Disponibile sul sito: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/fstrprivfinG/gesamt.pdf>.

<sup>107</sup> La letteratura a riguardo è estremamente ricca. Si vedano ad es.: K.H. Friauf, *Die Übertragung öffentlicher Verkehrs-Infrastrukturaufgaben auf Private*, Köln, 1992; A. Bucher, *Privatisierung von Bundesfernstraßen*, Berlin, 1996; C. Thomas, *Die Privatfinanzierung von Bundesfernstraßen*, Frankfurt M., 1997; H.J. Ewers, H. Rodi, *Privatisierung der Bundesautobahnen*, Göttingen, 1995; M. Uechritz, *Mautfinanzierung des Ablaufstiegs*, in *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, 2002, 317 ss.; D. Neumann, H. Müller, *Privat- und Benutzerfinanzierung des Bundesfernstraßen*, in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2003, 300 ss.; F. Roth, *Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2003, 1057 ss.; C. Zeiss, *Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur: Modelle, Strukturen, nationales Haushaltsverfassungsrecht und Wettbewerbsorientierung des Gemeinschaftsrechts*, Bonn, 2000; S. Schmitt, *Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private nach dem FStrPrivFinG*, Berlin, 1999.

*FStrPrivFinG* che permette ai privati la costruzione, la manutenzione e la gestione di alcuni tratti delle autostrade e delle strade federali determinati dalla mano pubblica per un determinato periodo di tempo (in genere 30 anni). Per il rifinanziamento tale legge stabilisce un rapporto diretto tra il privato incaricato della realizzazione del progetto e gli utenti. Si tratta del cd. “*F-Modell*”, ovvero di quella forma di “concessione di lavori” in cui la pubblica autorità incarica il privato della costruzione e della gestione di un’opera (in questo caso di un tratto della rete stradale e autostradale federale) dandogli la possibilità di rifinanziarsi tramite un pedaggio imposto agli utenti per il tratto in questione (v. *supra*, § 3.2.). La legge, completamente rinnovata prima nel 2001 e poi nel 2005 con l’*ÖPP-BeschlG*, prevede la possibilità di rifinanziamento tramite pedaggio *solo* per “ponti, tunnel e passi montani appartenenti alla rete autostradale e stradale federale” e per le corsie aggiuntive delle strade federali a più corsie e conferisce al Ministero per le costruzioni, i trasporti e l’edilizia il potere di determinare i tratti da realizzare secondo il *FStrPrivFinG* in accordo con i Governi dei *Länder*, ma senza necessità di approvazione da parte del *Bundesrat* (art. 3, co. 1). Il *FStrPrivFinG* non ha prodotto ad oggi i risultati sperati<sup>108</sup>. Nel 1994, subito dopo l’emanazione della legge, il Ministero per i trasporti, le costruzioni e l’edilizia, in collaborazione con i *Länder*, aveva redatto una lista di 32 progetti eventualmente adatti all’applicazione del *FStrPrivFinG*, ma le successive analisi economiche e tecniche di verifica dell’effettiva opportunità di adottare lo “*F-Modell*” hanno portato già nel 1997 ad una drastica riduzione del numero dei progetti (da 32 a 17) – numero che si è ulteriormente abbassato fino al 2004 (solo 7 progetti pianificati sulla base del *FStrPrivFinG*) alla luce degli esiti negativi dei due progetti del Warnow-Tunnel e dello Herrentunnel realizzati con tale modello (v. *infra*, § 5.2.).

## **5. Problemi e prospettive**

### *5.1. Il PPP nel Regno Unito: punti di forza e problemi aperti*

Il partenariato pubblico-privato nel Regno Unito, nonostante abbia conosciuto grande diffusione soprattutto a partire dalla fine degli anni Novanta, è ancora oggetto di accese controversie. Se da un lato il vero e pro-

<sup>108</sup> PJ. Tettinger, *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht*, cit., p. 2.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

prio “entusiasmo” per il partenariato che ha caratterizzato la politica inglese della *Private Finance Initiative* trova effettivamente riscontro in buona parte della letteratura, dall’altro sono altrettanto numerosi gli studi in cui il PPP viene fortemente criticato sulla base di diverse argomentazioni: se ne mette in dubbio ad esempio il reale vantaggio dal punto di vista dell’utilità economica e della flessibilità, oppure la stessa legittimità in quanto velata forma di privatizzazione di funzioni che dovrebbero rimanere “pubbliche”<sup>109</sup>. Se si osserva la casistica dei progetti già realizzati, essa sembra fornire prove a sostegno sia dei sostenitori del PPP che dei suoi detrattori (v. *infra*) e non permette dunque facili generalizzazioni. Del resto, come evidenziato nell’ultimo rapporto del 2010 della Commissione per gli Affari Economici della *House of Lords*, una valutazione completa dei progetti PPP sarà possibile solo nei prossimi decenni<sup>110</sup>.

Le ragioni che hanno spinto e tutt’ora portano il Governo a valorizzare il PPP e che trovano conferma in parte della letteratura a riguardo, sono molteplici. In primo luogo il ricorso al settore privato per l’espletamento di funzioni pubbliche viene considerato uno strumento ottimale per ottenere il miglior rapporto costi-benefici<sup>111</sup>. Rispetto al settore pubblico, quello privato possiede una maggiore competenza tecnica ed economica per la realizzazione dei progetti, ha una maggiore capacità di innovazione e adattamento e più possibilità di far fronte ad eventuali imprevisti o di abbandonare attività prive di successo<sup>112</sup>. Inoltre, considerando in particolare i progetti *PFI*, il settore privato, ricevendo i compensi sulla base degli standard di qualità raggiunti, è più incentivato a mantenere alti livelli di *performance* e a usare le risorse pubbliche nel modo più produttivo e con meno sprechi<sup>113</sup>. Una migliore qualità dei servizi offerti deriva del resto anche dalla

<sup>109</sup> Tra le posizioni più apertamente critiche nei confronti del PPP si trova ad esempio quella di *Unison (The Public Service Trade Union)*. Cfr. *Unison, PFI: Failing our Future*, 2002, disponibile sul sito: <http://www.unison.org.uk/acrobat/B537.pdf>.

<sup>110</sup> *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 7.

<sup>111</sup> P.V. Rosenau, *Public-Private Policy Partnerships*, Cambridge (Massachusetts), 2000; M.G. Pollitt, *The Declining Role of the State in Infrastructure Investment in the UK*, in S. Berg, M.G. Pollitt, M. Tsuji (a cura di), *Private Initiative in Infrastructures: Priorities, Incentives and Performance*, Chiba, 2002.

<sup>112</sup> In ambito americano si veda S. Osborne, T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector from Schoolhouse to Statehouse*, New York, 1993; cfr. anche O. Hart, *Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships*, in *Economic Journal*, 2003, 113, 69 ss.

<sup>113</sup> M. Todd-P. Ware, *Social Care, Contracts and Voluntary Sector Providers: A View from the*

possibilità, offerta dalla *PFI* e da altre forme di PPP, di integrare le fasi di pianificazione, progettazione e realizzazione<sup>114</sup>, nonché dal fatto che il privato è in genere responsabile anche della manutenzione e della gestione dell'infrastruttura interessata dal progetto: costruire con alti standard di qualità è infatti a lungo termine più vantaggioso in quanto comporta costi di manutenzione inferiori e garantisce il rispetto dei requisiti contrattuali di *performance* anche per le fasi successive del progetto<sup>115</sup>. Inoltre è stato calcolato che i tempi di realizzazione dei progetti "convenzionali" sono dall'1% al 4% più lunghi dei tempi di realizzazione di progetti *PFI*<sup>116</sup>. Notevoli vantaggi per tutte le parti contrattuali sono offerti ovviamente anche dalla possibilità di condividere rischi e responsabilità<sup>117</sup>. Tutti questi aspetti positivi sembrano essere confermati dai rapporti ufficiali del *NAO*, del Ministero del Tesoro e di *Partnerships UK* che descrivono in genere risultati positivi per quanto riguarda la realizzazione di progetti *PFI*. Secondo i dati del Ministero del Tesoro, il ricorso al finanziamento privato per l'adempimento di funzioni pubbliche ha portato nell'ultimo trentennio considerevoli benefici al settore pubblico. In particolare, la *PFI* ha permesso una migliore ripartizione dei rischi e quindi un miglior *management* del rischio per tutto l'arco di vita del progetto; ha portato ad un maggior focus sulla *due diligence*<sup>118</sup> e ha reso possibile una migliore integrazione delle competenze di progettazione, costruzione e gestione. Il fatto che i pagamenti da parte del settore pubblico dipendano dalla *performance* del partner privato e che quindi il recupero del finanziamento dipenda anche dalla capacità del partner privato di rispettare gli standard di qualità prestabiliti, ha portato i privati a migliorare l'efficienza e la qualità delle proprie prestazioni. Per i modelli che implicano le diverse fasi di realizzazione di un progetto (dalla pianificazione, alla costruzione, alla gestione) gli alti standard derivano anche dalla migliore integrazione delle singole fasi di realizzazione. Altri studi ufficiali condotti sui progetti di *PFI* già operativi indicano che in genere i *PFI* hanno dimostrato un buon rap-

*UK*, in *International Journal of Public-Private Partnership*, 2000, 2, p. 233 ss. Si veda anche S. Osborne, *Public Private Partnership: Theory and Practice in International Perspective*, New York, 2000.

<sup>114</sup> T.M. Nisar, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, cit., 5.

<sup>115</sup> Ivi, 7.

<sup>116</sup> M. MacDonald, *Review of Large Public Procurement*, London, 2002.

<sup>117</sup> Cfr. T. Besley, G. Maitreesh, *Government versus Private Ownership of Public Goods*, in *Quarterly Journal of Economics*, 116, 2001, 1343 ss.

<sup>118</sup> Public Sector Research Centre, *The value of PFI: Hanging in the balance (sheet)?*, 2008, [http://www.pwc.com/extweb/industry.nsf/docid/e418cebd9326ab60852572ce0034121f/\\$File/The\\_Value\\_of\\_PFI.pdf](http://www.pwc.com/extweb/industry.nsf/docid/e418cebd9326ab60852572ce0034121f/$File/The_Value_of_PFI.pdf).

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

porto costi-benefici: il rapporto redatto dalla *Anderson & LSE Enterprise* nel 2000 su commissione del Ministero del Tesoro inglese rileva, per i 29 progetti *PFI* analizzati, risparmi per le casse pubbliche pari al 17% rispetto alle forme di approvvigionamento tradizionali<sup>119</sup>; nel rapporto del *NAO (National Audit Office)* del 2000, dedicato all'utilità economica della *PFI* e basato sull'analisi di sette progetti campione, si parla di risparmi per le casse pubbliche pari al 10-20%<sup>120</sup>. Da un sondaggio condotto sempre dal *NAO* nel 2001 risulta che l'81% dei dirigenti del settore pubblico ha giudicato «soddisfacenti» i progetti *PFI* dal punto di vista della «utilità economica», con il 52% che li ha giudicati da «buoni» a «eccellenti»<sup>121</sup>; ancora il *NAO* ha pubblicato nel 2003 un rapporto sull'andamento della *PFI* da cui si rileva che solo per l'8% dei progetti *PFI* si sono avuti ritardi nella realizzazione e comunque in tutti i casi non vi sono state spese *over-budget* per il settore pubblico. Nel caso dell'approvvigionamento tradizionale invece, il 70% dei progetti è stato realizzato in ritardo e il 73% di essi era *over-budget*<sup>122</sup>. I progetti *PFI* sembrano dunque superare quelli convenzionali per velocità, efficacia e utilità economica. Infine, secondo quanto riportato dal *PUK (Partnerships UK)* nel 2006, i 30 progetti di ospedali più recenti da realizzare con contratti *PFI* hanno un risparmio medio di 29 milioni di sterline se confrontati con i loro *PSCs (public sector comparators)*<sup>123</sup>.

Anche per quanto riguarda la qualità dei servizi offerti, i rapporti ufficiali rilevano buoni risultati: il 96% dei dirigenti del settore pubblico intervistati ha giudicato soddisfacente la *performance* del progetto *PFI* (il 66% che l'ha giudicata da buona a molto buona)<sup>124</sup>. Un recente rapporto (2008) sull'utilizzo di progetti *PFI* nell'ambito dell'istruzione scolastica ha individuato

<sup>119</sup> A. Anderson & LSE Enterprise, *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative, Report commissioned by the UK Treasury Task Force on Public-Private Partnerships*, London, 2000, disponibile sul sito: [http://www.ibl.uni-stuttgart.de/05forschung/ppp/pdf/HM\\_Treasury/value\\_for\\_money\\_drivers\\_in\\_the\\_private\\_finance\\_initiative\\_pdf\\_01-2000.pdf](http://www.ibl.uni-stuttgart.de/05forschung/ppp/pdf/HM_Treasury/value_for_money_drivers_in_the_private_finance_initiative_pdf_01-2000.pdf).

<sup>120</sup> National Audit Office (NAO), *Examining the Value for Money of Deals under Private Finance Initiative*, 2000, disponibile sul sito: [http://www.nao.org.uk/publications/9899/examining\\_the\\_value\\_for\\_money.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/9899/examining_the_value_for_money.aspx).

<sup>121</sup> NAO, *Managing the relationship to secure a successful partner in PFI projects*, 2001, disponibile sul sito: [http://www.nao.org.uk/publications/nao\\_reports/01-02/0102375.pdf](http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/01-02/0102375.pdf).

<sup>122</sup> NAO, *PFI: Construction Performance*, 2003, disponibile sul sito: [http://www.nao.org.uk/publications/nao\\_reports/02-03/0203371.pdf](http://www.nao.org.uk/publications/nao_reports/02-03/0203371.pdf).

<sup>123</sup> Partnerships UK, *Report on Operational PFI Projects*, 2006, [http://www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/doc\\_70\\_22-3-2006-13-58-41.pdf](http://www.partnershipsuk.org.uk/uploads/documents/doc_70_22-3-2006-13-58-41.pdf).

<sup>124</sup> *Infrastructure procurement: delivering long-term value*, 8.

una correlazione statisticamente rilevante tra progetti di istruzione *PFI* e miglioramenti nei risultati scolastici<sup>125</sup>.

Tuttavia, come è stato evidenziato da alcuni, le stime ufficiali possono essere guidate e influenzate da decisioni politiche<sup>126</sup> e offrono dunque spesso una interpretazione solo parziale dei dati empirici. L'*Institute of Public Policy Research (IPPR)* ha sottolineato ad esempio la necessità di evitare le generalizzazioni entusiastiche e adottare invece un approccio differenziato ai vari ambiti di applicazione della *PFI*: se in alcuni settori, come quello carcerario, i progetti *PFI* hanno effettivamente comportato notevoli vantaggi, in altri settori, ad esempio quello ospedaliero e della sanità in genere, gli effetti positivi sono decisamente più limitati<sup>127</sup>. A conclusioni analoghe si giunge se si osservano ulteriori “*case studies*” dedicati alla *PFI*. Un recente studio (2007) dedicato alla *PFI* nel Regno Unito, ad esempio, prende in esame 5 progetti *PFI* appartenenti rispettivamente all’ambito carcerario (*HMP Altcourse*), dell’istruzione nell’ambito della difesa (*MOD’s Army Foundation College*), dei servizi comunali (il progetto per le case popolari *London Borough Housing Scheme*) e sanitario (*South Manchester NHS Trust Hospital e Refinancing of the Norfolk and Norwich PFI Hospital*), al fine di indagare se con essi siano stati effettivamente raggiunti tre obiettivi fondamentali, ovvero: rispetto dei limiti temporali di realizzazione dei lavori; qualità di progettazione e costruzione e di *performance* operativa; “*price certainty*” per i Dipartimenti. Dai risultati dell’analisi emerge un quadro alquanto differenziato: per il progetto del carcere “*HMP Altcourse*” e per il “*South Manchester Trust Hospital*”, ad esempio, non si sono avuti costi aggiuntivi rispetto a quelli stabiliti contrattualmente (*price certainty*), l’infrastruttura è stata realizzata ancora prima dei termini e la *performance* di costruzione è stata portata avanti con un alto standard di qualità, mentre la “*performance* operativa”, relativa alla gestione del carcere e dell’ospedale, non è risultata del tutto soddisfacente e presentato notevoli punti deboli soprattutto per quanto riguarda la sicurezza dei carcerati e le competenze del personale specializzato (per l’*HMP Altcourse*) per quanto riguarda i servizi di igiene e *catering* (per il *South Manchester Trust Hospital*). Per quanto riguarda il *Foundation College*, invece, sia il parametro della *price certainty* che quello della qualità di *performance* risultano

<sup>125</sup> KPMG, *Investment in school facilities and PFI – do they play a role in educational outcomes?*, 2008, disponibile sul sito: <http://www.kpmg.co.uk/pubs/310991.pdf>.

<sup>126</sup> J. Hall, *Private Opportunity, Public Benefit?*, in *Fiscal Studies*, 19, 1998, 121 ss.

<sup>127</sup> Institute of Public Policy Research, *The Risky Business of Public-Private Partnerships to Deliver on Public Services*, London, 2001; M.G. Pollitt, *The Declining Role of the State in Infrastructure Investment in the UK*, passim.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

soddisfatti, ma si sono verificati ritardi nella realizzazione. Anche il progetto per il *Refinancing of the Norfolk and Norwich PFI Hospital* è stato portato avanti con successo: c'è tuttavia stato un errore da parte del Ministero del Tesoro nella contrattazione della percentuale di ripartizione degli utili tra il settore pubblico e quello privato, cosicché degli utili derivanti dal rifinanziamento solo il 30% fluisce effettivamente nelle casse pubbliche. Per quanto riguarda infine il progetto di rinnovo delle case popolari, esso ha rappresentato invece un vero e proprio fallimento, tanto da essere ritirato dal Ministero del Tesoro nel 2005. Il progetto risultava infatti estremamente costoso per le autorità locali e non è stato approvato dalla popolazione (nel referendum svolto nel 2005 tra i soggetti interessati l'80% dei voti è risultato contrario alla PFI)<sup>128</sup>.

Questo studio, così come altri “*case studies*” del settore, basandosi su un campione limitato di progetti non permette di trarre conclusioni generali; ne emerge comunque che gli effettivi vantaggi e/o svantaggi della PFI, e in genere del PPP, sono sempre da valutarsi caso per caso. Spesso infatti, come è stato lamentato da parte della letteratura, i progetti PPP si rivelano eccessivamente costosi soprattutto considerando che il credito fornito dalle banche alle società di realizzazione di un progetto PPP, a causa dei maggiori rischi di progetto, “costa” molto di più di quello che verrebbe fornito alla pubblica autorità in caso di approvvigionamento convenzionale e non sempre si riesce a compensare tale svantaggio garantendo una migliore qualità di realizzazione o un *management* più oculato<sup>129</sup>. Se a ciò si aggiungono gli alti costi di consulenza e quelli connessi alle modifiche di progetto in corso d'opera (v. *infra*) è facile comprendere come il progetto di PPP possa rivelarsi in taluni casi non adeguato a soddisfare il principio della utilità economica. In particolare, come rilevato da altri studi del settore, la PFI sembra risultare non adeguata per progetti con basso *capital value* (in questo caso i costi del processo di aggiudicazione sarebbero sproporzionati rispetto al valore del progetto); per progetti in settori che sono soggetti a cambi e innovazioni non prevedibili e/o continui e per progetti di rinnovamento e restauro per cui manca sufficiente concorrenza (meno di tre offerenti)<sup>130</sup>.

Del resto, anche lì dove il ricorso al partenariato pubblico-privato ap-

<sup>128</sup> T.M. Nisar, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, cit., 14.

<sup>129</sup> Sulla problematica dei “costi” dei finanziamenti si veda *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 12 ss.

<sup>130</sup> J. Wheeler, *The Private Finance Initiative: UK Experience of PPP*, 2008, disponibile sul sito: <http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/1>; Cfr. Anche *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 25.

pare più adeguato alla realizzazione di un determinato progetto, sussistono ancora numerosi problemi aperti. Una delle criticità principali riguarda la difficoltà di attuare un monitoraggio adeguato dei progetti da parte delle autorità pubbliche<sup>131</sup>. A ciò si aggiunge la problematica delle modifiche dei progetti successive alla stipula dei relativi contratti e che quindi intercorrono nella fase operativa: nonostante il Ministero del Tesoro abbia “esortato” la pubblica autorità a indire nuove gare per le modifiche di maggiore entità, al 2008 il 30% dei cambiamenti dei progetti risulta avvenuto al di fuori del regime di concorrenza, ovvero senza che venissero indette nuove gare. Alcuni dati rilevati dal NAO mostrano per altro che le modifiche di progetto vengono spesso sfruttate dai partner privati per aumentare i propri profitti del 5-25%<sup>132</sup>. Il Governo centrale, in particolare il Ministero del Tesoro e *Partnerships UK*, si sono impegnati ad emanare una nuova guida relativa alle modifiche dei progetti *PFI* che attui una differenziazione tra modifiche di minore, media e maggiore entità e comprenda modelli di “protocolli di modifica di progetto” con prezzi e tariffe da stabilire prima della stipula dei contratti e da revisionare annualmente. Un primo “*change protocol*” è stato già elaborato per il progetto *Building Schools for the Future* e comprende un *price framework* entro il quale le parti contraenti sono tenute a negoziare eventuali modifiche di progetto (si distinguono in particolare tre categorie di prezzi: la prima, fino a £5000, la seconda tra £ 5000 e 100,000 e la terza, oltre le 100,000 sterline). Secondo quanto affermato da un portavoce di *Partnerships for Schools*, l’organo incaricato del *BSF*, nel caso in cui non si riuscisse a trovare un accordo circa il costo delle modifiche, le autorità aggiudicatrici “in alcune circostanze” potrebbero cercare un altro partner tramite nuova gara<sup>133</sup>. Anche il *National Health Service*, nell’estate del 2008, ha iniziato ad adottare provvedimenti volti a limitare le spese pubbliche dovute alle modifiche dei progetti *PFI* e ha annunciato la pubblicazione di una nuova guida che prevederà varie modalità di controllo dei costi dei progetti *PFI* tra cui anche l’obbligo per le autorità aggiudicatrici di indire una nuova gara di appalto per modifiche con valore superiore alle 100,000 sterline<sup>134</sup>. Tali

<sup>131</sup> House of Commons – Committee of Public Accounts, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmpubacc/332/332.pdf>

<sup>132</sup> NAO, *Making Changes in Operational PFI Projects 2007-2008*, 2008, disponibile sul sito: [http://www.nao.org.uk/publications/0708/making\\_changes\\_operational\\_pfi.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0708/making_changes_operational_pfi.aspx).

<sup>133</sup> Si veda l’articolo *Crackdown Begins on PFI Overcharging*, pubblicato su *Building*, 30.5.2008 e disponibile sul sito: <http://www.building.co.uk/story.asp?storycode=3114809>.

<sup>134</sup> M. Glackin, *PFI Changes to Be Put out to Tender*, 13.6.2008, in *Building*, <http://www.building.co.uk/story.asp?storyCode=3115872>.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

provvedimenti hanno naturalmente suscitato critiche nel settore privato dove si è evidenziato che simili disposizioni potrebbero rendere i progetti *PFI* poco “attraenti” per gli offerenti e quindi avere un affetto inibitorio sugli investimenti privati<sup>135</sup>.

Un ulteriore problema nell’attuazione della *PFI* e del PPP in genere riguarda la difficoltà di prevenire eventuali comportamenti scorretti da parte dei privati. È stata rilevata ad es. un’estrema varietà dei prezzi dei materiali impiegati all’interno dei singoli progetti, per cui anche una semplice “presa elettrica” arriva a costare dalle 30 alle 300 sterline a seconda del progetto: il che induce a pensare ad un comportamento poco corretto da parte dei partner privati che tentano comunque di massimizzare i propri profitti a scapito dei partner pubblici. Ciò dipende nuovamente da un difetto di monitoraggio e controllo da parte degli aggiudicatori pubblici – difetto a sua volta collegato al fatto che spesso le autorità aggiudicatrici non dispongono di un *manager* di progetto a tempo pieno<sup>136</sup>: un dato difficilmente accettabile dal momento che si tratta di progetti che coinvolgono notevoli somme di denaro pubblico. Il problema è che tutto l’apparato di “*voluntary guidance*” sulla *PFI*, “consiglia” alle autorità aggiudicatrici di incaricare una persona del *management* di progetto a tempo pieno ma non le “obbliga” a farlo. Lo stesso vale per le autorità scolastiche, ospedaliere ecc.: anche se coinvolte in progetti *PFI*, non sono tenute ad avere uno *staff* o almeno un *manager* che si occupi del progetto per tutto l’arco di realizzazione. L’assenza di disposizioni vincolanti si riflette così in modo estremamente negativo sul *management* del progetto, almeno da parte pubblica<sup>137</sup>.

Un’ulteriore problematica connessa alla realizzazione dei PPP riguarda il coinvolgimento di *manager* privati negli organi pubblici responsabili della *PFI*: lo stesso capo della *PFI-Policy* del Ministero del Tesoro (McKechnzie)

<sup>135</sup> M. Glackin, *Tough PFI Policy May Put off Bidders*, 20.6.2008, in *Building*, <http://www.building.co.uk/story.asp?storycode=3115872>.

<sup>136</sup> Si tratta di una delle questioni affrontate dalla Commissione parlamentare “*Committee of Public Accounts*” nella seduta del 6 febbraio 2007 dedicata alla *PFI* (6 Febbraio 2008) e incentrata sulla discussione del rapporto NAO *Making Changes in Operational PFI Projects 2007-2008*. House of Commons – Committee of Public Accounts, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, 2008, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmselect/cmpubacc/332/332.pdf>.

<sup>137</sup> Questa è ad esempio l’opinione della *Committee of Public Accounts* espressa in House of Commons – Committee of Public Accounts, *HM Treasury. Making Changes in Operational PFI Projects*, cit. Di parere contrario invece i rappresentanti del Ministero del Tesoro che non reputano necessaria la presenza di un *management* a tempo pieno per tutti i progetti *PFI* (*ibidem*).

appartiene attualmente all'impresa privata *Deloitte* e il Tesoro paga 150,000 sterline all'anno al *Deloitte* per il servizio prestato da McKechnzie – una cifra estremamente alta e sicuramente contraria al principio del risparmio e dell'utilità economica che invece dovrebbe stare alla base della *PFI*<sup>138</sup>. La necessità di ricorrere a *Deloitte* viene giustificata dal Ministero del Tesoro con l'esigenza di coinvolgere consulenza dal settore privato per far in modo che il settore pubblico, potendo approfittare delle competenze di *insiders*, non venga "raggirato" dai partner privati. Tuttavia, la questione degli alti costi di consulenza che ancora gravano sulla spesa pubblica per la realizzazione di progetti *PFI* rappresenta effettivamente un problema aperto che rischia di mettere in discussione l'effettiva utilità economica della *PFI* a lungo termine, nel Regno Unito come negli altri Paesi (si veda ad esempio il caso tedesco, su cui *infra*, § 5.2.). A questi si aggiungono i costi di *management* aggiuntivi che spesso vengono richiesti dalle *SVP* e contro cui tuttavia il Ministero del Tesoro ha già preso provvedimenti nell'ultima versione 2007 della *SoPC*.

Alle questioni sopra citate si aggiungono una serie di problematiche evidenziate in letteratura e che riguardano o aspetti generici relativi alla *PFI* oppure settori specifici di attuazione di progetti *PFI*, quali ad esempio quello dell'educazione, della sanità o quello dei trasporti. Tra i problemi che interessano in generale tutto l'ambito del partenariato pubblico-privato uno dei più attuali è quello che riguarda l'adozione dell'*International Financial Reporting Standards*. Si teme in particolare che il passaggio all'*IFRS* possa avere conseguenze negative sui bilanci dell'autorità pubbliche coinvolte in progetti *PFI* (progetti che, con i nuovi standards, verrebbero inclusi nel bilancio). In genere sussiste ancora una notevole incertezza circa le modalità di transizione all'*IFRS*<sup>139</sup> e la praticabilità di tale passaggio per il settore della *PFI*<sup>140</sup>. Sia il Ministero del Tesoro che il *Department of Health* hanno recentemente (settembre-dicembre 2008) emanato linee guida in materia, ma le effettive conseguenze dell'adozione dell'*IFRS* per il settore della *PFI* sono ancora difficilmente prevedibili e quantificabili.

Un altro ambito problematico è quello della ripartizione dei rischi che,

<sup>138</sup> Ivi, *Evidence 9*.

<sup>139</sup> Cfr. ad esempio Department of Health, *IFRS and PFI & LIFT – Position Statement*, 22.10.2008, disponibile sul sito: [www.doh.gov.uk/doh/finman.nsf/4db79df91d978b6c00256728004f9d6b/.../\\$FILE/IFRS%20and%20PFI\\_%20PPP%20Q&A.doc](http://www.doh.gov.uk/doh/finman.nsf/4db79df91d978b6c00256728004f9d6b/.../$FILE/IFRS%20and%20PFI_%20PPP%20Q&A.doc).

<sup>140</sup> Sui problemi connessi all'adozione dell'*IFRS* si veda ad esempio N. Bennet, *IFRS: Will We Count the True Costs of PFIs?*, 2007, disponibile sul sito: [http://www.scott-moncrieff.com/pdfs/IFRS\\_Nov\\_07.pdf](http://www.scott-moncrieff.com/pdfs/IFRS_Nov_07.pdf).



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

come si è visto in precedenza, riveste un'importanza fondamentale per la riuscita di un progetto *PFI*<sup>141</sup>. Non sempre infatti è possibile individuare quale parte contrattuale possa far fronte ad un determinato rischio nel modo ottimale e anzi alcuni rischi non possono essere controllati da nessuna delle parti contrattuali: rimangono dunque alcune categorie di rischio difficilmente “allocabili”<sup>142</sup> che creano ancora eccessiva incertezza. Inoltre, poiché talvolta è difficile quantificare determinati rischi è anche difficile stabilire se il “premio di rischio” richiesto dal partner privato sia effettivamente proporzionato (come compensazione della propria esposizione) o meno<sup>143</sup>.

Da molte parti inoltre si è iniziato a mettere in dubbio la validità del *Public Sector Comparator*<sup>144</sup>. È estremamente difficile ottenere dati precisi circa il costo del progetto realizzato con metodi convenzionali, dal momento che i costi variano enormemente a seconda del tempo, del luogo, degli offerenti ecc.<sup>145</sup>. Il *PSC* diventa troppo velocemente “*out of date*” perché possa essere considerato un valido parametro per giudicare l'utilità economica di un progetto *PFI*<sup>146</sup>. Esso inoltre non prende in considerazione tutta una serie di parametri non quantitativi che invece possono rivelarsi di particolare rilevanza per determinare l'effettiva utilità economica di un progetto *PFI*. Lo stesso Ministero del Tesoro, nella sua guida per la valutazione del *value for money*, sottolinea la necessità di affiancare al *PSC* altre modalità di analisi e valutazione (vedi *ante*, § 3.2.).

<sup>141</sup> Sulla questione dei rischi nei progetti *PFI* si veda ad esempio R. Tinsley, *Advanced Project Financing: Structuring Risks*, London, 2005; L. Bing-A. Akintoye-P.J. Edwards-C. Hardcastle, *The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK*, in *International Journal of Project Management*, 2005, 23, 25 ss.; J. Froud-J. Shaoul, *Appraising and Evaluating PFI for NHS Hospitals*, in *Financial Accountability and Management*, 17, 2001, 247 ss.; J. Shaoul, *A Critical Financial Analysis of the Private Finance Initiative: Selecting a Financing Method or Reallocating Economic Wealth?*, in *Critical Perspectives on Accounting*, 2005, 16, 441 ss.; A. Pollock-D. Price-M. Dunningan, *Deficits before Patients: A Report on the Worcestershire Royal Infirmary PFI and Worcestershire Hospital Configuration*, London, 2000.

<sup>142</sup> R. Lissauer-P. Robinson, *A Learning Process: Public Private Partnerships in Education*, London, 2001.

<sup>143</sup> F. Cassella, *Il project financing nel Regno Unito*, cit.

<sup>144</sup> Per *Public Sector Comparator* si intende il costo stimato di realizzazione di un progetto tramite metodi convenzionali e non tramite PPP.

<sup>145</sup> T.M. Nisar, *Risk Management in Public-Private Partnerships Contracts*, cit., 5 ss.; sul problema della difficoltà di calcolo del *Public Sector Comparator* e quindi della difficile attuazione di un confronto di economicità affidabile si veda *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 14 ss.

<sup>146</sup> P. Edwards-J. Shaoul, *Partnerships: For Better, for Worse?*, in *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 2003, 12, 397 ss.

Quale caso emblematico delle problematiche che ancora caratterizzano l'attuazione del PPP nel Regno Unito si citerà brevemente quello della metropolitana londinese. A marzo del 2003, al termine di un processo di aggiudicazione durato 5 anni e costato circa 455 milioni di sterline (!)<sup>147</sup>, il Dipartimento dei Trasporti ha lanciato tre progetti di PPP per la manutenzione e il rinnovo dei treni, delle stazioni, della segnaletica e delle rotaie della metropolitana di Londra, di responsabilità della *London Underground* (per un costo di 15,7 miliardi di sterline in 30 anni, di cui 9,7 miliardi nei primi sette anni e mezzo). La scelta di rinnovare la metropolitana di Londra tramite tre diversi contratti PPP ha portato a una struttura estremamente complessa e ha causato notevoli problemi di *management*. Due di questi contratti sono stati stipulati con il consorzio *Metronet* (in particolare, uno con *Metronet BVC* e uno con *Metronet SSL*), mentre il partner privato del terzo progetto è il consorzio *Tube Lines*. Il partner pubblico è invece *London Underground*. Secondo le disposizioni contrattuali, *London Underground* mantiene la responsabilità per la gestione quotidiana e la sicurezza mentre tre imprese private di infrastrutture, dette *Infracos*, sono incaricate del rinnovo e della manutenzione della rete metropolitana e vengono pagate da *London Underground* sulla base della loro *performance* e dei risultati di volta in volta raggiunti<sup>148</sup>. Inoltre, a differenza di quanto avviene in altri modelli di PPP, il contratto prevede la possibilità di modificare i requisiti di *performance* e la determinazione del prezzo ogni sette anni e mezzo. A luglio 2003 il Governo centrale ha trasferito la proprietà di *London Underground* all'autorità locale londinese e in particolare a *Transport for London (TfL)*, che è direttamente responsabile di fronte al *London Major*. Il Dipartimento dei Trasporti continua comunque a sostenere finanziariamente i tre progetti con circa 1 miliardo di sterline all'anno – una spesa pubblica che si riflette necessariamente sui contribuenti. Inoltre, per ovviare alla diffidenza dei finanziatori nei contratti di PPP, si è stabilito che ai finanziatori di £3,8 miliardi di sterline (cd. *senior debt*) venga restituito il 95% del loro investimento in caso di rescissione del PPP. L'autorità pubblica si è fatta dunque garante di buona parte del debito.

I risultati finora raggiunti sono estremamente negativi tanto che il PPP della *London Tube* è stato dichiarato ufficialmente “fallito”<sup>149</sup>: la separazione

<sup>147</sup> HM Treasury, *London Underground Private Public Partnerships*, 2005, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmpubacc/446/446.pdf>.

<sup>148</sup> C&AG's Reports, *London Underground: Are the Public Private Partnerships Likely to Work Successfully?*, London, 2004; C&AG's Reports, *London Underground and PPP: were they Good Deals?*, London, 2004.

<sup>149</sup> Si veda la comunicazione del 26 marzo 2010 della *Transport Select Committee* pub-

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

tra l'incarico di gestione quotidiana e sicurezza, che è rimasto della *London Underground*, e quello del rinnovo e della manutenzione, ha portato ad una eccessiva mancanza di coordinamento, con ovvie disfunzioni della rete di trasporti e considerevoli disagi per gli utenti; i livelli di qualità e sicurezza sono decisamente bassi (aumento di incidenti, deragliamenti ecc.); i partner privati sono risultati incapaci di rispettare i tempi previsti e hanno superato eccessivamente i costi pronosticati. I problemi maggiori si sono avuti in particolare con *Metronet* che ha superato di 2 miliardi di sterline i costi previsti ed è arrivata al fallimento (!) nel luglio 2007: si è dovuta applicare in questo caso la “PPP Administration” prevista dal *Greater London Authority Act 1999* (v. *supra*, § 4.1.) in modo che venisse comunque garantito agli utenti il trasporto pubblico. L'autorità pubblica, in particolare *London Underground*, ha dovuto “acquistare” il 95% dei debiti di *Metronet* e il Dipartimento dei Trasporti ha fornito 1,7 miliardi di sterline a sostegno di tale operazione e si è fatto dunque carico della maggior parte dei rischi di fallimento<sup>150</sup>. I costi per le casse pubbliche sono stati dunque altissimi e il principio della utilità economica è stato completamente disatteso. Si calcola che il fallimento di *Metronet* sia costato alle casse pubbliche circa 450 milioni di sterline in più rispetto a quanto sarebbe costato restituire analoghi prestiti concessi direttamente alla pubblica autorità in caso di realizzazione convenzionale del progetto, poiché i finanziatori, reputando più rischioso il finanziamento del PPP, hanno imposto tassi di interesse molto maggiori rispetto a quelli che invece caratterizzano prestiti alla pubblica amministrazione. Peraltro, anche *Tube Lines* non sta dando risultati soddisfacenti ed è a tutt'oggi incapace di rispettare i tempi di realizzazione e rimanere al di sotto dei tetti di spesa previsti.

Il ricorso al PPP nel caso londinese non ha dunque portato né ad alti standard di qualità ed efficienza, né ad una più veloce realizzazione delle opere, né tanto meno ad un risparmio per le casse pubbliche, rivelandosi invece estremamente dispendioso. È stato stimato che la spesa pubblica causata dal fallimento di *Metronet* abbia comportato un danno per i contribuenti che va dai 170 ai 400 milioni di sterline<sup>151</sup>. Vi è dunque un fallimento su tutta la linea. Le cause di questa situazione sono molteplici e complesse. Si evidenzieranno qui solo alcuni dei principali aspetti: in primo luogo il

blicata sul sito di *Transport for London* (<http://www.tfl.gov.uk/corporate/media/newscentre/archive/15116.aspx>).

<sup>150</sup> NAO, *The Failure of Metronet*, 2009, disponibile sul sito: [http://www.nao.org.uk/publications/0809/the\\_failure\\_of\\_metronet.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0809/the_failure_of_metronet.aspx).

<sup>151</sup> Ivi.

*management* del rischio è stato estremamente deficitario – un aspetto acuito dal fatto che il Dipartimento dei Trasporti si è fatto carico di gran parte dei rischi pur non essendo parte contrattuale e quindi non avendo a disposizione strumenti di *management ad hoc* (ad es. la possibilità di chiedere indagini e rapporti sull’attività) né alcuna possibilità di influenza sui contratti o di monitoraggio della *performance*<sup>152</sup>. In secondo luogo, le disposizioni contrattuali non contenevano previsioni atte a vincolare la stipula del contratto alla valutazione della solidità e della credibilità della struttura di *corporate governance* del partner privato, né previsioni volte a limitare eventuali conflitti di interesse tra i diversi azionisti del partner privato, in particolare nel caso essi fossero anche fornitori dello stesso: il fallimento di *Metronet* è stato causato in gran parte proprio da deficienze di *governance*, da strutture di *management* che davano eccessivo potere ai soci fornitori e dall’incapacità di incentivare gli stessi ad agire nell’interesse dell’intero gruppo. Le disposizioni contrattuali inoltre non contenevano precisi vincoli riguardanti lo scambio di informazioni di qualità sia tra partner pubblici e privati, sia tra i diversi soci del partner privato e questa asimmetria informativa, da un lato, ha acuito i problemi di *governance* all’interno di *Metronet*, e dall’altro, ha reso difficile se non impossibile il monitoraggio da parte delle autorità pubbliche. A tali aspetti si è cercato di porre rimedio con la nuova versione della standardizzazione dei contratti di PPP del 2007 che invece contiene precisi requisiti relativi alla *governance* del partner privato e agli obblighi informativi. C’è stato inoltre un problema di coordinamento tra le autorità pubbliche, ovvero tra *London Underground*, *Transport for London* e l’*Arbiter* (v. *supra*, § 4.1.), e di mancato “allineamento” delle loro agende – con conseguenti problemi nel monitoraggio, nello scambio di informazioni ecc. In particolare, l’*Arbiter*, in quanto parte esterna, aveva accesso a maggiori informazioni relative alla *performance* di *Metronet* e avrebbe potuto, anzi, dovuto innescare un sistema di “*early warning*” relativo ai *deficit* di *performance* e alle implicazioni per i costi. Vi sono poi stati degli errori a monte: l’utilizzo del solo *Public Sector Comparator* nella valutazione dell’opportunità di ricorrere al PPP per la metropolitana londinese si è rivelato insufficiente e inefficace perché non ha permesso di valutare con sufficiente margine di precisione i costi futuri; inoltre la stessa scelta di non limitare il partenariato solo ai lavori di rinnovo e restauro di maggiore entità ma di estenderlo all’intera gamma dei lavori di

<sup>152</sup> Cfr. i dati riportati in House of Commons – Committee of Public Accounts, *Department of Transport.: the Failure of Metronet*, 2010, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmpubacc/390/390.pdf>.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

gestione e manutenzione ordinaria è stata eccessivamente ottimistica. Infine, non essendo possibile ottenere un trasferimento del rischio significativo al settore privato, il Governo avrebbe dovuto prendere in considerazione il ricorso a un “*public sector bond*” affinché il finanziamento privato non diventasse troppo costoso<sup>153</sup>.

Il caso della metropolitana londinese rappresenta sicuramente un caso eccezionale, anche solo in ragione delle altissime garanzie offerte dal partner pubblico – garanzie che in genere non si hanno nei progetti PPP e sicuramente non di tale entità<sup>154</sup>. Tuttavia, rappresenta un esempio negativo da tener presente perché vengano evitati errori analoghi nelle disposizioni contrattuali, nel monitoraggio e nel processo di esame preliminare dell’effettiva opportunità di ricorrere ad un PPP.

### 5.2. Problemi di attuazione del PPP in Germania

Come già rilevato nel caso del Regno Unito, anche in Germania il partenariato pubblico-privato rappresenta a tutt’oggi un tema molto controverso. Secondo i dati ufficiali, i 91 progetti PPP realizzati in Germania al 31 dicembre 2009 nell’ambito della pubblica edilizia hanno mostrato un netto miglioramento nell’efficienza (in media 14,5%)<sup>155</sup>. Tra i fattori che determinano una maggiore efficienza dei progetti PPP si citano: la riduzione dei costi di realizzazione (fermo restando il livello di qualità prestabilito) e dei costi di gestione dovuta al fatto che il privato è maggiormente motivato a evitare sprechi e dispone strumenti di *management* più efficaci ed efficienti; la riduzione dei tempi di pianificazione e costruzione; la presenza di meccanismi contrattuali volti a garantire l’efficienza e la qualità della prestazione (tra questi ad esempio le previsioni che inseriscono detrazioni nei pagamenti nel caso non vengano soddisfatti gli standard contrattati); la possibilità di sfruttare il *know how* e la *expertise* del partner privato<sup>156</sup>. Poiché tuttavia i progetti realizzati sono ancora relativamente pochi e sono molto re-

<sup>153</sup> House of Commons – Committee of Public Accounts, *London Underground Public Private Partnerships*, 2005, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm/200405/cmselect/cmpubacc/446/446.pdf>.

<sup>154</sup> *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 23.

<sup>155</sup> *Öffentlich Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 1. Halbjahr 2010, 16.

<sup>156</sup> Cfr. ad esempio anche la posizione dell’Associazione tedesca delle imprese edili: Deutsche Bauindustrie, *Positionspapier. Öffentlich-Private Partnerschaften: Argumente gegen Vorurteile*, 2010, disponibile sul sito: [http://www.ppp-plattform.de/file.php?article=2241&file=HBi\\_Positionspapier\\_Internet.pdf](http://www.ppp-plattform.de/file.php?article=2241&file=HBi_Positionspapier_Internet.pdf).

centi è ancora troppo presto perché si possa formulare una valutazione definitiva; ed infatti, se si eccettuano alcuni testi incentrati su aspetti parziali<sup>157</sup>, mancano ancora in Germania studi empirici che si occupino del PPP sulla base dei progetti realizzati.

Anche in Germania, le iniziative governative volte a stimolare il più possibile la realizzazione e la diffusione di PPP non hanno incontrato un consenso unanime ma sono state sovente variamente criticate sia da alcune fazioni politiche (in particolare dai Verdi e dalla *PDS/Die Linke*) sia da alcuni settori dell'economia e da parte della dottrina<sup>158</sup>. In primo luogo il partenariato pubblico-privato viene considerato potenzialmente dannoso per l'economia locale. Questa critica si basa sulla considerazione che nei processi di selezione delle imprese private interessate al partenariato, le grandi imprese sono sicuramente avvantaggiate rispetto alle piccole e medie imprese. Il partenariato porta dunque necessariamente ad un ulteriore potenziamento delle grandi imprese e ad un conseguente indebolimento delle *PMI*: dal momento che il maggior ambito di applicazione del PPP è quello comunale, l'eccessiva diffusione del PPP avrebbe l'esito paradossale di causare svantaggi proprio per quelle imprese che sono invece fondamentali per lo sviluppo comunale e regionale. Effettivamente anche dai dati ufficiali si rileva che nei progetti di PPP più complessi e di vaste dimensioni non sono coinvolte *PMI* (che non dispongono né del capitale né del personale necessario), tuttavia sembra che esse partecipino comunque a progetti di dimensioni ridotte (per volumi di investimento inferiori ai 10-15 milioni di euro), oppure come imprese di subappalto nei progetti maggiori<sup>159</sup>. Il problema lamentato da alcuni settori della piccola e media impresa è che, in caso di subappalto, esse sono spesso costrette ad accettare condizioni sfavorevoli (es. *dumping* salariale, pressioni sui prezzi), ma anche in questo caso i dati empirici

<sup>157</sup> C. Reichard, *Organisations-PPP – Typologie und praktische Ausprägung*, in D. Budäus (a cura di), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, Baden-Baden, 2006, 77-94; W. Kilian-P. Richter-J. Hendrik Trapp (a cura di), *Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen. Modernisierung des öffentlichen Sektors*, Berlin, 2006.

<sup>158</sup> Per una ricognizione degli aspetti più controversi del PPP si veda ad esempio: M. Kuhn, *Öffentlich-Private Partnerschaften. Eine Bestandaufnahme aus kommunaler Sicht*, in U. v. Alemman-C. Münch (a cura di), *Europafähigkeit der Kommunen*, Wiesbaden, 2006, 165 ss.; cfr. anche B. Ladwig, *Public Private Partnership als Handlungsfeld für ver.di: Erfahrungen und Erwartungen prägen gewerkschaftliche Kriterien an gute Projekte*, in Aa.Vv., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, Berlin, 2006, p. 101 ss. Molto critici sono in genere tutti gli articoli pubblicati sulla rivista *Alternative Kommunalpolitik*.

<sup>159</sup> Difu, *Bericht 2007*, 14, disponibile sul sito: <http://www.difu.de/archiv/Ber-07-4.pdf>.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

rici risultano alquanto discordi<sup>160</sup>. Al fine di chiarire la problematica del coinvolgimento delle piccole e medie imprese nella realizzazione di PPP, il Governo federale ha incaricato l'Istituto per l'urbanistica (*Difu*) di condurre un'analisi su un campione di 30 progetti PPP per individuare eventuali necessità e strategie di intervento atte a facilitare la partecipazione delle *PMI* a progetti di partenariato<sup>161</sup>: i risultati dell'analisi, pubblicati a gennaio 2008, confermano l'assenza di *PMI* per progetti con volumi di investimenti superiori ai 15 milioni di euro. Si rileva dunque la necessità di promuovere lo sviluppo di competenze adeguate alla realizzazione di PPP nelle *PMI* e indagare strategie volte a incentivare la loro partecipazione come partner principali anche in progetti di grandi dimensioni soprattutto nel settore dei trasporti. In questa direzione si sta muovendo anche parte della letteratura specialistica. I risultati prodotti dall'indagine del *Difu* contrastano comunque con quanto riportato da altre fonti (ad esempio dall'Unione federale delle medie imprese edili); il rapporto tra PPP e *PMI* è dunque ancora estremamente controverso e pone la necessità di ulteriori studi e analisi approfondite. Particolarmente problematico per le *PMI* risulta in particolare l'ambito delle infrastrutture dei trasporti, tanto che l'Unione federale delle medie imprese edili, nel 2008, si è opposta esplicitamente all'iniziativa del Ministro dei trasporti di iniziare altri 8 progetti pilota sulla base dello "A-Modell"<sup>162</sup>.

In secondo luogo, anche l'effettiva utilità economica del PPP risulta una questione alquanto controversa<sup>163</sup>. Da più parti si evidenzia che la realizzazione di PPP in molti casi non abbia prodotto i risultati auspicati in termini di risparmio ma si sia rivelata anzi estremamente dispendiosa per le casse pubbliche<sup>164</sup>. Altri costi, che in genere non vengono presi in considerazione nel "confronto di economicità", sono ad esempio quelli che riguardano tutte le fasi precedenti alla stipula del contratto e alla realizzazione dei progetti (ad es. costi di consulenza) che di solito sono estremamente alti. A ciò si aggiungono le preoccupazioni che la partecipazione privata, orientata al profitto, possa portare in realtà ad un abbassamento degli standard di qualità e sicurezza.

<sup>160</sup> *Ivi*, 15.

<sup>161</sup> *Difu*, *PPP und Mittelstand*, 2008, reperibile sul sito: <http://www.difu.de/index.shtml?/publikationen/>.

<sup>162</sup> *BVMB*, *Nein zu weiteren PPP-Autobahnprojekten! – Sparpolitik des Bundes gefährdet Bauwirtschaft*, Comunicato stampa del 14.7.2008.

<sup>163</sup> R. Butz, *Reibungslose Baustellen und ein ruiniertes Kreisshaushalt*, in *AKP*, 2006, 2, 45 ss.

<sup>164</sup> B. Ladwig, *Public Private Partnership als Handlungsfeld für ver.di*, cit., p. 111.

Un altro aspetto del partenariato variamente criticato riguarda il fatto che a lungo termine PPP può comportare una dipendenza dal partner privato rischiosa dal punto di vista economico<sup>165</sup>. Non sono stati sufficientemente studiati (e quindi non sono state ancora elaborate forme di garanzia per) i casi in cui il partner privato si trovi in difficoltà economica e non riesca più a ottemperare agli impegni presi; il che potrebbe avere effetti deleteri per la spesa pubblica<sup>166</sup>. In genere, comunque, le posizioni più critiche nei confronti del PPP lamentano una limitazione del raggio di azione e dell'autonomia organizzativa della pubblica autorità, in particolare di quella comunale – limitazione che avrebbe necessariamente ricadute negative sullo sviluppo regionale e comunale<sup>167</sup>. Inoltre, il coinvolgimento di privati nell'adempimento di funzioni pubbliche solleva problemi di natura costituzionale: la Legge fondamentale contiene infatti alcuni principi e disposizioni che limitano il principio della “libertà di azione” universalmente riconosciuto alla pubblica autorità per l'adempimento delle sue funzioni. Si tratta in primo luogo del “principio democratico” (*Demokratieprinzip*) e dei compiti statali<sup>168</sup>: la cooperazione con i privati nell'ambito di un partenariato pubblico-privato comporta necessariamente una perdita (parziale o totale a seconda dei casi) di influsso da parte dello Stato sulle funzioni pubbliche in questione. La costituzionalità di una simile perdita è necessariamente connessa al tipo di funzione pubblica coinvolta nel partenariato: se la funzione rientra nel c.d. “nucleo essenziale” (*Kernbereich*) delle responsabilità statali, allora lo Stato può essere l'unico responsabile e ogni forma di adempimento a tale funzione che implicasse anche una responsabilità privata sarebbe incostituzionale. Il timore di molti è che l'eccessivo diffondersi delle forme di PPP, implicando una diminuzione dell'influsso statale sull'adempimento di funzioni pubbliche, comporti una perdita sostanziale di democraticità e legittimità. La problematica si estende dunque a quella delle prestazioni essenziali e degli ambiti di esclusiva competenza statale e rientra così nell'acceso dibattito, sviluppatosi a partire dagli anni No-

<sup>165</sup> G. Jochsch, *Patentrezept oder Placebo?*, in *AKP*, 2006, 2, 38 ss.

<sup>166</sup> S. Lange, *Private Public Partnership: eine Chance zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben oder ein politisches Feigblatt zur Privatisierung?*, in Aa.Vv., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 37 ss.

<sup>167</sup> I. Wichert, *Erfahrungen, Ergebnisse und kritische Auseinandersetzung mit PPP im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge*, in Aa.Vv., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 34 ss.

<sup>168</sup> J. Hellermann, *Einleitende Bemerkungen zu PPP aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in Aa.Vv., *Public Private Partnership Projekte: Private Gewinne und gesellschaftliche Risiken*, cit., 7 ss.; P. Hettlich, *ÖPP ist nicht die Lösung*, in *AKP*, 2006, 2, 52.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

vanta<sup>169</sup>, relativo alla legittimità della partecipazione privata all'adempimento di funzioni pubbliche<sup>170</sup>. In questo modo tale problematica si ricollega anche alla controversa questione della interpretazione stessa del termine "funzioni pubbliche" (*öffentliche Aufgaben*) – termine la cui accezione non è mai stata chiarita in modo definitivo dal Tribunale Costituzionale Federale<sup>171</sup>.

Accanto agli studi che mettono in discussione la legittimità e l'opportunità del PPP ve ne sono altri incentrati sui problemi di attuazione del PPP, ovvero che affrontano problematiche specifiche connesse alla realizzazione dei partenariati. Molti degli aspetti trattati sono analoghi a quelli riscontrati nel caso inglese: ad esempio il problema dell'analisi dell'economicità, le questioni che riguardano il calcolo e l'utilizzo del *Public Sector Comparator* così come la difficoltà del monitoraggio ad opera dell'autorità pubblica e gli effetti negativi delle asimmetrie informative tra partner pubblico e privato e tra i diversi partner pubblici coinvolti (v. *supra*, § 5.1.)<sup>172</sup>. A ciò si aggiungono gli studi incentrati sui problemi giuridici connessi al partenariato pubblico privato ed in particolare sugli effetti dell'applicazione della normativa

<sup>169</sup> In particolare, il dibattito ha preso avvio a partire da una sentenza del Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG) del 24.5.1995 (BVerfGE 93, 37 ss.) relativa ad una legge dello Schleswig-Holstein che concedeva a privati (nella fattispecie a rappresentanze del personale) il diritto di influire sulle misure amministrative del *Land* riguardanti il personale. La Corte costituzionale giudicò la legge incostituzionale in quanto in violazione del *Demokratieprinzip* (principio democratico). Solo successivamente, con la sentenza "*Lippeverband und Emschergenossenschaft*" del 5.12.2002, il BVerfG ha chiarito che il principio stabilito nel 1995 è da riferirsi solo alla "amministrazione statale diretta", e non si estende ai casi di imprese pubbliche (nella fattispecie *Wasserverbände*) che coinvolgono anche privati (BVerfG, in *DÖV*, 2004, 910 ss.).

<sup>170</sup> La letteratura in materia è estremamente ricca. Si citeranno qui solo alcuni dei contributi più recenti: P.J. Tettinger, *Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnerships*, in *DÖV*, 1996, p. 764 ss.; Id., *Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen*, in *NWVBl.*, 2005, 1 ss.; J.A. Kämmerer, *Privatisierung*, in *JZ*, 1996, 1042 ss.; H. Peters, *Öffentliche und staatliche Aufgaben*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, 1965, II, 877 ss.; U. Di Fabio, *Privatisierung und Staatsvorbehalt*, in *JZ*, 1999, 585 ss.; H.J. Bonk, *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*, in *DVBl.*, 2004, 141 ss. 146; W. Weiss, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen, 2002; J. Becker, *Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*, in *DÖV*, 2004, 910 ss.; G. Britz, *Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts*, in *VewArch*, 2000, 418 ss.

<sup>171</sup> Sul punto si veda H.J. Bonk, *Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships*, cit., 141 ss.

<sup>172</sup> Cfr. D. Budäus-B. Grüb, *Public Private Partnerschip: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung*, in *ZögU*, 2007, 3, 245 ss., spec. 266.

comunitaria al PPP. Come si è detto in precedenza, infatti, alla maggior parte dei modelli di partenariato (se si eccettuano quelli sotto soglia e alcune forme quali le concessioni) si applica la normativa comunitaria sugli appalti<sup>173</sup>. Si tratta di una normativa che pone in genere molti vincoli alla pubblica amministrazione relativamente alle procedure di selezione, alla fase delle trattative, alla redazione degli avvisi di gara ecc. Detti vincoli, che sono giustificati dalla necessità di garantire trasparenza e parità di trattamento e quindi di evitare distorsioni della concorrenza, allo stesso tempo implicano alti costi e aggravii di tempo e limitano la libertà di azione e il potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>174</sup>. In particolare, per quanto riguarda il PPP, la dottrina rileva in genere una situazione di “conflitto” tra la rigida regolamentazione degli appalti dettata dalla normativa comunitaria (e dalla relativa applicazione a livello nazionale) e la flessibilità richiesta invece dal partenariato pubblico-privato. La disciplina degli appalti si basa infatti sul principio che tutti gli offerenti europei debbano avere uguali possibilità di presentare la propria offerta e che l'appalto venga aggiudicato all'offerta più vantaggiosa: per garantire tale possibilità e permettere un confronto sensato tra le singole offerte, si impone alla pubblica amministrazione di definire

<sup>173</sup> La letteratura a riguardo è molto ricca. Si vedano, tra i tanti: M. Müller-G. Brauser-Jung, *Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht*, in *NVwZ*, 2007, 884 ss.; J. Ziekow-T. Siegel, *Die Vergaberechtpflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand*, in *Vergaberecht*, 2005, 145 ss.; S. Arrowsmith, *Public Private Partnership and the European Procurement Rules: EU Politics in Conflict?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 709 ss.

<sup>174</sup> A lungo tempo in Germania, soprattutto a livello comunale, si è tentato di “aggi-rare” i vincoli imposti dalla normativa sugli appalti tramite i cd. “rapporti *in house*”, facendo rientrare in tale categoria di rapporti anche i cd. “partenariati pubblico-privati istituzionaliz-zati”, ma la più recente giurisprudenza europea, ha adottato una interpretazione così restrit-tiva del rapporto *in house* da escludere completamente ogni forma di partenariato pubblico-privato da tale categoria e vincolarla quindi al diritto sugli appalti (v. le sentenze della Corte di giustizia: 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Téckal*; 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 10 novembre 2005, C-29/04; 11 maggio 2006, C-340/04; 19 aprile 2007, C-295/05). La letteratura a riguardo è estremamente ricca. Si vedano, tra i tanti M. Krajewski-N. Wethkamp, *Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben*, in *DVBl*, 2008, 355 ss.; T. Bergmann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge und das In-house-Geschäft*, Hamburg, 2005; M. Söbbeke, *In-house quo vadis? Zur Konzeption des Kontrollanforder-nisses bei vergabefreien Eigengeschäften nach den EuGH-Urteilen “Stadt Halle” und “Carbotermo”*, in *DÖV*, 2006, 996 ss.; C. Zeiss, *Public Private Partnerships und gemischtwirtschaftliche Gesell-schaften am Ende?*, in *DÖV*, 2005, 819 ss.; U.-D. Pape-H. Holz, *Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte*, in *NJW*, 2005, 2264 ss.; C. Riese-A. v. d. Eikel, *Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?*, in *Vergaberecht*, 2005, 590 ss.; J. Ziekow, *In-house-Geschäfte – werden die Spielräume enger?*, in *VergabeR*, 2006, 6 ss.

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

l'oggetto dell'appalto nel modo più chiaro e preciso possibile già nel bando di gara: più la descrizione è precisa, più si potrà avere un processo di selezione equo. Dagli stessi principi derivano inoltre il primato della procedura aperta, così come il divieto di condurre trattative successive all'aggiudicazione<sup>175</sup>, nonché precise limitazioni circa la possibilità di modificare le condizioni stabilite nei bandi di gara. L'applicazione di tali norme ai progetti di PPP vincolati al diritto sugli appalti è tuttavia decisamente problematica: il principio di base dei PPP è infatti quello di lasciare al privato un ampio margine di libertà nell'elaborare, sulla base del proprio *know-how* e delle sue competenze, soluzioni nuove per i problemi che essa si trova ad affrontare<sup>176</sup>; proprio per rendere possibili soluzioni innovative, sarebbe opportuno che la pubblica amministrazione, al contrario di quanto previsto dalla disciplina sugli appalti, definisse nei bandi di gara solo gli scopi da raggiungere e alcuni requisiti minimi senza affrontare in dettaglio la descrizione della prestazione in modo da lasciare al privato la possibilità di trovare i mezzi più adeguati per raggiungere gli obiettivi in questione. L'applicazione della normativa sugli appalti risulta di conseguenza svantaggiosa per i PPP e ciò rappresenta uno dei principali problemi lamentati in dottrina<sup>177</sup>. In genere, almeno fino all'introduzione del dialogo competitivo, si è cercato di risolvere il conflitto tra la rigidità del diritto sugli appalti e le esigenze del PPP facendo ricorso alla cd. "procedura negoziata"<sup>178</sup> che, pur essendo vincolata ai principi della trasparenza, della parità di trattamento, della economicità ecc., non vieta la possibilità di trattative successive alla stipula del contratto e, non essendo disciplinata in modo rigido, garantisce una maggior flessibilità. Tuttavia la procedura negoziata è subordinata a quella aperta e può essere adottata solo in casi eccezionali, ovvero se con procedure aperte o ristrette non ci sono state offerte o se, nel caso di realizzazione di opere, la natura della

<sup>175</sup> J. Ziekow-T. Siegel, *Zulassung von Nachverhandlungen im Vergabeverfahren?*, in *NZBau*, 2005, 22 ss, spec. 24; M. Knauff, *Dispositionsfreiheiten öffentlicher Auftraggeber nach der Ausschreibung öffentlicher Aufträge*, Baden-Baden, 2004, 24 ss.; S. Arrowsmith, *The Problems of Discussion with Tenderer under the EC Procurement Directives: The Current Law and the Case for Reform*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, 95 ss.

<sup>176</sup> Così nel rapporto ufficiale del Ministero Federale per i Trasporti, le Costruzioni e l'Edilizia *PPP im öffentlichen Hochbau*, cit., 30.

<sup>177</sup> R. Schenke-S. Klimpel, *Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften ÖPP / Public Private Partnership (PPP)*, in *DVBl.*, 1492 ss., 1493; S. Arrowsmith, *Public Private Partnership and the European Procurement Rules: EU Politics in Conflict?*, cit., 711, 721.

<sup>178</sup> *Ivi*, 722. Cfr. anche F. Roth, *Risikoverteilung bei Öffentlich Privaten Partnerschaften aus vergaberechtlicher Sicht*, in *NZBau*, 2006, 84 ss., spec. 86.

prestazione e i rischi ad essa connessi non permettono una valutazione preventiva dei rischi e dei costi globali. Il ricorso alla procedura negoziata per i PPP è stato motivato in Germania proprio sulla base della difficoltà di determinare i costi preventivi per i modelli di PPP: tuttavia questa posizione è stata implicitamente criticata dalla Commissione che, nel suo Libro Verde sul PPP, ha specificato che il solo problema del calcolo dei costi e delle spese non è sufficiente a giustificare il ricorso a procedure negoziate<sup>179</sup>.

L'introduzione del "dialogo competitivo", avvenuta in Germania tramite gli emendamenti della disciplina sugli appalti introdotti dall'*ÖPP-Beschleunigungsgesetz* (v. *infra*, § 4.2), nasce proprio dalla presa di consapevolezza di questa situazione di potenziale conflitto tra le procedure previste dalla normativa sugli appalti e le esigenze di flessibilità che caratterizzano il PPP. Secondo parte della letteratura, il dialogo competitivo dovrebbe portare ad una maggiore certezza giuridica ed avere effettivamente ricadute positive sulla realizzazione di PPP<sup>180</sup>, garantendo quella flessibilità e quella libertà di azione che le procedure aperte e ristrette non possono offrire. Essendo strutturato in modo più chiaro rispetto alle procedure negoziate, dovrebbe garantire in modo migliore l'oggettività e l'integrità del processo di selezione e offrire una maggiore flessibilità nella fase di ricerca delle soluzioni<sup>181</sup>. Rispetto alle procedure negoziate, inoltre, la nuova procedura prevede una maggior tutela della proprietà intellettuale<sup>182</sup>. Tuttavia, il dialogo competitivo, al contrario della procedura negoziata, una volta presentate le offerte definitive, non ammette trattative ulteriori sulle stesse (art. 6, c. 6, *VgV*) ed è stato quindi accolto con una certa diffidenza soprattutto da parte degli aggiudicatori pubblici<sup>183</sup>. Non è chiaro inoltre quale sia il margine di di-

<sup>179</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien für öffentliche Aufträge und Konzessionen*, KOMM(2004)327, Rdnr. 24. La Commissione cita invece come esempio in cui tale procedura è lecita i casi di lavori in zone caratterizzate da instabilità geologica e sismica dove effettivamente possono verificarsi rischi e costi non prevedibili.

<sup>180</sup> P. Steinberg, *Die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – europarechtliche Genese und nationale Umsetzung*, in *NVwZ*, 2006, 1349 ss. Di opinione contraria invece R. Leinemann-T. Maibaum, *Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie*, in *VergabeR*, 2004, 275 ss., spec. 279; M. Knauff, *Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?*, in *NZBau*, 2005, 249 ss., spec. 252.

<sup>181</sup> M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 649 ss., spec. 657; A. Kus, *Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog*, in *VergabeR*, 2006, 851 ss.

<sup>182</sup> M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 657.

<sup>183</sup> Cfr. *Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch der*

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

scrizione a disposizione dell'aggiudicatore pubblico per stabilire se la complessità del progetto in questione possa legittimare il ricorso al dialogo competitivo; l'indeterminatezza del concetto di "appalti particolarmente complessi" contenuto nell'*ÖPP-BeschlG* provoca nuove incertezze e pone la necessità di chiarimenti<sup>184</sup>. Inoltre non è chiaro il motivo per cui, anche se nelle motivazioni dell'*ÖPP-BeschlG* si riconosce l'utilità di questa procedura per il PPP, vengono comunque poste condizioni per la sua applicazione (v. § 6a *VgV*)<sup>185</sup>. L'efficacia di questa nuova procedura è dunque ancora oggetto di discussione e solo con la sua effettiva applicazione pratica sarà possibile verificarne le eventuali ricadute sulla realizzazione di PPP.

Quale esempio di alcune delle principali problematiche emerse con l'attuazione pratica del PPP si citerà quello del Warnow-Tunnel. Il Warnow-Tunnel è stato il primo "*F-Modell*" realizzato ed è un tunnel che passa sotto il fiume Warnow e va ad affiancarsi al collegamento tra Rostock e Warnemünde. Il contratto di concessione è stato firmato nel 1996 con la società di progetto *Warnowquerung GmbH & Co. KG*, formata dall'impresa edile francese *Bouygues* ed altri investitori privati, ed ha una decorrenza di 30 anni. Il costo totale del progetto è stato di 215 milioni di euro, di cui il 20% è derivato dal capitale proprio investito dal concessionario, il 68% è stato fornito dalle banche e il 12% è rappresentato da finanziamenti pubblici<sup>186</sup>. Il calcolo del pedaggio relativo ai primi tre anni si è basato su una previsione di traffico e utilizzo del tunnel calcolata appositamente per il progetto in questione e sui costi della costruzione, manutenzione e gestione da ammortizzare nell'arco della concessione (questa previsione di traffico è stata fornita nel bando di gara ma non garantita dall'ente aggiudicatore).

A farsi carico del rischio che l'utilizzo reale dell'infrastruttura potesse rivelarsi inferiore a quello pronosticato, e che quindi le entrate derivanti dal pedaggio fossero inferiori a quanto previsto, è stato solamente il privato concessionario. Come unica garanzia, la società di progetto ha preteso dall'aggiudicatore la possibilità di prolungare la concessione nel caso il paga-

*Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien für öffentliche Aufträge und Konzessionen*, 2004, 12 ss.; cfr. anche M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 657.

<sup>184</sup> M. Müller-G. Brauser-Jung, *Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht*, in *NVwZ*, 2007, 885 ss.

<sup>185</sup> Ivi, 889; cfr. anche M. Fleckenstein, *Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, cit., 78.

<sup>186</sup> E. Gawel, *Private Finanzierung von Fernstraßen – Erfahrungen und Probleme*, in *Wirtschaftsdienst*, 2005, 3, 173 ss.

mento del pedaggio venisse sospeso per cause di forza maggiore. La città di Rostock si è impegnata a partecipare a eventuali costi (fino al 50% e comunque fino a massimo 10,26 milioni di euro) solo nel caso in cui si verificano rischi di grande entità, non prevedibili e non imputabili a nessuno (ad esempio calamità naturali) e solo dopo che sia stata verificata la possibilità di ammortizzare le perdite tramite un prolungamento della concessione o altre soluzioni proposte dal concessionario. Il contratto di concessione, inoltre, *non* prevede che l'ente pubblico si impegni a non realizzare progetti potenzialmente in concorrenza con quello in oggetto per tutto l'arco di decorrenza del contratto; il che comporta ovviamente un elevato rischio per il concessionario.

Il problema è che le previsioni relative al traffico, ovvero all'utilizzo effettivo del tunnel, sono state totalmente disattese: le entrate effettive sono state infatti nettamente inferiori alle aspettative, il che ha causato ingenti perdite al partner privato<sup>187</sup>. In particolare, la quantità media dei veicoli che attraversano il tunnel si è rivelata, già nei primi tre anni successivi all'apertura, inferiore alla metà di quella pronosticata. Ciò è derivato in parte da un errore nel calcolo preventivo, in parte dal fatto che gli utenti hanno preferito aggirare il tunnel allungando il tragitto pur di non pagare il pedaggio. A causa di questo errore nella valutazione, le entrate derivanti dal pedaggio non hanno permesso alla società di progetto di coprire i costi secondo le proprie previsioni, il che a sua volta ha generato, nel 2006, un leggero aumento delle tariffe comunque limitato dal timore che un eccessivo innalzamento del pedaggio avrebbe innescato una spirale negativa facendo diminuire gli utenti: un aumento del pedaggio tale da compensare le entrate ridotte avrebbe avuto solo l'effetto di stimolare il ricorso a vie alternative ed è stato dunque non praticabile. In questo modo tuttavia, il problema della copertura dei costi è rimasto aperto e, poiché secondo le disposizioni contrattuali solo il privato è tenuto a farsi carico dei rischi relativi ad un ridotto utilizzo dell'infrastruttura (a parte i casi di forza maggiore o calamità naturale), la società di progetto si è trovata a dover affrontare tale situazione senza poter ricorrere all'aiuto economico dell'aggiudicatore. La soluzione adottata è stata quella di modificare il contratto di concessione in modo da prolungare la concessione per altri 20 anni<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> B. Stüer, *Finanzierung von Straßen – Berichte*, in *DVBl.*, 2007, 231 ss.

<sup>188</sup> Si noti che esattamente gli stessi problemi si sono avuti con lo Herrentunnel di Lübeck. Il tunnel ha sostituito un ponte levatoio che più volte al giorno blocca il traffico per aprirsi e lasciar passare le navi. La concessione, anch'essa della durata di 30 anni, è stata affidata alla *Herrentunnel Lübeck GmbH & Co. KG*, di cui fanno parte le due imprese edili tede-

## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

Nel caso del Warnow-Tunnel, come quello dello Herrentunnel di Lubecca ad esso analogo, si è rivelata particolarmente deficitaria l’allocazione dei rischi che ha invece un’importanza fondamentale per la riuscita del PPP: nei contratti di concessione, sulla base di quanto previsto dal *FStrPrivFinG*, il rischio di una utenza inferiore a quella prevista viene affrontato unicamente dal partner privato e va indirettamente a ricadere sugli utenti (se ad esempio il partner privato decide di far fronte alla riduzione del numero di utenti aumentando il pedaggio), generando così una spirale negativa. A tale situazione si potrebbe ovviare, secondo quanto proposto da parte della dottrina, modificando lo “*F-Modell*” in modo da prevedere la possibilità di un finanziamento pubblico in caso di riduzione non prevedibile dell’utenza. In ogni caso, anche il procedimento di calcolo del pedaggio, secondo quanto riportato dallo stesso Ministero per i trasporti, le costruzioni e l’edilizia, si è rivelato eccessivamente complesso, privo di parametri chiari e certi e pone dunque la necessità di una chiarificazione e di un miglioramento.

Un ulteriore problema emerso nella realizzazione dei due progetti consiste nella “resistenza” degli utenti che hanno difficilmente accettato l’introduzione di un pedaggio e hanno preferito ricorrere a vie alternative pur di non dover sottostare al pagamento<sup>189</sup>. Si tratta di una problematica già nota in Germania che interessa anche il pedaggio imposto ai mezzi pesanti (cd. *Lkw-Maut*) nella rete autostradale e stradale federale dal 2004: non sono pochi i Comuni che hanno visto aumentare il traffico di mezzi pesanti nel proprio territorio fino a percentuali del 70% (!) a causa della cd. “*Mautflucht*” (fuga dal pedaggio), ovvero della strategia dei mezzi pesanti di evitare i tratti a pedaggio scegliendo percorsi alternativi<sup>190</sup>. La diffidenza degli utenti ha poi precise ricadute politiche, in quanto spinge i politici a livello regionale a non sostenere la realizzazione di progetti federali del “modello F” proprio per il timore di perdere elettorato. Si viene così a creare un contrasto tra interesse federale e politica regionale del *Land* – contrasto che può avere un ruolo determinante per il fallimento del progetto di PPP. Da un lato sarebbe opportuno proporre progetti di PPP del tipo “*F-Modell*” solo

sche, *HOCHTIEF e Bilfinger & Berger*. L’investimento di 141 milioni di euro è stato finanziato al 55% da fondi pubblici. Il tunnel è stato aperto nel 2005 e i primi tre anni di attività hanno nuovamente rivelato gravi errori nella prognosi del traffico e quindi delle entrate derivanti dai pedaggi.

<sup>189</sup> Cfr. i dati forniti dal Ministero per il trasporto, le costruzioni e l’urbanistica sul seguente sito: <http://www.bmvbs.de/dokumente/-,302.1001077/Fremddokument/dokument.htm>.

<sup>190</sup> Cfr., ad esempio, C. Stehr, *Mautflucht und die Folgen – mögliche Maßnahmen im Straßenverkehr*, in *NVwZ*, 2006, 645 ss.

dove non sussistono vie alternative o se ne prevede la chiusura; dall'altro i contratti di concessione del "modello F" dovrebbero prevedere un preciso impegno da parte delle autorità locali a non intraprendere progetti "concorrenti" per tutto l'arco di durata della concessione. Parte della dottrina sottolinea inoltre che sarebbe opportuno ricorrere al PPP per progetti urgenti e con un alto potenziale di entrate, ma mantenere invece metodi di approvvigionamento tradizionali per progetti che hanno grande rilevanza regionale e politica a livello comunale e di *Land*<sup>191</sup>. Un'altra possibilità sarebbe quella di ampliare l'ambito di applicazione del *FStrPrivFinG* in modo che esso non sia limitato solo a tunnel, passi montani e ponti ma anche ad altri tratti della rete autostradale e stradale (soprattutto a quelli difficilmente "aggirabili" tramite vie alternative)<sup>192</sup>.

La scelta del Governo è stata quella di preferire allo "*F-Modell*" lo "*A-Modell*" (v. *supra*, § 3.2.)<sup>193</sup>. I progetti già realizzati con il "modello A" sono infatti solo quattro ma sembrano aver dato fino ad oggi dei risultati più soddisfacenti rispetto alle forme di realizzazione convenzionali, permettendo una realizzazione più rapida e rispettando gli standard di qualità. Rispetto al Modello F, il Modello A comporta rischi molto ridotti per il privato: nei tratti di autostrade interessate dai progetti, il rischio di una riduzione degli utenti è molto limitato<sup>194</sup> e comunque i contratti di concessione stipulati prevedono una serie di garanzie per i privati atte a prevenire rischi che mettano in pericolo la rendita del progetto (essi implicano ad esempio in genere un finanziamento pubblico iniziale molto alto ed inoltre, il fatto che sia il *Bund* a riscuotere il pedaggio dai mezzi pesanti, permette una ripartizione del rischio di una diminuzione degli utenti).

## 6. Conclusioni

Dall'esperienza comparata si possono trarre utili indicazioni in senso positivo e negativo per l'esperienza italiana. In primo luogo, i PPP non co-

<sup>191</sup> E. Gawel, *Private Finanzierung von Fernstraßen – Erfahrungen und Probleme*, cit., 178.

<sup>192</sup> *Ibidem*. Sul punto si vedano anche: H.W. Alfen, D. Knopp, *Durchbruch bei Betreibermodellen in Deutschland*, in *Bauingenieur*, 2000, 1, p. 13; H.W. Alfen, H. Mayrzedt, H. Tegner, *PPP-Lösungen für Deutschlands Autobahnen – Empfehlungen für eine erfolgreiche Umsetzung*, Weimar, 2004, 60.

<sup>193</sup> Si vedano i dati forniti sul sito del Ministero federale dei trasporti: <http://www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB-LA/oepp-im-bundesfernstrassenbau-uebersicht-einzelprojekte-stand-fruehjahr-2010.html?nn=35602#doc22860bodyText1>.

<sup>194</sup> M. Burgi, *Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen*, cit., 655.



## il partenariato pubblico-privato nel regno unito e in germania

stituiscono la soluzione miracolosa. È opportuno invece che per ciascun progetto si valuti se il partenariato apporti realmente un valore aggiunto allo specifico servizio o ai lavori pubblici in questione, rispetto ad altre opzioni più tradizionali. Per fare ciò è opportuno che si adottino, come nel Regno Unito, delle chiare linee guida e dei modelli contrattuali standardizzati, per facilitare la scelta da parte delle amministrazioni delle procedure più adeguate alle rispettive esigenze.

In secondo luogo, la strada per l'Italia deve essere quella di correggere le asimmetrie informative nel rapporto tra partner pubblico e privato – asimmetrie che determinano serie difficoltà nella allocazione ottimale del rischio. Tale ripartizione rappresenta, come si è visto, uno degli aspetti più importanti e problematici di tutto il partenariato ed è operazione estremamente complessa e priva di parametri definiti a livello giuridico (in questa direzione si sta muovendo tuttavia il Regno Unito).

C'è bisogno inoltre, in Italia, di fare valutazioni di sintesi che si fondino su dati inequivocabili (purtroppo raramente disponibili) sulle *performance* delle gare (partecipanti, tempi ecc.), sui progetti (tempi di completamento, qualità del servizio, rinegoziazione ecc.), sull'operato delle P.A. Tuttavia, in Italia, diversamente da quanto rilevato per il Regno Unito, mancano ad oggi anche degli indici di gradimento o meno da parte degli operatori e un monitoraggio approfondito sui progetti conclusi e su quelli in corso.

Altro aspetto centrale è il problema connesso alle modifiche dei progetti successive alla stipula dei relativi contratti. Si tratta di una questione delicata che riguarda non solo l'Italia e che comporta alti costi di transazione a carico delle pubbliche amministrazioni. Su ciò il Governo inglese si sta muovendo con fermezza, a dispetto delle critiche che gli vengono mosse dal settore privato. Sull'esempio inglese e tedesco si potrebbe inoltre prevedere una normativa fiscale specifica per il settore, a tutt'oggi inesistente in Italia. Lo stesso vale per le procedure di valutazione dell'economicità dei progetti e di monitoraggio delle diverse fasi di realizzazione dei progetti PPP: i due Paesi analizzati mostrano un ampio spettro di esempi, sia negativi che positivi, che è fondamentale tener presente al fine di prevenire gravi fallimenti quali quelli verificatisi ad esempio a Londra o a Rostock.

Infine, il problema più serio è rappresentato dai rischi di contenzioso, alimentati dalla complessità delle procedure e legati alla discrezionalità della amministrazione o alla impossibilità della stessa di assicurare il rispetto delle proprie obbligazioni di pagamento – problema che caratterizza il caso italiano e che allontana i capitali privati, italiani e stranieri.

*Abstract*

*Over the last decade, the phenomenon of the Public – Private Partnership (PPP), that is of all the forms of cooperation between public authorities and private companies directed to support, build, renovate, manage, or maintain an infrastructure or provide a service, has had a relevant impulse in European Countries, largely due to the need to make up for the usual shortage of funding by the State. The essay analyses the forms of Public-Private Partnership in the experiences of the U.K. and Germany from the points of view of: 1) support of the two Governments to promote the institution; 2) the forms of partnership in force in these countries; 3) the reference juridical outline; 4) the problems concerning its achievement surveying the state of the art of Italian situation and the development prospects in our own system.*

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI

## QUADRARE IL CERCHIO TRA EFFICIENZA, QUALITÀ E ACCESSO UNIVERSALE ALLA SANITÀ. LA RIFORMA TORY DEL NATIONAL HEALTH SYSTEM INGLESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *new public management* e il NHS. – 3. Privatizzazione, mercato e regolazione. – 4. *Liberating the NHS?* – 4.1 La riorganizzazione centrale. – 4.2 Le nuove autorità locali con funzioni di committenza e il ruolo dei pazienti. – 4.3 La partecipazione dei pazienti e delle comunità locali. – 4.4 La competizione tra i fornitori e le funzioni di regolazione del “mercato sanitario”. – 5. Evoluzione o rivoluzione?

### 1. Premessa

Nel luglio 2010, il governo britannico da pochi mesi in carica ha pubblicato un libro bianco, intitolato *Equity and Excellence: Liberating the NHS*, sulla cui base è stato poi presentato al Parlamento un ambizioso disegno di legge di riforma del *National Healthcare System* (d’ora in avanti, NHS)<sup>1</sup>. Il progetto, infatti – nell’ambito dell’intento comune a tutti i sistemi sanitari europei del contenimento della spesa – punta a una ristrutturazione del sistema sanitario inglese, intervenendo su aspetti comunemente ritenuti qualificanti della responsabilità pubblica in materia di sanità, particolarmente nei sistemi cosiddetti universalistici. Dei sistemi sanitari di questo tipo – come quello italiano, dopo la grande riforma del 1978 – il NHS è notoriamente considerato il punto di riferimento storico. Questa circostanza pare di per sé giustificare uno studio sulla filosofia e i principali aspetti del progetto di riforma e sull’ampio dibattito che ne è scaturito.

<sup>1</sup> Il libro bianco è reperibile a [http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh\\_117794.pdf](http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_117794.pdf); il testo del disegno di legge a <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmbills/132/11132.24-30.html>.

Avvertenza: nel testo con l’abbreviazione “c.” (*clause*) ci si riferisce agli articoli del disegno di legge, con l’abbreviazione “s.” (*section*) agli articoli del *NHS Act* del 2006 che vengono modificati o sostituiti, con l’abbreviazione “P.” alle parti in cui è suddiviso il disegno di legge.

Il lavoro si articola in tre parti.

La prima fornisce un sintetico quadro della struttura attuale della *NHS* inglese soprattutto dal punto di vista della questione – centrale anche nelle discussioni sulla riforma – del rapporto tra servizio pubblico e mercato.

La seconda, e più ampia, è dedicata all'analisi dei punti salienti del progetto di legge nelle sue due successive versioni. Dopo la prima fase di esame nella *House of Commons*, e un ampio dibattito che ha coinvolto tanto l'opinione pubblica quanto i numerosi portatori d'interessi, infatti, nel luglio 2011 il disegno di legge è stato modificato secondo le indicazioni fornite da un gruppo di studio indipendente appositamente costituito dal governo (*NHS Future Forum*)<sup>2</sup> e quindi approvato dalla *House of Commons* il 7 settembre 2011 per essere trasmesso alla *House of Lords*. I cambiamenti suggeriti dal *Future Forum* sembrano andare nel senso della reintroduzione di elementi propri del servizio pubblico in un'impostazione (in ipotesi) di orientamento liberista. Secondo una diffusa opinione, infatti, il progetto del nuovo governo conservatore sarebbe quello di trasformare il *NHS* da sistema in cui l'acquisto e la fornitura dei servizi dipendono ancora in buona parte dallo Stato a sistema in cui le prestazioni sono fornite da un novero di soggetti autonomi sia pubblici sia privati nell'ambito di un "mercato sanitario". È, peraltro, oggetto di discussione se gli emendamenti apportati abbiano inciso sostanzialmente sull'originaria struttura del disegno di legge.

Nella terza parte si tenta una prima valutazione dei *pro* e *contra* del progetto di riforma e delle sue prospettive. Il principale insegnamento di carattere generale che si ricava dal caso di studio è l'estrema difficoltà di coniugare – al fine di rispondere all'imperativo della riduzione delle risorse senza abbandonare i principi universalistici del servizio sanitario – razionalizzazione organizzativa dell'amministrazione pubblica e apertura al mercato, strategie assunte entrambe come mezzi per aumentare l'efficienza, efficacia e qualità del servizio.

## 2. Il *new public management* e il *NHS*

L'obiettivo dell'apertura al mercato delle prestazioni sanitarie garantite dal servizio sanitario, affonda le radici in precedenti stagioni di riforme. La

<sup>2</sup> Il gruppo era composto di 45 membri e ha consegnato le proprie considerazioni al Governo il 13 giugno 2011. Il rapporto generale e i quattro rapporti settoriali sono reperibili a [http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH\\_127443](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_127443).

corrente del cd. *new public management*<sup>3</sup> ha, infatti, fortemente influenzato la politica sanitaria inglese degli ultimi trent'anni. Le decisioni di riformare l'organizzazione del NHS, nel 1982, e nel 1990 di introdurre il modello del quasi-mercato, costituiscono l'archetipo di questa filosofia<sup>4</sup>. Sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, le varie riforme succedutesi sono state caratterizzate dalla convinzione che la competizione tra fornitori dediti (anche) al profitto avrebbe incrementato la qualità e l'efficienza del settore.

Il partito laburista, a sua volta, dopo essere giunto al potere nel 1997, non ha fatto molto per modificare le basi del *new public management*, e anzi, nel corso del tempo, ha finito per adottare politiche dirette a incrementare la presenza del mercato nella sanità pubblica.

In sostanza, ai due grandi periodi politici che hanno contraddistinto la storia britannica recente si suole far corrispondere due distinte stagioni di *market-based reforms*. Quella degli anni Novanta, la cui filosofia si può leggere nel libro bianco *Working for Patients* del 1989, e quella a partire dal 2002, delineata nel documento *Delivering the NHS Plan: next steps on investment* e completate con la riforma del 2006 (NHS Act, 2006).

Al primo periodo risale la scelta di separare nell'organizzazione del NHS il ruolo degli acquirenti da quello degli erogatori delle prestazioni, creando quello che fu chiamato "mercato interno". In particolare furono identificati due tipi di compratori per conto dei pazienti: le *district health authorities* (poi semplicemente *health authorities*)<sup>5</sup>, originariamente strutture periferiche (regionali) del Dipartimento della salute, ricevevano fondi su base capitaria in base a criteri demografici per acquistare servizi ospedalieri nelle rispettive aree geografiche, mentre le *general practitioners fundholding* erano gruppi di medici di base che decidevano di destinare parte del budget per acquistare prestazioni scelte dai propri pazienti.

L'intento era che i compratori potessero scegliere le prestazioni più adatte al miglior prezzo. I servizi potevano essere acquistati sia dalle strutture pubbliche del NHS (tra cui i *NHS Trusts*) sia da erogatori indipendenti. I *GP fundholders* avrebbero dovuto essere incentivati dalla possibilità di reinvestire liberamente nell'ambito dell'attività ordinaria ogni avanzo di bilancio ottenuto dalla gestione efficiente dei fondi.

<sup>3</sup> Sull'ideologia e la pratica del *New Public Management* v. C. Pollitt, *Managerialism and the Public Services*, Oxford, Blackwell, 1993; *Id.*, *Managerialism Revisited*, in *Taking stock: assessing public sector reforms*, a cura di B.G. Peters, D.J. Savoie, McGill-Queen's Press, 1998, 45 ss.

<sup>4</sup> Sul quasi-mercato v. S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2009, 182-186.

<sup>5</sup> V. *Health Authorities Act*, 1995 (s. 17), in [http://www.opsi.gov.uk/acts1995/ukpga\\_19950017\\_en\\_1# 1g1](http://www.opsi.gov.uk/acts1995/ukpga_19950017_en_1# 1g1).

Al secondo periodo di riforme incidenti sul “mercato” si riconduce l’introduzione di altri due meccanismi operanti in modo distinto. Quello relativo alla scelta dell’erogatore del servizio da parte dei pazienti<sup>6</sup> e quello relativo all’acquisto dei servizi da parte dei committenti nel mercato interno. In quest’ultimo si intendeva stimolare la competizione tra i fornitori di servizi specialistici e cure secondarie sia sulla scelta dei trattamenti da parte dei singoli pazienti sia sulla aggiudicazione dei contratti per le prestazioni specialistiche (*acute contracts*) con i *Primary Care Trust (PCTs)*<sup>7</sup> e i medici di base<sup>8</sup>. I *PCTs*, operanti sotto la supervisione di dieci autorità sanitarie regionali (*SHAs*), hanno il compito di fornire e commissionare i servizi sanitari alla popolazione rientrante nel proprio bacino geografico di riferimento, e in particolare sono responsabili per l’assistenza primaria, l’ospedalizzazione, la promozione della salute della comunità e l’assistenza odontoiatrica.

Ai pazienti era inizialmente garantita la possibilità di scegliere tra almeno quattro fornitori, uno dei quali privato, attraverso un sistema di prenotazione operante a livello nazionale (*Choose and Book System*)<sup>9</sup>. Dal 2008 la scelta può essere esercitata nei confronti di qualsiasi erogatore disponibile, pubblico o privato, accreditato dalla *Care Quality Commission*.

Anche il sistema dei pagamenti fu modificato in direzione di un innalzamento della concorrenza tra i prestatori. In particolare in luogo di remunerare gli ospedali “a corpo”, s’introdusse il criterio del numero dei pazienti trattati. Questo sistema è comunque sensibilmente differente dal modello di “mercato” cui si pensava negli anni Novanta, poiché la competizione non riguarda i prezzi ma la qualità del servizio. Il sistema dei prezzi è, infatti, ab-

<sup>6</sup> Nel citato *Delivering the NHS Plan* si legge: «for the first time patients in the NHS will have a choice over when they are treated and where they are treated. The reforms we are making will mark an irreversible shift from the 1940s ‘take it or leave it’ top down service. Hospitals will no longer choose patients. Patients will choose hospitals» (*Delivering the NHS Plan: next steps on investment, next steps on reform*. Cm 5503. London: DH, HSMO; 2002).

<sup>7</sup> La istituzione dei *PCTs* nel 2006 ha sostituito il precedente disegno in base al quale erano i *primary care groups (PCGs)* a ricevere i fondi per l’acquisto dei servizi sanitari, che a loro volta avevano sostituito i *GP fundholders*.

<sup>8</sup> Che su base volontaria potevano continuare ad acquistare le cure secondarie per conto dei propri pazienti. I *GP fundholding* furono trasformati in «*practice-based commissioning*», con il compito di venire maggiormente incontro alle esigenze delle comunità locali e soprattutto di diminuire il tasso di ricovero ospedaliero mantenendo le cure più semplici nell’ambito dei servizi primari.

<sup>9</sup> <http://www.chooseandbook.nhs.uk/>.

bastanza rigidamente controllato dal centro mediante il ricorso a tariffe<sup>10</sup> e condizioni contrattuali predeterminate secondo un complesso insieme di criteri e parametri<sup>11</sup>.

Un ulteriore versante di intervento in direzione pro-concorrenziale è quello relativo alla “privatizzazione” degli ospedali. Fin dagli anni Novanta gli ospedali sono stati spinti a trasformarsi in fondazioni non-profit (*National Health Service Trusts*), governate da consigli di amministrazione nominati dal governo nazionale e generalmente rappresentanti le autorità locali, ma chiamate a operare secondo criteri di economicità ed efficacia gestionale.

Più di recente il *NHS Act* del 2006 ha introdotto e disciplinato la nuova figura del *NHS foundation trust* «a public benefit corporation which is authorised [...] to provide goods and services for the purposes of the health service in England» (s. 30, ch. 5). Per essere ammesso a operare all'interno del NHS, il *foundation trust* deve essere autorizzato da un organismo indipendente (*Regulator of NHS Foundation Trusts*, c.d. Monitor) sulla base di una richiesta che specifichi sia i beni e servizi che la fondazione ospedaliera intende somministrare sia lo schema di statuto, che a sua volta deve rispondere a determinati requisiti fissati nella medesima legge (*Schedule 7*).

I *foundation trusts* sono soggetti formalmente “indipendenti”, ma la cui struttura di governo e la cui attività sono in buona parte funzionalizzate attraverso sia disposizioni di carattere legislativo sia il suddetto potere autorizzatorio. Inoltre, differentemente dalle *commercial corporations*, i profitti delle *NHS foundations* devono essere reinvestiti nei servizi e non distribuiti tra i soci. D'altra parte, queste fondazioni possono accedere a capitali privati ed

<sup>10</sup> Per la determinazione delle tariffe si impiega un indice definito *Market Forces Factor*, che mira a riequilibrare le differenze di costi dipendenti dai diversi contesti territoriali, tenendo conto delle variazioni in termini di personale, equipaggiamenti, infrastrutture, ecc., e che sono chiamati «*unavoidable costs*». Questi ultimi sono, vale a dire, quelli su cui i fornitori non possono esercitare alcuna significativa influenza. Si tratta, in breve, di un meccanismo simile a quello che, nel contesto dei servizi economici di interesse generale, consente la remunerazione degli obblighi di servizio universale. V. Department of Health, *Payment by Results. PbR and the Market Forces Factor (MFF) in 2010-11*, in [http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh\\_112950.pdf](http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_112950.pdf).

<sup>11</sup> Se ne può avere un'idea esaminando il *Code of Conduct for Payment by Results* del marzo 2009 adottato dal Dipartimento per la salute, consultabile a [http://www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/documents/digitalasset/dh\\_096304.pdf](http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_096304.pdf), nonché lo schema di contratto standard (*Standard Nhs Contract For Acute Services*), sempre adottato dal Dipartimento per la salute, per la fornitura di servizi sanitari secondari da utilizzare obbligatoriamente per la disciplina dei rapporti tra i PTCs e qualunque provider (reperibile in [http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH\\_091451](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_091451)).

esercitare una certa autonomia nel disegnare il proprio assetto di governo. Gli ospedali non sono, in breve, finanziati direttamente dal *NHS*, ma traggono le proprie entrate, da un lato, fornendo servizi ai soggetti committenti per conto del *NHS*, dall'altro lato, dalle assicurazioni private e dai singoli pazienti al di fuori del servizio pubblico.

Come si può notare da questo rapido quadro, le frequenti innovazioni normative hanno avviato un processo che vede la coesistenza tra parti del tradizionale sistema pubblico e nuove strutture di committenza e di prestazione.

Se la maggior parte dei servizi sanitari è ancora fornita dai *NHS Trusts*, il numero delle *NHS foundations* è andato gradualmente crescendo (oggi circa metà degli ospedali hanno acquisito lo status di fondazioni). I *Foundation trusts*, come osservato, sono autonomi dal Ministero della salute (*Department of Health*), essendo posti sotto il controllo di un organo indipendente di regolazione. Inoltre, la diffusione di soggetti indipendenti come fornitori di servizi sanitari è aumentata, soprattutto attraverso il ricorso a contratti di appalto nazionali con centri di trattamento di eccellenza per determinate prestazioni sanitarie.

Anche la libertà di scelta dei pazienti tra una pluralità di fornitori, pubblici e privati, purché aventi i requisiti di qualità fissati dallo Stato e disposti a praticare le tariffe del *NHS*, è divenuta un elemento del sistema normativo sanitario inglese, sebbene vi siano dubbi sul suo concreto operare.

Ciononostante, il perno del sistema vigente è ancora rappresentato dai *PCTs*, le strutture territoriali pubbliche, le quali, da una parte, gestiscono i servizi di cure primarie (dai medici di famiglia alle farmacie), dall'altra – essendo destinatarie della quota capitaria – finanziano le strutture ospedaliere, il tutto sotto la responsabilità ultima e diretta del Ministro della salute.

Inoltre, un fattore importante da considerare è quello relativo alla presenza nel sistema di un organismo di regolazione, con caratteri di parziale autonomia dall'esecutivo, la menzionata *Care Quality Commission (CQC)*. I compiti della *CQC* sono strettamente legati alla promozione della qualità del servizio in un'ottica centrata sulla tutela della salute come diritto fondamentale. Nonostante l'orientamento al mercato delle varie ondate di riforme, pertanto, buona parte dell'attività di regolazione in questa area del diritto pubblico rimane essenzialmente legata a finalità sociali. Come si è sottolineato in dottrina, questo è ancora il settore in cui i diritti umani forniscono la più ampia e solida base di riferimento<sup>12</sup>. Questo approccio ap-

<sup>12</sup> T. Prosser, *The Regulatory Enterprise, Government, Regulation, and Legitimacy*, Oxford,



pare rinforzato dall'*Health Act* del 2009, che richiede a tutti i soggetti del *NHS* di ispirare la propria azione alla cosiddetta *NHS Constitution*. Quest'ultima è stata elaborata dal Governo laburista nel 2008 e poi recepita nel *National Health Act*<sup>13</sup>. Il suo primo articolo prevede che il *NHS* assicuri un servizio comprensivo, accessibile a tutti, senza distinzioni di genere, razza, disabilità, età, sesso, orientamenti o credenze, con un esplicito richiamo ai diritti umani e al dovere sociale di promuovere l'eguaglianza. La natura giuridica della *Constitution* è oggetto di discussione. In uno dei documenti che la compongono si legge che il suo scopo è quello di rendere pienamente consapevoli staff, pazienti e cittadini del proprio ruolo, esponendo in un unico testo e in modo semplice e chiaro i diritti che l'ordinamento già riconosce e gli impegni che il *NHS* assume. In dottrina si è pertanto sostenuto che non si tratterebbe di un'autonoma fonte di rapporti giuridici<sup>14</sup>. Il suo recepimento nella legislazione primaria, con l'esplicito obbligo per le istituzioni di osservarne i principi, costituisce in ogni caso un elemento dialettico rispetto all'orientamento al mercato. Non a caso l'indicazione fondamentale fornita dal *Future Forum* è relativa alla necessità di porre la *NHS Constitution* al centro della riforma.

### 3. Privatizzazione, mercato e regolazione

Il dibattito sulla compatibilità dei meccanismi del mercato concorrenziale con la missione del servizio sanitario pubblico procede ormai da anni senza che si trovino punti di accordo tra i contendenti<sup>15</sup>. Questo è inevitabile perché quasi sempre le basi di partenza sono costituite da forti presupposti di natura ideologica piuttosto che da evidenze empiriche.

OUP, 2010, 134. La dialettica diritti umani-mercato può essere plasticamente raffigurata nel contrasto che negli ultimi anni ha contrapposto la *CQC*, impegnata in una regolazione con finalità sociali, al *Monitor*, che interpreta invece il suo ruolo, che formalmente riguarderebbe soltanto i *Foundation Trusts*, come quello di un tipico regolatore economico. In tema T. Prosser, *op. cit.*

<sup>13</sup>V. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/21/contents#>.

<sup>14</sup>V. C. Tubertini, *Riforme sanitarie e tutela della salute: alla ricerca di un giusto equilibrio tra garanzia e sostenibilità finanziaria*, in *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, a cura di A. Pioggia, S. Civitarese Matteucci, G.M. Racca, M. Dugato, Rimini, Maggioli, 2011, 152.

<sup>15</sup> Il tema riguarda in generale tutta l'area dei servizi sociali, all'insegna della transizione dall'ottica dei "bisogni" a quella della "scelta". Per una sintesi del dibattito v. E. Palmer, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Oxford and Portland, Oregon, 2007, 200 ss.

I critici dell'idea stessa di un mercato sanitario paventano il rischio di pregiudicare uno dei valori fondanti del *welfare state*, la cosiddetta etica del servizio pubblico (*ethos of the health service*)<sup>16</sup>, partendo dalla assunzione che i fornitori privati non sarebbero incentivati a migliorare la qualità del servizio, ma piuttosto ad agire sulla percezione degli utenti attraverso vere e proprie strategie di *marketing*<sup>17</sup>. Per una serie di motivi in sanità non funzionerebbe l'idea che la competizione generi continui miglioramenti in termini di innovazione tecnologica e costi. Questi motivi, dal punto di vista della teoria economica, sono costituiti dalle asimmetrie informative, particolarmente accentuate nel settore sanitario ove i pazienti sono in qualche misura «in balia» degli esperti<sup>18</sup>, e da fattori quali l'incertezza e la selezione avversa.

Viceversa – mentre è marginale l'idea che sia desiderabile avere un mercato sanitario completamente liberalizzato<sup>19</sup> – altri ritengono che vi siano dei benefici che solo la concorrenza riesce ad assicurare (efficienza, innovazione, migliore capacità di risposta a errori e difficoltà), e quindi la sfida per i «*policymakers in health care, [...], is best framed less as a choice between markets and the alternatives; more as to the optimum balance between them. Markets can deliver real benefits, but only in an environment that is both committed to letting them work; and carefully regulated in order to correct for market failure and uphold certain collective choices*»<sup>20</sup>.

L'obiettivo sarebbe costruire un «*market-driven health care*». Vale a dire una competizione tra le strutture di produzione dei servizi “guidata” dalle scelte dei consumatori stessi e compatibile con i principi fondativi del

<sup>16</sup> D'altra parte vi è chi ritiene che «*the biggest challenge posed by the marketization of the NHS, though, is cultural. Traditionally, the NHS has been dominated by the interests of government, managers and the medical profession; a combination that has not always acted in the interests of patients. The system has tended to reward those who are willing to conform and “play the game”, rather than those who are willing to break the mould. Few people, for example, have had experience of buying and selling health services; nor of a service being decommissioned because it is not good enough. Patients, above all, have had little real power*» (J. Gubb, O. Meller-Herbert, *Markets in Health Care. The Theory Behind the Policy*, London, Civitas, 2009, 61).

<sup>17</sup> V.T. Endicott, *Administrative Law*, Oxford, OUP, 2009, 564.

Per una sintetica ma molto efficace analisi costi-benefici dell'apertura della sanità al mercato v. J. Gubb, O. Meller-Herbert, *Markets in Health Care*, cit., spec. cap. I.

<sup>18</sup> In tema da ultimo v. L. Arcangeli, *Approcci alla regolazione e tendenze emergenti nei servizi sanitari regionali*, in C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi, A. Tardiola, a cura di, *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010, 153 ss.

<sup>19</sup> Per un punto di vista contro concorrente, ma interessante, v. C.M. Christensen, *The Innovator's Prescription. A Disruptive Solution for Health Care*, Mc Graw Hill, 2009, spec. cap. 11.

<sup>20</sup> J. Gubb, O. Meller-Herbert, *Markets in Health Care*, cit., 9 (corsivo nell'originale).

## la riforma tory del national healthcare system inglese

NHS: «free at the point of use and available to everyone based on need, not ability to pay»<sup>21</sup>.

Uno dei profili maggiormente enfatizzati riguarda, non a caso, le modalità di partecipazione e coinvolgimento degli utenti nelle decisioni di politica sanitaria di somministrazione dei servizi. Su questo il *Future Forum* ha prodotto un apposito rapporto, *Patient Involvement and Public Accountability*. Inoltre, il rapporto più importante del *Future Forum*, quello che in qualche modo compendia la posizione (poi fatta propria del governo) sulle condizioni di compatibilità tra servizio pubblico e concorrenza, è significativamente intitolato *Choice and Competition*.

Se si allarga lo sguardo al di fuori dell'Inghilterra, si nota che alle varie ipotesi di "privatizzazione" si accompagna sempre una più o meno intensa disciplina di regolazione che ha lo scopo di garantire il mantenimento della missione del servizio pubblico, ossia la copertura universale e il rispetto di parametri minimi di qualità e costo<sup>22</sup>.

Il punto, in definitiva è non solo se e quanto spazio alla competizione e ai privati e quanto alla regolazione e all'intervento pubblico, ma anche quale spazio. Un profilo che è stato messo in luce in uno studio recente è quello, per esempio, relativo al fatto che sinora l'attenzione degli studiosi e dei *policy-makers* è stata calamitata dalla competizione tra fornitori per i servizi specialistici e le cure ospedaliere, i cosiddetti servizi secondari. Le evidenze empiriche sembrano, tuttavia, indicare che è invece nell'ambito dei servizi primari, la cosiddetta medicina di base, che la concorrenza può spiegare gli effetti benefici che si suole attribuire al corretto funzionamento di un mercato concorrenziale<sup>23</sup>.

È pressoché un truismo osservare, quindi, che è molto difficile stabilire la giusta miscela tra mercato e intervento pubblico e soprattutto scegliere su quali leve agire.

Alcuni studi recenti mostrano come si rinvengano crescenti somiglianze tra i tre idealtipi di sistemi sanitari presenti nel mondo, quello universalistico, quello basato sulle assicurazioni sociali e quello basato sulle assicurazioni private. Tutti si trovano a dover fronteggiare problemi analoghi,

<sup>21</sup> Department of Health, *Equity and excellence*, cit.

<sup>22</sup> Per una analisi dei rischi connessi alle politiche di privatizzazione sanitaria in Europa, interessante perché in una prospettiva che considera particolarmente gli Stati ex socialisti, v. T. Albrecht, *Privatization processes in health care in Europe: a move in the right direction, a "trendy" option, or a step back?*, in *European Journal of Public Health*, 2009, 19: 448-451.

<sup>23</sup> P. Dash, D. Meredith, *When and How Provider Competition Can Improve Healthcare Delivery*, in *Mc Kinsey Quarterly*, 2010, 3.

soprattutto di crescita della spesa, che non possono essere risolti con misure ordinarie. Vengono percorse, allora, strade nuove che conducono all'emersione di sistemi nazionali "ibridi" e tendenti a convergere proprio sotto il profilo della combinazione tra "privatizzazione" e regolazione<sup>24</sup>.

Nel NHS inglese, nonostante la suddetta progressiva apertura a forme di competizione (agendo sul versante della concorrenza tra fornitori e in parte su quello organizzativo della cosiddetta "aziendalizzazione") le principali questioni sul tappeto in merito all'ottimale impiego dei (supposti) benefici di un mercato sanitario riguardano la rigidità dei prezzi fissati a livello nazionale e più in generale un forte controllo politico sulla spesa; la carenza di appropriate informazioni; la capacità delle autorità committenti di valutare adeguatamente la qualità del servizio offerto e la stessa rispondenza degli erogatori, in particolare gli ospedali e le cliniche, ai requisiti finanziari e organizzativi per essere accreditati nel sistema<sup>25</sup>.

Problemi che, dunque, sono sullo sfondo del progetto di riforma, il quale però, a detta dei non pochi critici, avrebbe l'obiettivo di smantellare il servizio pubblico universale, facendo pendere l'ago della bilancia troppo sul lato del mercato. Su questi aspetti insistono buona parte delle considerazioni e raccomandazioni fornite dal *Future Forum*.

#### 4. *Liberating the NHS?*

Il fulcro delle proposte contenute nel libro bianco del 2010 non sembra, invero, costituito dal ricorso al mercato. I principali obiettivi dichiarati del disegno di legge, attraverso la modifica del *National Health Service Act* del 2006, sono racchiusi in tre punti-chiave: creare un NHS "guidato" dai pazienti; migliorare l'efficacia del sistema sanitario; aumentare autonomia e responsabilità all'interno del NHS. Per fare questo vengono individuati quattro gruppi di misure. Il primo gruppo riguarda il cambiamento delle modalità di somministrazione del servizio attraverso un ampio coinvolgimento dei medici di famiglia (*GPs*), riuniti in nuovi organismi di committenza (*clinical commissioning groups*), e coordinati da una nuova autorità centrale posta al di fuori degli uffici della Corona (*Commissioning Board*). Il secondo riguarda l'incremento del controllo dei pazienti con l'istituzione di nuovi or-

<sup>24</sup> A. Schmid, M. Cacace R. Götze, H. Rothgang, *Explaining Health Care System Change: Problem Pressure and the Emergence of "Hybrid" Health Care Systems*, in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 2010, 35, 455 ss.

<sup>25</sup> Per tali punti v. J. Gubb, O. Meller-Herbert, *Markets in Health Care*, cit., 56 ss.

## la riforma tory del *national healthcare system* inglese

ganismi rappresentativi. Il terzo una maggiore libertà per i fornitori del *NHS* sull'assunto che questo consenta loro di migliorare la qualità delle prestazioni. Il quarto attiene alla promozione dell'efficienza attraverso una nuova regolazione economica ed è evidentemente quello che comprende l'aspetto della promozione di una maggiore competizione.

Secondo i redattori del disegno di legge le misure proposte, e in particolare i quattro punti sopra indicati, sarebbero in grado al tempo stesso di assicurare la qualità del servizio e di conseguire consistenti risparmi di spesa. Su questo profilo si tornerà più avanti, ma è opportuno qui ricordare che un severo abbattimento dei costi era già previsto nel piano predisposto nel 2009 dal direttore generale del *NHS* (*Chief Executive*), Sir David Nicholson, conosciuto come «*Nicholson Challenge*», secondo cui ogni anno a partire dal 2011-12 il *NHS* dovrà conseguire risparmi di spesa pari al 4%, sino a giungere al 2015 con un risparmio di venti miliardi di sterline<sup>26</sup>.

La realizzazione dei suddetti punti-chiave della riforma è affidata soprattutto a una serie di innovazioni in senso lato organizzative.

### 4.1. La riorganizzazione centrale

A) *Il nuovo ruolo del Ministro per la salute (Secretary of State)*. Uno dei punti qualificanti nel libro bianco e nell'originario disegno di legge (da ora anche dl1) consiste nella riconfigurazione e ridimensionamento del ruolo del Ministro della salute (*Secretary of State*). L'intento, come si legge nel libro bianco, è quello di ridefinire il rapporto tra governo e *NHS* per incrementare la trasparenza e la stabilità, limitando la possibilità del Ministro di intervenire direttamente sulla gestione del servizio.

Il progetto di legge distingue, quindi, tra le funzioni del Ministro connesse al benessere pubblico e quelle volte ad assicurare i servizi direttamente somministrati dal *NHS*. Secondo il regime attuale il Ministro per la salute

<sup>26</sup> Come si legge in un rapporto della *House of Commons Committee Health*, si tratta di un piano senza precedenti nella storia del *NHS* inglese e mai realizzato in nessun sistema sanitario al mondo. Questo è senza dubbio uno dei profili di maggiore tensione, poiché – ribaltando l'impostazione della coalizione di governo – altri osservano che proprio la concomitanza tra una riforma così profonda del sistema sanitario e il tentativo di conseguire risparmi di spesa senza precedenti, rende il progetto di riforma «*mad*» (una «pazzia»): «*What do you call a government that embarks on the biggest upheaval of the NHS in its 63 year history, at breakneck speed, while simultaneously trying to make unprecedented financial savings? The politically correct answer has got to be: mad.*» T. Delamothe, F. Godlee, *Dr Lansley's Monster*, in *BMJ*, 2011, 342-408.

ha la responsabilità diretta dell'espletamento del servizio sanitario pubblico, sebbene di fatto le relative funzioni siano esercitate dalle *Strategic Health Authorities* e dai *PCTs* ai sensi della sezione 7 del *NHS Act*.

Nel disegno di legge al Ministro vengono lasciati i compiti di promozione di un più comprensivo servizio finalizzato alla cura del benessere collettivo e della salute pubblica (per esempio informazione, campagne di prevenzione, di immunizzazione, etc.), ma sottraendogli le funzioni di gestore del servizio sanitario da trasferire a nuovi organismi (*Board and clinical commissioning groups*)<sup>27</sup>.

In termini generali, l'obiettivo appare quello di recidere il cordone ombelicale tra il governo e il funzionamento del servizio sanitario, allo scopo dichiarato di liberare il *NHS* da indebite interferenze politiche. Anche di là dagli espressi enunciati normativi, però, uno dei cardini della concezione del servizio sanitario inglese come servizio "nazionale" è, sin dal 1948, che lo Stato sia il responsabile ultimo della garanzia della continuità, accessibilità e gratuità del servizio. Non c'è quindi da sorprendersi se questo aspetto è stato particolarmente enfatizzato nel dibattito scaturito dal disegno di legge e se la prima raccomandazione del *Future Forum* riguarda appunto il ruolo del Ministro per la salute.

La disposizione chiave è quella contenuta nella sottosezione (2) della sezione 1 del *NHS Act 2006* secondo cui «*The Secretary of State [...] provide or secure the provision of services in accordance with this Act*». Questa proposizione risulta modificata dal dl1 nel senso che il Ministro deve agire «*with a view to securing the provision of services for the purposes of the health service in accordance with this Act*». Come si vede, la differenza letterale riguarda l'assenza del verbo «*provide*», ciò che vorrebbe appunto significare che il Ministro agisce per assicurare che il servizio sanitario funzioni secondo i suoi principi, ma non si preoccupa più direttamente del servizio. Di conseguenza viene modificata anche la previsione che attualmente specifica in cosa consiste il dovere del Ministro di provvedere alla somministrazione dei servizi sanitari «*throughout England, to such extent as he considers necessary to meet all reasonable requirements*»<sup>28</sup>. Questo dovere verrebbe, infatti, attribuito a ciascun *clinical*

<sup>27</sup> Il ruolo dei poteri pubblici (Ministro e autorità locali) emerge in particolare dalla nuova sezione 2B del *NHS Act*, «*Functions of local authorities and Secretary of State as to improvement of public health*» (P I, c. 8), secondo cui tanto le autorità locali quanto il Ministro devono adottare tutte le misure che considerano appropriate per migliorare la salute delle rispettive comunità di riferimento.

<sup>28</sup> Vale a dire la degenza ospedaliera o di altro tipo, le cure mediche, dentistiche, oculistiche, infermieristiche, il pronto soccorso, i servizi relativi all'assistenza alle donne durante

## la riforma tory del national healthcare system inglese

group che «*must arrange for the provision of the following [servizi] to such extent as it considers necessary to meet the reasonable requirements of the persons for whom it has responsibility*».

Da qui, e in particolare dall'ultimo enunciato, potrebbe avanzarsi un'interpretazione in base alla quale sarebbe per tal via attribuita ai singoli *clinical groups* locali la responsabilità di decidere cosa costituisce un ragionevole livello di servizio sanitario, determinando il venire meno del carattere nazionale del servizio stesso. Questa tesi è stata sostenuta di sovente nel corso dei lavori e audizioni parlamentari.

Lo stesso rapporto del *Future Forum* sostiene che il disegno di legge dovrebbe chiarire che il Ministro per la salute rimane il responsabile ultimo del *NHS*. La riformulazione contenuta nel disegno di legge emendato (da ora anche dl2) non ripristina, tuttavia, la versione vigente, limitandosi a prevedere che il Ministro debba esercitare le funzioni conferitegli in modo da assicurare che «*that services are provided in accordance with this Act*». Da parte sua il Governo, da un lato, ha chiarito che la «formulazione (*wording*) della sezione 1(1) del *NHS Act* rimarrà invariata, così come è dall'atto fondativo del *NHS* nel 1946»<sup>29</sup> (ma non, dunque, la formulazione delle sottosezioni e sezioni successive interessate dai suddetti cambiamenti); dall'altro lato ha precisato che il Ministro manterrà la propria responsabilità (*accountability*) rispetto al dovere di assicurare la provvista del servizio, sebbene non più direttamente ma attraverso relazioni da instaurare con i nuovi soggetti previsti nel disegno di legge e in particolare con il *Commissioning Board* attraverso un apposito mandato annuale (v. *infra*).

A voler “pensar male” si potrebbe osservare che, dietro tali rassicurazioni, la scelta di non modificare questa parte del disegno di legge nonostante le raccomandazioni del *Future Forum* tradisca il disegno dissolutivo del carattere universale (nazionale) del servizio denunciato da una parte dell'opinione pubblica inglese. Al di là, però, delle intenzioni (peraltro in questo caso persino implicite), che costituiscono il più incerto tra gli incerti canoni dell'interpretazione dei testi normativi, questa lettura – che ci si ponga dal punto di vista del controllo parlamentare sul governo nell'attuazione della riforma ovvero da quello dell'eventuale applicazione giudiziale di queste disposizioni una volta entrate in vigore – sembra poco plausibile.

il periodo della gravidanza e allattamento, i servizi volti alla diagnosi e prevenzione delle malattie e quelli riabilitativi (s. 1 (3) *NHS Act* 2006).

<sup>29</sup> Questa è quella secondo cui «*The Secretary of State must continue the promotion in England of a comprehensive health service designed to secure improvement – (a) in the physical and mental health of the people of England, and (b) in the prevention, diagnosis and treatment of illness*».

Si è visto che il disegno di legge assegna al Ministro la responsabilità «*that services are provided in accordance with this Act*». Ora, è vero che “in conformità con la presente legge” – vale a dire con il *NHS Act* 2006 come modificato dal disegno di legge in esame – è espressione largamente indeterminata e che da un testo legislativo di notevole mole e oggetto di molte variazioni nel tempo si possano desumere le più diverse direttive normative. È altrettanto vero, tuttavia, che il testo riformato appare ancora innervato dal carattere universalistico e gratuito del servizio sanitario, ancor più a seguito delle modifiche operate in dl2. In particolare nelle sezioni dedicate ai compiti del *Commissioning Board* e dei *Clinical Commissioning Groups* è stata introdotta una clausola secondo cui questi devono agire assicurando che i servizi sanitari siano forniti in modo da promuovere la *NHS Constitution* e la consapevolezza riguardo a quest’ultima di pazienti, operatori sanitari e pubblico. Il primo principio della *Constitution* è quello secondo cui il *NHS* nel fornire un servizio comprensivo e disponibile per tutti ha il dovere di promuovere l’uguaglianza. L’esigenza di ridurre le diseguaglianze «*between the people of England with respect to the benefits that they can obtain from the health service*» costituisce anche l’oggetto di uno specifico obbligo del Ministro per la salute in virtù della *Section 3(1B)*.

È, allora, possibile che la suddetta disputa abbia più che altro un carattere pregiudiziale (nel senso dell’assunzione di determinati presupposti non esplicitati nel testo<sup>30</sup>) e che le preoccupazioni espresse a proposito di questo cambiamento derivino, da un lato, dal collegare questa parte del disegno di legge alle previsioni che secondo alcuni sposterebbero sul mercato la “responsabilità” ultima delle prestazioni sanitarie; dall’altro lato, dalla idea di non riuscire più a materializzare in una specifica struttura politico-amministrativa il *NHS* stesso.

Quest’ultimo punto merita qualche notazione. Sinora il *NHS* è stato sostanzialmente identificato con il *Department of Health*, secondo quindi un’idea verticale e piuttosto lineare del “sistema”, in cui, vale a dire, gli elementi esterni all’amministrazione sanitaria giocano tutto sommato ancora un ruolo accessorio. Si può guardare alla cosa prendendo come esempio anche in questo caso uno specifico principio della *NHS Constitution*, vale a dire proprio quello della *accountability* del *NHS* alla comunità e ai pazienti che esso serve. Quando si dice nella *Constitution* che il *NHS* farà questo o quello per soddisfare i diritti degli utenti chi o cosa “parla” per il *NHS* stesso? Non vi è dubbio che sinora ogni cittadino inglese sa che chi parla è il governo. La

<sup>30</sup> Ciò che del resto è inevitabile per qualsiasi impresa interpretativa.



cosa è espressa in termini molto semplici nello *Statement of NHS Accountability* annesso alla *NHS Constitution*, ove si dice che il *NHS* è un sistema di organizzazioni responsabile per organizzare e fornire i servizi sanitari sulla base di fondi derivanti dalla tassazione generale e assegnati dal Parlamento al *Department of Health*. E che quindi vi è un filo ininterrotto di responsabilità («*a continuous thread of accountability*») che percorre l'intero sistema sanitario ricollegandosi alla responsabilità politica del ministro dinanzi al Parlamento.

Con la riforma il “sistema” sanitario assumerebbe maggiormente le vesti di una struttura a rete, con una serie di soggetti – come si vedrà non tutti riconducibili al circuito della responsabilità politica – legati tra loro da varie specie di relazioni organizzative e muniti di autonome responsabilità decisionali. È evidente che in una “struttura a rete” la trama delle responsabilità e competenze diviene più complessa e in qualche modo più sfumata, ma in termini generali questo non sembra incidere sulla perdurante responsabilità politica del governo per i risultati del *NHS*.

È vero d'altronde che al centro di questa rete non viene collocato più il governo, ma un organismo munito di una certa indipendenza dall'esecutivo, il *NHS Commissioning Board*, con il compito fondamentale di sovrintendere al nuovo sistema di committenza dei servizi sanitari. Non è detto, però, che questo cambiamento, che in qualche modo richiama l'idea familiare al lettore italiano della distinzione tra politica e amministrazione, debba minare dalle fondamenta il carattere universale del servizio.

B) *La creazione di un'autorità semi-indipendente per il controllo delle strutture periferiche di committenza.* Il *NHS Commissioning Board* (*NHSCB*), è un “*body corporate*” (persona giuridica), cui è attribuito il potere di autorizzare l'istituzione, dirigere e controllare le attività dei *Clinical Commissioning Groups* (*CCG*), gli organismi che sostituiranno i *PCTs* nel ruolo di committenti delle prestazioni sanitarie per conto degli utenti. Il *Board* dovrà formulare le linee guida per l'esercizio dei servizi sanitari da parte dei *CCGs* medesimi, definire la struttura tariffaria per l'acquisto delle prestazioni, determinare il budget necessario da allocare direttamente a ciascun *Group*, ed esercitare i poteri di intervento nei confronti dei *Groups* che non riescano a svolgere i propri compiti, che vanno dalla emanazione di specifiche direttive, alla possibilità di sostituire l'organo di gestione o di modificare la circoscrizione del *CCG*, sino a suo scioglimento (v. P. I, s. 14Z19).

<sup>31</sup> «*A lean and expert organization, free from day-to-day political interference, with a commissioning model that draws from best international practice*» (DH, *Equity and Excellence*, cit., 30).

Il *Board* avrà anche compiti diretti di committenza per i servizi per cui appaia più appropriato il livello nazionale – per esempio prestazioni altamente specializzate, o connesse alla sicurezza e al sistema carcerario, nonché quelle relative all’assistenza sanitaria di base (*primary care*) – oppure nelle aree in cui, soprattutto nella prima fase di attuazione, determinati servizi debbano essere “acquistati” dal *Board* per conto del gruppo di committenza locale.

Al *Board* è assegnata autonomia di organizzazione e di azione. Esso è posto al di fuori delle strutture governative (dipartimentali) e non deve in alcun modo essere considerato, precisa lo *Schedule 1*, come al servizio della Corona o in possesso di qualunque status, privilegio o immunità proprio della Corona. Al Ministro per la salute spetta comunque il compito di nominare il *non-executive chief* e gli altri componenti “politici” (non meno di cinque) e di determinare annualmente l’entità del budget. Nomina dei componenti esecutivi e dello staff, distribuzione di compiti e fissazione delle procedure, entità dei compensi e delle altre indennità, assunzione del controllo dei *trusts* e nomina dei *trustees*, spettano al *Board* stesso, solo in alcuni casi di maggior rilievo con l’approvazione del Ministro.

Sebbene il nome e alcune indicazioni contenute nel libro bianco<sup>31</sup> possano far pensare a una sorta di agenzia tecnica con una agile struttura organizzativa, si tratta invece di un ente – peraltro già istituito e operante in *shadow form* – di considerevoli dimensioni e destinato a operare anche mediante uffici periferici soprattutto laddove sia necessario supportare strutture di committenza locali deboli<sup>32</sup>. È quindi evidente, da un lato, che l’istituzione del *Board* mira a spostare in concreto fuori dell’amministrazione statale (*Department of Health*) le funzioni cruciali in materia di organizzazione dei servizi sanitari, dall’altro, che dal funzionamento di questa nuova amministrazione dipende buona parte della messa in opera del nuovo modello di relazioni tra Stato, strutture di committenza, autorità locali e *providers* dei servizi sanitari.

A parte il ricordato ruolo di nomina dei vertici e di determinazione annuale del budget in capo al Ministro, le relazioni – che potremmo definire di indirizzo e coordinamento – tra il governo e il *Board* dovranno essere regolate da un “mandato” annuale che il Ministro deve rendere pubblico e trasmettere al Parlamento, nel quale sono specificati gli obiettivi che il *Board* è tenuto a perseguire e anche eventuali modalità attraverso cui si ritiene che tali obiettivi possano essere meglio raggiunti.

In breve, il cambiamento organizzativo mira a spostare la conduzione

<sup>32</sup> Si parla di uno staff di 3.500 persone, di cui circa due terzi operanti in periferia. V. Department of Health, *Developing the NHS Commissioning Board*, a [http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH\\_128118](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_128118).

## la riforma tory del *national healthcare system* inglese

del *NHS* al di fuori della Corona e quindi del diretto controllo di un soggetto politicamente responsabile, sebbene sia eccessivo sostenere che si tratti di un passaggio tale da mettere in discussione il carattere nazionale del *NHS*, visto il consistente ruolo di indirizzo e controllo sul *Board* che rimane in capo al governo.

### 4.2. Le nuove autorità locali con funzioni di committenza e il ruolo dei pazienti

Il fulcro del disegno di legge è rappresentato dalla scelta di individuare nei *Clinical Commissioning Groups*, formati per iniziativa dei medici di base (*GP*), i nuovi soggetti compratori delle prestazioni sanitarie per conto dei pazienti.

Si tratta anche in questo caso di figure soggettive (*body corporates*) che non fanno parte dell'amministrazione statale né da considerare in alcun modo al servizio della Corona ovvero munite di status, privilegi o immunità proprie delle amministrazioni pubbliche (*Schedule 1°*, part 2). Per esempio le decisioni relative all'assunzione dei dipendenti e al rapporto di lavoro sono rimesse all'autonoma determinazione dei *Groups*, salva la possibilità per il *Board* di fornire indicazioni generali (*guidance*) sul trattamento economico. Vi sono, però, degli aspetti che riconducono tali soggetti in un'orbita pubblicistica, quali la nomina di un *accountable officer* da parte del *Commissioning Board* – che ha la responsabilità di assicurare che il *CCG* adempia agli obblighi stabiliti dalla legge o indicati da successivi atti di indirizzo del *Board* stesso e svolga le proprie funzioni garantendo l'economicità della gestione – e l'assoggettamento a controlli e procedure di *audit*. Gli aspetti pubblicistici, peraltro, sono stati accentuati nel dl2, essendosi introdotta una più accurata disciplina della struttura di governo dei *CCGs* a partire dal fatto che dovranno esservi un *governing body* e due commissioni consultive, una per l'*audit* e l'altra per la determinazione dei compensi agli amministratori e ai dipendenti. Di rilievo è che nell'organo di governo, secondo le previsioni di successivi regolamenti cui la legge rinvia, potranno essere presenti soggetti diversi dai *GPs*, in particolare appartenenti alle altre categorie professionali dell'area sanitaria (clinici, infermieri) (v. c. 22, s. 14N, p. I). Questa previsione deriva dal recepimento dell'indicazione del *Future Forum* relativa all'inopportunità di concentrare tutto il potere di committenza nelle sole mani dei medici di base, favorendo invece l'ingresso di altre istanze all'interno dei *CCGs*<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Questo si riflette anche nella denominazione di questi organismi che in dl1 era quella di *Commissioning Consortia*, chiaramente a indicare che si trattava di consorzi tra *GPs*.

L'istituzione del *Group* – che deve dotarsi di uno statuto che ne specifichi nome, membri e area geografica di riferimento oltre che modalità di funzionamento, procedure decisionali e organizzazione – avviene su base volontaria, attraverso l'iniziativa di almeno due «*provider of primary medical services*» che presentino una istanza in tal senso al *Commissioning Board*, accompagnata dalla bozza di statuto e dal nome di colui che si propone come *accountable officer*. L'autorizzazione del *Board*, necessaria alla costituzione del *Group*, viene accordata sulla base di una valutazione sia della idoneità organizzativa a svolgere i compiti previsti, sia del rispetto dei requisiti legislativi sopra accennati, sia dell'appropriatezza dell'area geografica cui il soggetto intende riferirsi<sup>34</sup>. L'area territoriale di riferimento e la dimensione di ogni CCG deve essere tale da assicurare la possibilità di gestire adeguatamente, anche in riferimento al rischio finanziario, i rapporti contrattuali per i servizi da prestare in ambito locale e per le prestazioni da fornire alle persone non iscritte nei registri di alcun GP<sup>35</sup>. La regola contenuta nel disegno di legge (definito “principio fondamentale” nel libro bianco) è che ciascun medico di base deve necessariamente appartenere a un *Group* come corollario del fatto che è tenentario di una lista di pazienti. Si realizza, quindi, il passaggio da un più tradizionale criterio di carattere territoriale, con l'individuazione dell'intera comunità di riferimento in una determinata circoscrizione come beneficiaria del servizio (come per le aziende sanitarie in Italia), a un criterio che si fonda invece sulle liste di pazienti registrati per definire *ex post* e in modo flessibile gli ambiti di riferimento delle singole strutture di acquisto. Questo punto ha, tuttavia, ingenerato preoccupazioni

<sup>34</sup> Il *Board* ha comunque incisivi poteri sulla strutturazione dei CCGs, potendo modificarne la composizione (aggiungere o rimuovere membri). Inoltre è previsto che mediante successivi regolamenti si potrà attribuire al *Board* il potere di modificare lo statuto di un CCG.

<sup>35</sup> La questione della dimensione ottimale dei *Clinical Groups* è, però, molto dibattuta. Secondo una tesi questi dovrebbero avere una dimensione alquanto ridotta; altri ritengono, al contrario, che soltanto committenti di notevoli dimensioni finanziarie e quindi con adeguati poteri di influenza, potranno gestire i rapporti con i grandi ospedali. Nel corso dell'audizione presso la commissione salute della *House of Commons* in sede di esame del disegno di legge (ascoltabile in <http://www.parliamentlive.tv/Main/Player.aspx?meetingId=7666>) Julian Le Grand, uno dei principali studiosi dei quasi-mercati in sanità, professore di *social policy* alla *London School of Economics*, ha osservato che vi sono molti argomenti in favore di *Clinical Groups* di piccole dimensioni (in media 100.000 iscritti) in base all'esperienza soprattutto degli anni Novanta, poiché questi sarebbero maggiormente in grado di rispondere ai rapidi mutamenti del mercato, senza mettere in crisi le grandi strutture prestazionali, e più vicini ai pazienti.

## la riforma tory del *national healthcare system* inglese

che si sono puntualmente manifestate nell'esercizio della *review* da parte del *Future Forum*, inducendo il governo a introdurre alcuni correttivi al disegno originario.

Questi si trovano in particolare nella disposizione secondo cui un *CCG* deve assumersi la responsabilità anche delle persone che risiedono abitualmente nell'area del *Group*, ma che non sono provviste di un servizio medico di base da parte di alcun membro di un altro *CCG* (c. 10, p. I). Inoltre è rinviato a norme regolamentari di stabilire i casi in cui anche le persone iscritte nei registri di un determinato *CCG* possano ricevere cure emergenziali da parte del *CCG* nella cui area si trovano in un determinato momento. In secondo luogo il governo ha dichiarato di accettare l'indicazione del *Future Forum* secondo cui uno dei criteri-guida del processo di autorizzazione dei *Clinical Groups* sarà quello far sì che i loro confini coincidano con quelli di un'autorità locale<sup>36</sup>. Quest'ultimo aspetto è strettamente collegato all'accrescimento del ruolo delle autorità locali, attraverso l'istituzione di organismi definiti *Health and Wellbeing Boards*, di cui si dirà poco avanti.

Il disegno istituzionale e organizzativo di queste peculiari figure soggettive ibride (forse in Italia parleremmo di enti associativi) sembra, comunque, strumentale a consentire una sufficiente libertà di manovra nell'impiego delle risorse e nelle decisioni, che dovranno essere assunte in modo trasparente secondo *standards* procedurali indicati dal *Commissioning Board*. La stessa scelta di quali attività gestire direttamente e quali, invece, esternalizzare è rimessa ai *Groups*. Questi potrebbero, per esempio, decidere di affidare a soggetti esterni le attività relative alla negoziazione dei contratti, alle indagini demografiche, alla gestione della contabilità. È previsto, comunque, che ogni *Group* adotti un piano annuale che definisca come intenda esercitare le proprie funzioni in particolare relativamente al miglioramento dell'efficacia del servizio e alla sua economicità (v. c. 22, s. 14Z9, P. I)<sup>37</sup>.

L'obiettivo di questo nuovo modello di committenza – che comporta l'abolizione delle circa centocinquanta PCTs e delle dieci *Strategic Health*

<sup>36</sup> V. Department of Health, *Government Changes in Response to the NHS Future Forum*, 2, in [http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH\\_127444](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/DH_127444).

<sup>37</sup> Nell'elaborazione del piano occorre acquisire il parere di ogni *Health and Wellbeing Board* (v. *infra*) territorialmente interessato sul se e come le misure di carattere sanitario tengano conto delle strategie stabilite da quest'ultimo per l'integrazione tra il *NHS* e le politiche di cura e prevenzione della salute pubblica.

*Authorities* (v. P. I, cc. 28 e 29)<sup>38</sup> – appare quello di avvicinare il più possibile il momento decisionale ai singoli pazienti. L'idea è che i medici di base i quali, mediante il sistema delle liste di pazienti registrati, svolgono già un'attività di assistenza e coordinamento nell'accesso alle cure specialistiche, siano i più indicati a svolgere la funzione di committenti dei servizi sanitari. Altro effetto del cambiamento nelle procedure di commessa dei servizi è quello di concentrare sugli stessi soggetti tanto le decisioni cliniche quanto la responsabilità per le conseguenze finanziarie di quelle decisioni. È in particolare sotto quest'ultimo profilo che sembra giocarsi buona parte del conseguimento dell'obiettivo di fondo del taglio della spesa pubblica, poiché l'auspicio del disegno è che i *GPs* siano in grado di filtrare in modo più efficiente e selettivo l'accesso ai trattamenti specialistici.

#### 4.3. *La partecipazione dei pazienti e delle comunità locali*

Il ruolo dei pazienti, come accennato, è, del resto, tra gli aspetti più enfatizzati della riforma, uno dei cui principi-manifesto è «*no decisions about me without me*». Il tema della partecipazione degli utenti, ciò che viene correntemente chiamato «*patient and public involvement*» (*PPI*), era fortemente presente anche nell'agenda del partito laburista e già oggetto di varie previsioni normative, che hanno dato luogo a un sistema di organismi locali rappresentativi degli utenti e del pubblico (*patients' forums*) – con poteri di accesso agli atti dei *PCTs* e obblighi per questi di tenere conto nella loro attività dei rapporti periodici dei primi – e di uffici di assistenza nei rapporti tra le strutture del *NHS* e gli utenti (*Patient Advice and Liaison Services*), e di un organismo nazionale (*Commission for Patient and Public Involvement in Health*) con compiti di coordinamento dei forum locali, diritti di accesso alle informazioni rilevanti e di consultazione. Questo sistema è stato però criticato per la sua eccessiva complessità e burocraticità che ne ha compromesso l'efficacia<sup>39</sup> e per questo, nella proposta di riforma del *NHS* presentata dai laburisti, – poi non portata a termine – si intendeva rinforzare il ruolo degli

<sup>38</sup> Questo dato consente forse più di altri al lettore italiano di apprezzare la portata della riforma: sarebbe più o meno come se in Italia si decidesse di abolire tutte le *ASL* affidando le loro funzioni a gruppi di medici di famiglia. Le funzioni dei *PCTs* di cura e promozione della salute pubblica verranno trasferite alle autorità locali, le quali dovranno nominare a questo scopo un *Local Director of Public Health* (v. P. I, c. 26).

<sup>39</sup> In tema, anche per una ampia ricostruzione dell'evoluzione della legislazione, v. R. Baggott, *A Funny Thing Happened On the Way to the Forum? Reforming Patient and Public Involvement in the NHS in England*, in *Public Administration*, 2005, 83, 533 ss.

## la riforma tory del *national healthcare system* inglese

utenti nel governo del sistema adottando un più ampio concetto di “*patient empowerment*”<sup>40</sup>.

Il dl1 – oltre al già ricordato diritto di scelta dei pazienti per quanto concerne non solo le cure specialistiche ma anche quelle primarie – in ordine ai meccanismi partecipativi veri e propri si limitava a prevedere l’istituzione, a livello decentrato, dei *Local HealthWatches*, una sorta di difensore civico i cui compiti sono finalizzati a rendere il più possibile effettiva la “voce” dei pazienti nel complessivo governo del sistema, e, a livello centrale, il *National HealthWatch*, avente compiti analoghi nei confronti delle istituzioni nazionali (P. 5, *chapter 1*).

L’aspetto del coinvolgimento dei pazienti è, peraltro, quello maggiormente enfatizzato nei documenti del *Future Forum*, tanto che viene presentato, in una visione probabilmente ottimalistica, come il fattore che di per sé può giustificare l’apertura a una certa maggiore concorrenza nei servizi sanitari. Questo è strettamente connesso alla centralità che il *Future Forum* attribuisce alla *NHS Constitution*, in tale ottica considerata la pietra angolare della riforma<sup>41</sup>.

Tra i diritti riconosciuti dalla *NHS Constitution* vi è quello di compiere scelte sulle cure fornite dal sistema sanitario e di essere supportati a tal fine da adeguate informazioni.

Sotto quest’ultimo profilo le raccomandazioni del *Future Forum* puntano a rinforzare il ruolo di un altro organismo che la riforma introdurrebbe, il *Health and Wellbeing Board*, da istituirsi presso ogni autorità locale di livello distrettuale o metropolitano allo scopo di coordinare le politiche socio-sanitarie in accordo con i *Clinical Groups*. Di essi fanno parte, oltre al sindaco o suo delegato, anche i direttori dei principali servizi di assistenza sociale (per gli adulti, l’infanzia, la salute pubblica) e i rappresentanti dei *Clinical Groups* e della *Local Healthwatch Organization*. Questa forma di partecipazione organica, che integra il governo locale con i gruppi di committenza, costituisce, in un certo senso, una contromisura all’abolizione dei *PCTs* in cui sono largamente presenti le istanze locali. Il ruolo di questi organismi è quello di incoraggiare un approccio integrato tra attività di committenza dei

<sup>40</sup>V. il libro bianco *High Quality Care for All: NHS Next Stage Review Final Report*, London, The Stationery Office, 2008. In tema v. K. Veithc, *The Government of Health Care and the Politics of Patient Empowerment: New Labour and the NHS Reform Agenda in England*, in *Law & Policy*, 2010, 32, 313 ss.

<sup>41</sup>V. S. Field, *NHS Future Forum. Summary report on proposed changes to the NHS*, 19: «*the Forum is united in its support for the enduring values of the NHS and the rights of patients and citizens set out in the NHS Constitution*».

servizi sanitari, azioni a favore della salute pubblica e servizi alla persona, anche allo scopo di favorire accordi per la messa in comune dei rispettivi *budgets*.

Nel citato rapporto *Patient Involvement and Public Accountability* l'accento è posto sul principio della trasparenza, specialmente in relazione a come si decide di impiegare le risorse. Vi si legge in particolare che gli organi di governo dei *Clinical Groups* dovrebbero assicurare la più ampia pubblicità e il più ampio accesso, anche mediante incontri pubblici, ai dettagli dei contratti conclusi con i *providers*. La redazione dei piani annuali di cui si è detto in precedenza dovrebbe essere preceduta da consultazioni pubbliche e in ogni caso gli *Health and Wellbeing Boards* dovrebbero essere il punto focale del processo decisionale relativo alla tutela della salute. Nel disegno di legge approvato dalla *House of Commons* – pur non essendosi giunti a stabilire che il *Health and Wellbeing Board* debba dare il proprio assenso al piano, come proponeva il *Future Forum* – si introducono alcuni elementi nella direzione indicata. In particolare, viene previsto l'obbligo in capo al *CCG* di acquisire il parere del relativo *Health and Wellbeing Board* sulla bozza del piano onde verificare se esso tenga adeguatamente conto della strategia sulla tutela integrata della salute da questo deliberata. In secondo luogo, ogni *Health and Wellbeing Board* può inviare il proprio avviso al *Commissioning Board* sulla effettiva coerenza tra il piano approvato dal *CCG* e le decisioni strategiche assunte dal *Wellbeing*. Non si specifica che effetti produca questa segnalazione, ma si può presumere che essa debba essere utilizzata dal *Commissioning Board* nell'esercizio dei suoi poteri di indirizzo e controllo sui *CCGs*.

Sullo sfondo di questa impostazione vi è l'idea che la fase di commessa dei servizi sanitari specialisti, quella in cui la competizione dovrebbe ricevere ulteriore impulso dalla riforma, non debba svolgersi a scapito del principio dell'integrazione tra misure di prevenzione, servizi primari e servizi secondari, e quindi delle esigenze delle comunità locali.

Nella visione del *Future Forum*, inoltre, la competizione è da promuovere nella misura in cui serva ad assicurare una scelta più ampia, allo stesso tempo rendendo il servizio più efficiente.

Così impostato il problema, vale a dire a partire dalla centralità della scelta di pazienti informati e coinvolti attraverso i suddetti meccanismi, il "mercato" dovrebbe impennarsi non sulle scelte degli imprenditori sanitari di cui i poteri pubblici si limitano a sussidiare i fallimenti, ma al contrario sulla individuazione dei segmenti del servizio dove – in ipotesi – la concorrenza tra più operatori possa incrementare la possibilità di scelta degli utenti.



4.4. *La competizione tra i fornitori e le funzioni di regolazione del “mercato sanitario”*

I due concetti più ricorrenti nel rapporto del *Future Forum* dal titolo *Choice and Competition* sono quelli di integrazione e scelta. Il sistema dovrebbe quindi articolarsi a partire da un vero e proprio *choice mandate* che rappresenti il nucleo centrale del mandato annuale adottato dal Ministro della salute e quindi sviluppato dal *Board*. Il fondamento legale di questo *choice mandate* è da ricercare nel diritto di scelta iscritto nella *NHS Constitution*, secondo la quale questo diritto comprende tanto la scelta del medico di base quanto quella delle cure cui sottoporsi sulla base delle necessarie informazioni. L'integrazione è a sua volta declinabile in vari modi, ma in breve sta a significare che il sistema di committenza dovrebbe essere definito in modo che la competizione tra i fornitori dei servizi specialistici possa al tempo stesso favorire la suddetta interconnessione con le azioni a tutela della salute pubblica.

Entro questa chiave interpretativa anche gli interventi già contenuti in dl1 relativi alla disciplina sul lato dell'offerta – volti, a mente del libro bianco, a far sì che nella maggior parte dei casi «*any willing provider*» possa fornire il proprio servizio nell'ambito del sistema – si prestano a essere considerati in una prospettiva non necessariamente “mercataista” a maggior ragione nella versione licenziata dalla *House of Commons*.

Un primo aspetto riguarda il ruolo dell'autorità indipendente che attualmente ha la funzione di regolatore dei *FTs*, che sarà trasformata in un più comprensivo *economic regulator (Monitor)* operante in cooperazione con la *Care Quality Commission (CQC)*. Le tre funzioni essenziali del *Monitor*, secondo il libro bianco, sono quelle relative alla tutela della concorrenza, alla garanzia della continuità del servizio e alla regolazione dei prezzi<sup>42</sup>.

Quanto alla tutela della concorrenza, e in particolare alla prevenzione di comportamenti anti-competitivi, nel libro bianco vengono espressamente richiamate come modelli *Ofcom* e *Ofgem*, le autorità di regolazione rispettivamente nel settore delle comunicazioni e del gas ed elettricità, e nel disegno di legge si precisa che i poteri del *Monitor* concorreranno con quelli dell'*Office of Fair Trading* (l'autorità *antitrust* britannica) (p. 3, c. 68).

<sup>42</sup> Il *Monitor*, i cui membri sono al massimo cinque, nominati dal Segretario di Stato, è considerato per molti versi in dottrina la più indipendente tra le autorità di regolazione, non essendo previsti in alcun modo poteri ministeriali di direzione sul suo operato (T. Prosser, *The Regulatory Enterprise*, cit., 138).

Al *Monitor* spetta, inoltre, il potere di autorizzare (*licensing*) chiunque voglia operare come provider all'interno del *NHS*, oltre che di controllare, unitamente alla *CQC*, che i *providers* mantengano nel tempo determinati livelli essenziali di sicurezza e qualità del servizio, potendo esercitare in caso negativo poteri sanzionatori che giungono al ritiro della licenza.

Nell'originario disegno di legge si diceva che il compito fondamentale del *Monitor* fosse sì quello di proteggere gli interessi degli utenti, ma promuovendo la competizione laddove appropriato. Il testo approvato dalla *House of Commons* ha, però, eliminato questa parte e ha invece previsto che il *Monitor* debba esercitare le sue funzioni assicurando che i servizi siano somministrati in modo integrato, anche in riferimento ai servizi socio-sanitari, quando questo possa migliorare la qualità dei servizi stessi o la loro efficienza e ridurre le diseguglianze tra le persone rispetto alla loro possibilità di accesso alle prestazioni. Nel testo licenziato la "missione" del *Monitor* è piuttosto quella di proteggere e promuovere gli interessi degli utenti del *NHS* in modo che i servizi da questo somministrati siano «economici, efficienti ed efficaci e [...] mantengano o innalzino la qualità delle cure»<sup>43</sup>.

Quanto alla garanzia della continuità dei servizi, vengono attribuiti al *Monitor* tipici poteri di regolazione finalistica. Gli strumenti sono quelli propri della disciplina del servizio universale, comprendenti la previsione di forme speciali di finanziamento per servizi che sarebbero diversamente non disponibili<sup>44</sup>, la protezione di assetti necessari ad evitare l'interruzione dei

<sup>43</sup> Part 3, ch. 1, c. 59.

<sup>44</sup> Soggette alle regole sugli aiuti di stato si precisa nel libro bianco, indizio di una concezione del mercato sanitario come assimilato al mercato interno dei servizi ai sensi dei Trattati UE. Questo punto apre una serie di questioni che non possono essere affrontate in questa sede. Principalmente si tratta dell'applicabilità ai contratti conclusi tra i *Clinical Groups* e i fornitori per la somministrazione dei servizi delle regole del mercato interno in materia di appalti. Questo problema riguarda sia i contratti conclusi con i cosiddetti fornitori indipendenti, sia i rapporti che si instaurano con i *Foundation Trusts*. In vari interventi nel dibattito e nelle audizioni della *House of Commons Healthcare Committee* emerge la preoccupazione che la sostanziale privatizzazione dei *FTs* comporti il loro assoggettamento alla disciplina del mercato e della concorrenza domestica ed europea. Questo è per esempio quanto suggestivamente afferma Hamish Meldrum, del *King's Fund*, uno dei più prestigiosi enti inglesi *non-profit* di assistenza e beneficenza, nel corso dell'audizione dell'8 febbraio 2011: «*as somebody said, if a foundation trust looks like a duck and quacks like a duck, it will be a duck, and it will be treated as a private duck. If we want to avoid that sort of destabilisation and interminable challenge, and the uncertainty that it would give those in consortia, I think that there is a very good argument for making sure that NHS bodies such as foundation trusts are clearly distinct from private enterprise bodies*» (ascoltabile in <http://www.parliamentlive.tv/Main/Player.aspx?meetingId=7666>). Nel rapporto del *Future Forum Choice and Competition*, si menziona il fatto che il governo avrebbe fornito

## la riforma tory del national healthcare system inglese

servizi, poteri di prevedere forme di contribuzione a carico dei *providers* per creare fondi di rischio, sino all'intervento diretto in caso di veri e propri "fallimenti" anche con l'assunzione di speciali regimi di amministrazione del servizio.

La disciplina tariffaria dei servizi finanziati dal NHS è stabilita dal *Monitor*, sentito il *NHS Commissioning Board*, attraverso la fissazione di una tariffa nazionale. Uno dei profili più discussi riguarda appunto l'opportunità di concorrere sul prezzo, che nel testo originario era di fatto contemplato. La c. 103 del dl1 consentiva al *Monitor* di impostare il sistema – tipico dei servizi economici – del *price cap*, quindi del costo massimo praticabile dai fornitori, in luogo della determinazione analitica dei prezzi attualmente in vigore. Questo naturalmente avrebbe comportato la possibilità per committenza e fornitori di accordarsi per prezzi inferiori, aprendo la strada a una competizione sui prezzi dei servizi sanitari, che anche i sostenitori dell'opportunità di maggiore apertura al mercato giudicano una minaccia al mantenimento di elevati standards qualitativi<sup>45</sup>. La c. 113 del testo licenziato, sulla base di una specifica richiesta del *Future Forum*, non contempla più questa opzione, limitandosi a stabilire che «*if a health care service is specified in the national tariff [...], the price payable for the provision of that service for the purposes of the NHS is [...] such price as is determined in accordance with the national tariff on the basis of the price (referred to in this Chapter as "the national price") specified in the national tariff for that service*». Inoltre il sistema tariffario dovrà riflettere in modo accurato la complessità dei vari servizi specialistici al fine di evitare il temuto fenomeno del *cherry picking*, vale a dire della scelta opportunistica dei fornitori privati di concentrarsi sulle prestazioni più semplici e proficue, tralasciando quelle meno remunerative e più complesse alle strutture pubbliche<sup>46</sup>.

Il ruolo del *Monitor* rappresenta, in breve, uno dei punti su cui la discussione è stata più accesa, poiché, come si è accennato in precedenza, seb-

rassicurazioni che i cambiamenti apportati dal disegno di legge non comporterebbero di per sé l'applicazione delle regole europee sui contratti pubblici al NHS (p. 29). Il tema del rapporto tra determinate categorie di "servizi sociali" (assistenza, sanità, educazione) e regole europee sulla libera prestazione dei servizi è ancora aperto. In argomento da ultimo v. S. Civitarese, M. D'Angelosante, *Concorrenza e sperimentazioni gestionali nella prospettiva comunitaria*, in *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, cit., 219 ss.

<sup>45</sup> Si può ascoltare quanto dichiarato a questo riguardo dal prof. Julian Le Grand nel corso dell'audizione presso la commissione salute della *House of Commons* in sede di esame del disegno di legge in <http://www.parliamentlive.tv/Main/Player.aspx?meetingId=7666>.

<sup>46</sup> V. in proposito *Future Forum, Choice and Competition*, cit., 28 e in particolare il paragrafo intitolato «*Avoiding "cherry picking" and improving tariffs*».

bene tale organismo sia nato per regolare e controllare i *FTs*, di fatto ha finito con l'assumere compiti estesi a tutto il sistema sanitario. In tal modo si sono generati problemi di sovrapposizione e conflitto di attribuzioni con la *Care Quality Commission*, avente compiti di controllo sulla qualità del servizio sanitario. Conflitto inasprito dal fatto che il modo di interpretare il proprio ruolo da parte del *Monitor* è sinora stato quello di un regolatore economico impegnato a promuovere la competizione nel mercato<sup>47</sup>. Anche per questa ragione il richiamo nel libro bianco del modello delle autorità di regolazione dei settori di pubblica utilità e l'indicazione in dl1 della promozione della competizione come primo compito del *Monitor* avevano destato perplessità. Il testo licenziato, come visto, riporta entro un'impostazione più interna alla logica del servizio pubblico i compiti del *Monitor*. Il problema della coesistenza con la *Care Quality Commission* resta, d'altronde, sul tappeto, ad onta del fatto che due articoli del disegno di legge prevedano un reciproco dovere di cooperazione tra i due soggetti (rispettivamente c. 282 e 283, p. 11) per esempio nell'ambito della procedura di autorizzazione dei *providers*.

Resta, comunque, il *favor* per una più ampia competizione tra *providers* in linea di principio posti tutti sullo stesso piede di partenza. In questo ambito si iscrive la scelta di abolire i *NHS trusts* imponendone la trasformazione in *Foundations trusts (FTs)*. Così portando a compimento un processo che, come visto, era già stato avviato dal governo laburista con la riforma del 2006, ove, però, si stabiliva la facoltatività di questa trasformazione. In dl1 era previsto un termine unico, quello dell'aprile 2014, per perfezionare la metamorfosi degli ospedali pubblici, che in dl2 è stato abolito per essere sostituito con un termine variabile da concordare caso per caso con il singolo *Trust*.

Una serie di disposizioni emendative del *NHS Act* del 2006 – pur prevedendo che «*the principal purpose of an NHS foundation trust is the provision of goods and services for the purposes of the health service in England*» (P. 4, c. 161)<sup>48</sup> – elimina molti dei vincoli posti dalla legislazione all'attività negoziale e al potere organizzativo dei *FTs*, per esempio in termini di capacità d'indebi-

<sup>47</sup> In tal senso v. T. Prosser, *The Regulatory Enterprise, Government, Regulation, and Legitimacy*, cit., 135 ss., 142 ss.

<sup>48</sup> L'attuale formulazione di questa disposizione prevede, inoltre, che occorre un'autorizzazione per abilitare «*the NHS foundation trust to provide goods and services for purposes related to the provision of health care. But the authorization must secure that the principal purpose of the NHS foundation trust is the provision of goods and services for the purposes of the health service in England*» (s. 43, *NHS Act*, 2006).

tamento, di diversificazione delle entrate e di loro reinvestimento, di prestazione di servizi di cura privati, di adozione di autonomi modelli di governance e di flessibilità dell'impiego dello *staff*.

Il significato, in breve, che si può attribuire a questo modello di mercato sanitario è quello di un sistema di organizzazioni che competono tra loro in un ambiente intensamente regolato senza che rilevi il fatto che esse siano pubbliche (o semi-pubbliche come i *FTs*), private o del terzo settore, per consentire ai pazienti di scegliere di curarsi con il soggetto che essi giudicano migliore. Non si deve dimenticare che la regolazione cui si fa riferimento non è soltanto quella del *Monitor*, rivolta maggiormente nei confronti dei *providers*, e del *Commissioning Board*, rivolta principalmente nei confronti dei committenti, ma anche quella derivante dalla partecipazione delle autorità locali e del pubblico alla formazione delle scelte gestionali dei *Clinical Groups*. Si tratta, dunque, di un sistema che tra i suoi pregi, se così si può dire, non ha quello della riduzione del numero di regole e procedure necessarie alla sua messa in opera. Questo, vale a dire il rischio di iper-regolazione, è, in un certo senso, il prezzo da pagare al tentativo di liberalizzare, anche se solo parzialmente, la fornitura delle prestazioni sanitarie a carico nel *NHS*.

### 5. Evoluzione o rivoluzione?

Un editoriale del *Lancet*, una delle riviste leader mondiali nel campo della medicina generale, è intitolato «*The end of our National Health Service*»<sup>49</sup>. Durante le audizioni dei *witnesses*, presso la *Health Committee* della *House of Commons* che ha esaminato il disegno di legge, tra le domande dei deputati ai diversi esperti o rappresentanti delle organizzazioni operanti nel settore sanitario, due sono ricorrenti: quali sono i rischi della riforma e se si tratti di una evoluzione o di una rivoluzione del sistema<sup>50</sup>.

Il punto centrale della discussione riguarda comprensibilmente il tema dell'apertura a un autentico mercato concorrenziale e, quindi, la compatibilità tra la competizione tra più operatori nella prestazione delle cure sanitarie e la missione del servizio pubblico, che la riforma, come ripetutamente osservato, e dopo la revisione effettuata a seguito delle raccomandazioni del

<sup>49</sup> *The Lancet*, 2011, 377, 353.

<sup>50</sup> Dilemma ripreso nel titolo di un paragrafo del terzo rapporto della *Health Committee* della Camera dei Comuni citato in precedenza.

*Future Forum*, non intende mettere in discussione. In realtà, non vi è accordo neanche sul fatto che la riforma abbia effettivamente l'obiettivo di realizzare un mercato dei servizi sanitari.

Si è visto che nel testo approvato dalla *House of Commons* sono state introdotte diverse cautele per scongiurare una indiscriminata apertura alla libera concorrenza: l'ancoraggio alla *NHS Constitution*, la prescrizione nei confronti del *Commissioning Board* e del *Monitor* di basare la propria azione sui diritti degli utenti, l'eliminazione della "promozione della competizione" come fine primario del *Monitor*. È vero che la riforma consegna un discreto margine decisionale alle autorità di indirizzo e regolazione, che potranno conformare in modi più o meno stringenti le condizioni di accesso e permanenza nel "mercato" e la disciplina contrattuale delle prestazioni sanitarie nell'ambito dei rapporti tra *Clinical Groups* e *providers*.

Questo stesso, del resto, è un punto discusso, poiché segna il passaggio da un sistema fondato in larga misura sul circuito dell'indirizzo politico – come l'attuale – in cui vale a dire il governo centrale ha poteri conformativi e di controllo sulle strutture localmente responsabili, secondo una catena essenzialmente gerarchica (Dipartimento-*SHAs-PCTs*) – a uno in cui il *Commissioning Board* opererebbe appunto come un regolatore, definendo (insieme al *Monitor*) la cornice regolatoria, ma senza poteri di gestione, se non nei casi estremi. D'altronde, questo elemento trova corrispondenza, all'interno del disegno di legge, nell'enunciazione di principio di autonomia sia dei committenti sia dei prestatori, garantito tanto nei confronti del Segretario di Stato quanto del *Commissioning Board*. Questo è probabilmente l'aspetto in cui si tende a intravedere un elemento di rottura e non di semplice evoluzione.

Guardando al complesso delle disposizioni concernenti più direttamente le modalità di acquisto delle prestazioni sanitarie, l'analisi ha mostrato che se inizialmente il progetto sembrava configurare un "ambiente" simile a quello dei mercati regolati dei servizi di pubblica utilità, le modifiche introdotte sulla scorta delle indicazioni del *Future Forum* hanno riavvicinato tale mercato al modello cosiddetto "amministrato" già noto all'esperienza inglese.

Le novità sono nella tendenziale "privatizzazione" degli ospedali, nella parificazione tra i potenziali fornitori pubblici e privati nella competizione per accedere al mercato nonché nella assunta capacità dei pazienti, e più in generale della comunità, di incidere con le loro scelte tanto sulla dinamica delle cure primarie quanto su quella delle cure specialistiche.

Come si è visto, la posizione dei pazienti, per conto dei quali i committenti agiscono, rappresenta uno degli elementi maggiormente enfatizzati

della riforma. In particolare la libertà di scelta è considerata il fulcro del sistema e su questa viene costruita una sorta di “retorica” del controllo sugli standard qualitativi dei servizi assicurato dai meccanismi di scelta degli utenti in modo più efficiente ed efficace dei controlli di carattere burocratico. Anche questo è un tema di carattere ormai globale e ampiamente dibattuto.

Qui il problema è di carattere strettamente empirico. Secondo alcune indagini svolte dal Dipartimento per la salute il momento della scelta della struttura cui rivolgersi per le cure e diagnosi specialistiche è fortemente condizionato dal rapporto fiduciario con il medico di base e dalla tendenza a restare legati all'ospedale locale. Il 50% dei pazienti non ricorda neanche che gli sia stata prospettata una possibilità di scelta del *provider*<sup>51</sup>. Questo tra l'altro determina un concreto rischio di conflitto, come evidenziato dalla *Health Committee*, tra il principio della scelta dei pazienti e la capacità dei *Groups* dei medici di base di definire in modo trasparente e imparziale le priorità nell'impiego delle risorse. Una delle misure per attenuare questo rischio introdotte a seguito della *review* è quella relativa proprio alla composizione delle strutture di committenza, i *CCG*, che oltre ai *GPs*, dovranno vedere coinvolte altre figure professionali (medici ospedalieri, infermieri).

A parte la composizione dei *Clinical Groups*, ciò che nella riforma sembra incidere sulla natura del sistema sanitario è la rottura del tradizionale criterio territoriale e comunitario delle autorità sanitarie, sostituito da un criterio che si basa anche qui sulla scelta dei pazienti, in questo caso del medico di base, indipendentemente dalla residenza.

Anche questa è una scelta che comporta diversi rischi. In primo luogo, quello di indebolire il controllo sul lungo termine dell'efficacia e dell'efficienza del servizio e di stemperare la responsabilità dei funzionari per l'uso delle risorse pubbliche dinanzi alla collettività, nonché la capacità di pianificarne l'impiego in modo appropriato per soddisfare le esigenze delle popolazioni locali.

In secondo luogo, la possibilità che siano questa volta gli stessi medici a ricorrere a comportamenti opportunistici, i *CCG* potrebbero essere indotti a reclutare i propri membri tra i *GPs* operanti in aree più agevoli da servire e con tassi di benessere maggiori, tanto più con la possibile influenza

<sup>51</sup> Department of Health, *Report on the National Patient Choice Survey*, Giugno 2010, in [www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsStatistics/DH\\_116958](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Publications/PublicationsStatistics/DH_116958). Più in generale sul problema della scelta dei pazienti v. S.Thomson, A. Dixon, *Choices in Health Care: the European Experience*, in *Health Services Research & Policy*, 2066, 11, 167 ss.

che le organizzazioni commerciali avranno nel processo di commessa dei servizi<sup>52</sup>.

A questo proposito le misure volte a fronteggiare questi possibili inconvenienti, introdotte nel testo licenziato dalla *House of Commons*, riguardano, da un lato, il più ampio coinvolgimento delle autorità locali nel processo di committenza, e dall'altro la previsione secondo cui i *Groups* saranno comunque responsabili per gli interventi sanitari a favore dell'intera popolazione ricadente nella rispettiva circoscrizione e non solo degli iscritti, specialmente per quanto concerne le emergenze. Uno dei criteri-guida del processo di autorizzazione dei *Clinical Groups*, inoltre, dovrà essere quello di far sì che i loro confini tendano a coincidere con quelli di un'autorità locale. Per ottenere una deroga da questo criterio gli aspiranti *Groups* dovranno dimostrare al *NHS Commissioning Board* quali sarebbero i vantaggi in termini di concreti benefici per i pazienti.

Vi è infine il tema finanziario. Buona parte del citato rapporto della *Health Committee* è dedicata a questo aspetto, d'altronde cruciale anche in relazione alla qualità del servizio e alla soddisfazione degli utenti<sup>53</sup>.

L'obiettivo dell'abbattimento del deficit riguarda soprattutto i costi amministrativi, in favore di un maggior peso dello staff medico e delle funzioni di *front-line* rispetto all'amministrazione. Si conferma in sostanza quanto già previsto nel «*Nicholson Challenge*» riguardo la realizzazione di risparmi di spesa per 20 miliardi di sterline entro il 2015. Ma è proprio questo punto a generare le più aspre discussioni.

Le misure di contenimento della spesa riguardano per il 40% congelamento degli stipendi, “costi amministrativi”<sup>54</sup> e riduzione di trasferimenti dal governo; per il 20% innovazioni nella gestione dei servizi (ad esempio

<sup>52</sup> V. M. Whitehead, B. Hanratty, J. Popay, *NHS reform: untried remedies for misdiagnosed problems?*, in *The Lancet*, 2010, 376, 1373.

<sup>53</sup> In un recente studio del King's Fund (*How Is the NHS Performing?*, *Quarterly Monitoring Report*, aprile 2011, in [www.kingsfund.org.uk](http://www.kingsfund.org.uk)) si rivela come stiano considerevolmente aumentando i tempi di attesa per i trattamenti ospedalieri, giunti al livello più alto degli ultimi tre anni e ciò in diretta connessione con le riduzioni dei finanziamenti e l'introduzione di misure di risparmio. Questo è in contrasto con la previsione, formulata in termini di diritto dei pazienti, contenuta nella *NHS Constitution*, di tempi massimi di attesa di 18 settimane. Il diritto ad accedere al trattamento in un tempo massimo trova fonte, in realtà, in una direttiva ministeriale emanata a sua volta sulla base della s. 8 del *NHS Act* del 2006. In ogni caso, in linea astratta, il mancato rispetto di questo obbligo potrebbe esporre i *PCTs* ad azioni giudiziarie da parte dei pazienti danneggiati.

<sup>54</sup> Si prevede che il taglio dei “costi amministrativi” comporterà una riduzione del personale dirigenziale e di *staff* di 24.500 unità.



## la riforma tory del national healthcare system inglese

passaggio di certe prestazioni dai servizi secondari a quelli primari); per il 40% la riduzione delle tariffe ospedaliere, quindi un miglioramento in termini di efficienza delle prestazioni, che richiede un notevole sforzo organizzativo.

Ancora più che per gli altri punti critici, questo profilo resta aperto alle più varie opinioni. E la discussione richiama quella italiana sui costi del “federalismo fiscale”.

Da un lato, infatti, sembra ragionevole la posizione di chi sostiene l’inopportunità di mettere in cantiere una riforma di questa portata, che ha costi di transizione non facilmente preventivabili, mentre si è nel pieno di un programma di tagli e riorganizzazione dei servizi che viene comunque considerato un obiettivo prioritario<sup>55</sup>. Dall’altro lato, la riforma stessa è costruita proprio attorno all’idea che le misure proposte siano studiate per consentire il raggiungimento di questo stesso obiettivo.

Il problema, come è purtroppo ovvio, è che il fine dell’efficienza dovrebbe coniugarsi, come recita il libro bianco, non solo con l’eccellenza, ma anche con l’equità; e che questo possa davvero avvenire in ambito sanitario sostituendo la legge della domanda e dell’offerta alla direzione pubblicistica, sia pure in un mercato fortemente controllato e indirizzato, rappresenta l’oggetto di una sfida tutt’altro che semplice.

### *Abstract*

*This article aims at analyzing and discussing the recent project of reform of the NHS carried out by the British government and passed by the House of Commons in September 2011. The main objectives of the bill had been outlined in the white paper “Equity and Excellence: Liberating the NHS” published by the government in July 2010. According to a large number of commentators, stakeholders and healthcare organizations the bill would completely disrupt the NHS, converting it from a system in which buying and providing services is a duty of the State to a system in which the market assumes this role. Because of this pressure the reform project has been submitted by the government to a special committee of experts (Future Forum), with the task of making an assessment in order to introduce into the bill measures which will guarantee the maintenance of the traditional requisites of NHS: a universal service free at the*

<sup>55</sup> Il programma denominato *Quality, Innovation, Productivity and Prevention*, è consultabile a [www.dh.gov.uk/prod\\_consum\\_dh/groups/dh\\_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh\\_113807.pdf](http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_113807.pdf).

*point of use. After this revision there were changes which affected the initial spirit of the reform. Indeed now it looks like an attempt to bring together some market-oriented elements, such as a wider role of both providers and patients, an enhanced role of GPs as commissioners of clinical services, and the quasi-privatization of hospitals with more typical aspects of public service, such as the duty of every actor of the system to implement the NHS Constitution and the rights enshrined in it. Therefore the article, after commenting on the pros and cons of the reform project, argues that the main teaching of this case study is the extreme difficulty in combining, on the one hand, the objective of improving the efficiency of public bodies and, on the other hand, that of resorting to the market to increase the quality and fairness of public services.*

# ARTICOLI

FABIO MERUSI

## LA TORMENTATA VITA DELLA CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante. – 2. La deroga per le società *in house*. – 3. Il controllo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. Perplessità costituzionali e sistematiche. – 4. La concorrenza per il mercato nella normalità e nel caso di società miste. Le regole per il bando di gara. – 5. Alla ricerca di una concorrenza nel mercato, senza aver prima individuato il mercato rilevante.

### **1. La concorrenza nei servizi pubblici locali. La concorrenza per il mercato al posto del mercato concorrenziale rilevante**

Sulle leggi che in breve successione di tempo, fra il 2008 e il 2009, sono intervenute a disciplinare i servizi pubblici locali ne sono state dette di tutti i colori e non sempre tutti i colori si attagliano effettivamente al quadro.

Conviene pertanto riassumere schematicamente lo stato dell’arte prima di passare ad illustrare quale dovrebbe essere la gestione a regime dei servizi pubblici locali, fatto oggetto, dopo una gestione quasi altrettanto lunga delle leggi che lo avevano previsto, di un apposito regolamento di attuazione.

Tutto è cominciato quando la Comunità Europea, seguendo l’esempio di quanto era accaduto nel Regno Unito, pensò di introdurre la concorrenza anche nei servizi pubblici dei singoli Stati membri. Per la Comunità Europea la concorrenza estesa a tutti i possibili soggetti operanti nell’ambito della Comunità è, com’è noto, lo strumento per raggiungere, attraverso la “miscela” di tutti i possibili concorrenti, quell’unità europea di base che stenta ad essere realizzata al vertice dagli Stati appartenenti alla Comunità, ora diventata Unione.

Il modello della concorrenzialità nei servizi pubblici consiste, com’è noto, nell’individuare nel servizio pubblico un mercato rilevante; nella dissociazione fra proprietà demaniale pubblica e gestione del servizio; nell’invenzione di una concorrenza artificiale, attuata con provvedimenti ammini-

strativi, nell'ambito della gestione, favorendo progressivamente la comparsa di più imprese in concorrenza fino a quando la concorrenza fra i gestori non divenga naturale; nell'affidare ad un soggetto neutrale, un'autorità indipendente, la regolazione con atti amministrativi (la c.d. concorrenza "artificiale").

L'applicazione di queste regole ai grandi servizi pubblici nazionali ha incontrato successi ed insuccessi e ha dato finora i più disparati risultati, ma è stata comunque applicata, o è in corso di applicazione, ai servizi con riferimento ai quali era possibile identificare, prima in sede nazionale, poi in sede transnazionale comunitaria, un mercato rilevante.

Il modello si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza *tout court*<sup>1</sup>. I motivi di questo insuccesso sono vari, ma, in essenza, sono riconducibili alla frammentazione degli enti locali e alla conseguente impossibilità di identificare un mercato nell'area operativa di un servizio se questo è locale.

Il fenomeno è tanto più vero in Italia dove la configurazione soggettiva dei poteri locali, quelli comunali, è sempre rimasta imm modificata, o modificata soltanto in casi marginali, dai tempi della legge Rattazzi in poi (1859), con la quale si legittimarono le comunità locali così com'erano, rinunciando ad una razionalizzazione dei poteri dell'ambito amministrativo delle comunità locali<sup>2</sup>. Tale soluzione "transitoria" fu confermata nel 1865 in una delle leggi di unificazione amministrativa, estesa a tutto il territorio nazionale ed è giunta fino a noi con modificazioni marginali attraversando tutti gli ordinamenti costituzionali succedutisi nel tempo. Nel secondo dopoguerra in quasi tutti gli altri Paesi europei si è assistito a leggi di razionalizzazione dei poteri locali, ma, anche qui, senza quasi mai far coincidere l'ambito di erogazione dei servizi con un mercato che possa dirsi rilevante ai fini dell'introduzione di un sistema concorrenziale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Per cui si rinvia a F. Merusi, *Le leggi del mercato, innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, Il Mulino, 2002, 76 ss.

<sup>2</sup> Per la situazione esistente al momento della legge Rattazzi si rinvia alla ricostruzione e alla documentazione di A. Petracchi, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, voll. 3, Venezia, Neri Pozza, 1962, e per la situazione dei comuni meridionali dopo l'unità d'Italia al classico studio di M. Palumbo, *I Comuni meridionali prima e dopo le leggi eversive della feudalità. Feudi, università, comuni, demani*, vol. I, Montecorvino Rovella, Tip. L'Unione, 1910; vol. II, Cerignola, Tip. Cibelli, 1916. Per le ragioni della "conferma" del 1865 si rinvia a G. Vesperini, *I poteri locali*, vol. I, Roma, Donzelli, 1999 e alla letteratura ivi citata.

<sup>3</sup> Cfr. ad esempio Y. Meny, *Profili di Amministrazione locale. La riforma francese*, Padova,

## la concorrenza nei servizi pubblici locali

Di fronte a questo stato di cose la Comunità Europea ha rinunciato ad introdurre una simulazione di concorrenza in mercati che non risultavano rilevanti e ha ripiegato su una formula inferiore di concorrenza: *la concorrenza per il mercato*. Cioè la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi locali sul presupposto che la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell'erogazione dei servizi.

Un sistema di questo genere è ovviamente incompatibile con l'attribuzione del servizio a società partecipate in maniera determinante dallo stesso ente locale o da altri enti pubblici che simulino una concorrenza per il mercato tra di loro attraverso lo strumento della società per azioni oppure con società partecipate in maniera determinate dall'ente locale che ne costituiscano nella sostanza un organo mascherato sul modello della vecchia azienda organo.

Ne sono nati, non soltanto in Italia, problemi infiniti sulla asserita elusione della normativa comunitaria e ne sono seguiti infiniti contenziosi di fronte al giudice amministrativo nazionale e alla Corte di Giustizia, nei quali spesso è stato coinvolto anche lo Stato italiano.

Il primo intervento legislativo, il decreto legislativo approvato nel 2008, inserito in un lungo elenco di modifiche legislative con le quali lo Stato italiano ha inteso porre rimedio a ben 14 infrazioni comunitarie, ha anche una disciplina di quella che dovrebbe essere la concorrenza per il mercato nei servizi pubblici locali. Coinvolgente cioè la tipologia dei servizi locali da porre a periodico concorso e la tipologia dei soggetti ai quali dovrebbe essere attribuita la gestione del servizio.

Si comincia con le deroghe riferite a servizi che sono attratti in mercati a rilevanza nazionale o comunque sovracomunale. Sono la distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e dei trasporti ferroviari (limitatamente in quest'ultimo caso alla competenza trasferita alle Regioni). Senonché con un colpo di mano parlamentare fra i servizi esclusi sono stati introdotte anche le farmacie comunali che certamente non hanno nulla a che fare con un mercato rilevante di area vasta e, come tale, appunto rilevante. Qui caso mai ci sono problemi relativi alla privatizzazione delle farmacie non già con riferimento alla concorrenza per il mercato del servizio da erogare<sup>4</sup>.

Cedam, 1983 e A. Alexander, *L'amministrazione locale in Gran Bretagna. Una riforma alla prova*, Padova, Cedam, 1984. Per una descrizione dello stato attuale delle autonomie locali in pressoché ogni parte del globo si rinvia a *Municipi d'Occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, a cura di G. Pavani, L. Pegoraro, Roma, Donzelli, 2006.

<sup>4</sup> Per i problemi delle quali si rinvia a *La gestione delle farmacie comunali: modelli e pro-*

Le norme a regime si riferiscono ai servizi di rilevanza economica. Si pone evidentemente il problema di distinguere i servizi di rilevanza economica dai servizi sociali. Operazione non sempre facile non solo nei casi marginali, ma anche con riferimento alle possibili diverse accezioni della nozione di servizio pubblico nella quale l'economia sfuma nella prestazione socialmente rilevante. La questione interpretativa sembra essere stata risolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, in un'apposita comunicazione riferita all'articolo in questione, afferma che «si definiscono servizi pubblici di rilevanza economica tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali *con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale*». Ne deriva che secondo l'Autorità la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica dovrebbe, nella sostanza, essere ricostruita per differenza rispetto ad altre attività riconducibili alla normale funzione di una pubblica amministrazione, cioè le funzioni amministrative, e all'erogazione di servizi non organizzabili in maniera economicamente rilevante, ivi comprese tutte quelle attività strumentali all'azione della pubblica amministrazione, ma che non assurgono al rango di attività organizzabili in maniera aziendale-imprenditoriale. Naturalmente non mancheranno casi in cui si dubiterà se un'attività strumentale sia in realtà organizzabile in maniera imprenditoriale. Secondo questa impostazione dovrebbe alla fin fine risultare rilevante se siano organizzati imprenditorialmente oppure no. Cioè, più che l'essenza, il modo di erogazione del servizio.

A regime, cioè in un futuro più o meno prossimo e dopo procedure di adeguamento transitorio che forse non saranno così “effimere” come si vorrebbe che fossero, i soggetti ai quali dovrebbe essere attribuito periodicamente un servizio pubblico locale attraverso un procedimento ad evidenza pubblica, cioè ad una gara rispettosa di tutti i criteri comunitari previsti per le procedure competitive comunitarie, dovrebbero essere: 1) imprenditori o società in qualunque forma costituite; 2) società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione però che il socio privato venga scelto attraverso una procedura competitiva, spostando cioè la gara sull'acquisizione del socio privato al quale dovrebbero essere altresì attribuiti specifici compiti operativi nella gestione del servizio e che comunque dovrebbe acquisire una partecipazione non inferiore al 40% del capitale.

## 2. La deroga per le società *in house*

Così dovrà essere normalmente in un più o meno lontano futuro. Ma non per tutti. L'ombra lunga della soluzione Rattazzi si estende ancora sui comuni italiani. I comuni non sono tutti uguali. Per molti «il criterio territoriale di riferimento» – per usare le parole della legge – non solo non permette di individuare un mercato rilevante, ma neppure di far ricorso ad una gestione imprenditoriale sottoponibile, periodicamente, alla concorrenza per il mercato. Per questa realtà la legge prevede una deroga, attraverso il ricorso alla cd. società *in house*, cioè ad una società interamente partecipata dall'ente pubblico (o da più enti pubblici uniti da un rapporto consortile) e dominati dal socio pubblico come se fosse un organo di questo (cioè senza alcuna concessione autonomistica resa possibile da norme statutarie): «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Come appare evidente qui i problemi da risolvere erano due: 1) stabilire quando e perché esistevano i presupposti della deroga; 2) in quale forma giuridica legittimare la deroga.

Al primo quesito è stato data una risposta. Per il secondo si è fatto ricorso ad un *idolum* della giurisprudenza comunitaria senza probabilmente chiedersi il perché di tale risposta.

## 3. Il controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Perplessità costituzionali e sistematiche

La risposta al primo quesito è di tipo procedurale: si affida ad una autorità neutrale, e parimenti autonoma rispetto all'amministrazione centrale, di accertare se le motivazioni “economiche” che l'ente locale deve obbligatoriamente enunciare siano valide.

Infatti secondo l'art. 15 e l'art. 4 del regolamento l'ente che vuole ricorrere ad una società *in house* per gestire un servizio pubblico economico deve dare «adeguata pubblicità alla sua scelta, motivandola in base ad una

analisi di mercato» e poi sottoporla al “parere”, in realtà all’approvazione, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Perché si sia ricorso all’Autorità garante per il mercato è facilmente comprensibile: non si voleva tornare agli odiati controlli governativi e l’Autorità garante è una autorità a competenza tecnica indipendente dal governo. C’è però un particolare che da un po’ di tempo tutti sembrano aver dimenticato: la riforma del Titolo V della Costituzione ha abrogato l’art. 130 che provvedeva a controlli di legittimità e di merito da parte di un organo parimenti neutrale rispetto all’amministrazione governativa: i comitati regionali di controllo. Se tale abrogazione ha un senso giuridico è che eventuali controlli sugli atti delle amministrazioni locali, di legittimità e, a maggior ragione di merito, dovrebbero considerarsi incostituzionali. Anche se attribuiti ad una autorità parimenti “neutrale” rispetto all’indirizzo politico governativo quale è, nel caso l’Autorità antitrust. L’enfasi attribuita all’autonomia comunale e provinciale dal nuovo art. 114 Cost. depone chiaramente nel senso che l’abrogazione dell’art. 130 Cost. significhi divieto di prevedere *ex lege* nuovi controlli, donde il dubbio sulla costituzionalità di tale previsione.

Ma a prescindere dal dubbio sulla costituzionalità di tale previsione legislativa, anche sulla scelta dell’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato non mancano le perplessità. L’Antitrust ha la funzione di garantire la concorrenza e di sanzionarne i possibili attentati. Nella cd. concorrenza per il mercato nelle pubbliche forniture e nei pubblici servizi la concorrenza, *naturaliter*, non c’è, se ne deve creare una parvenza, *una tantum*, con un procedimento amministrativo, la gara. Una concorrenza artificiale determinata da atti amministrativi.

Ma la concorrenza creata artificialmente con provvedimenti amministrativi viene definita “regolazione” e finora si è ritenuto opportuno tenere distinte le autorità di regolazione dalle autorità di vigilanza perché la concorrenza ci sia e non degeneri in attentati alla stessa. Sinteticamente si afferma che l’Antitrust interviene *ex post* e le autorità di regolazione *ex ante*, l’Antitrust per difendere il mercato e le autorità di regolazione per crearlo. Di solito esiste il problema dell’“esondazione” delle competenze delle Autorità regolatrici in quelle dell’Autorità antitrust: via via che le autorità regolatrici riescono a creare una effettiva, naturale, concorrenza in un mercato finiscono per competere con l’Autorità antitrust nella tutela della concorrenza ormai esistente. Il caso dei rapporti fra l’Autorità *antitrust* e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) è, almeno nel nostro ordinamento, paradigmatica.

Qui succede il contrario: si attribuisce ad una Autorità antitrust una funzione di regolazione che rimarrà, *naturaliter* tale, senza congiungersi mai



## la concorrenza nei servizi pubblici locali

con la funzione propria di una autorità di tutela della concorrenza. Infatti la concorrenza per il mercato non determinerà mai una concorrenza *nel mercato*, da difendere, una volta creato, da una Autorità antitrust.

Con una ulteriore particolarità asistemica: si tratta di una competenza, almeno per il momento, di carattere nazionale aggiuntiva alla generale competenza comunitaria che ha visto di recente “unificare” le competenze antitrust delle autorità nazionali e della Commissione europea attraverso la tecnica della “competenza unica” diffusa fra più organismi parimenti “comunitari”. Dopo che le Autorità *antitrust* sono state raccordate in un unico sistema amministrativo comunitario sono ancora disponibili per discipline nazionali speciali?

Ma al di là dei dubbi di costituzionalità e delle perplessità sull’alterazione del sistema *antitrust* è la previsione stessa della “deroga” a favore delle società *cd. in house* che, prevista in questo modo, appare problematica.

La società *in house* non è un istituto normalmente previsto dal diritto comunitario come vorrebbe far credere la normativa sulla “deroga” ammessa a favore degli enti locali.

La società *in house* è una invenzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nelle varie sentenze succedutesi in materia, non solo con riferimento a casi italiani, ha perseguito un duplice scopo: 1) sottoporre alla normativa comunitaria, caratterizzata dall’effetto tipicizzante (e perciò unificante) del diritto amministrativo, amministrazioni “sostanziali” accertabili come tali attraverso indici di identificazione, così come per le altre amministrazioni era stato fatto con l’analogo istituto, anch’esso di invenzione comunitaria, dell’organismo di diritto pubblico; 2) escludere dalla disciplina sui servizi pubblici fenomeni di “autoproduzione” amministrativa, cioè di amministrazioni che attraverso lo strumento societario producono servizi per se stesse, non per gli utenti.

Nessuno di questi due casi ha qualcosa a che fare con la deroga prospettata dalla legge: qui si prospetta l’ipotesi che un servizio, che di per sé potrebbe essere qualificato economico, e perciò sottoponibile alla concorrenza per il mercato, non sia gestibile imprenditorialmente per ragioni economiche locali. Ma se è così, non si vede perché debba essere gestito nella forma della società per azioni, atteso che la società per azioni è, per definizione, uno strumento organizzativo per gestire un’impresa.

Se il servizio non è gestibile imprenditorialmente, e come tale non sottoponibile alla concorrenza per il mercato, il modulo organizzativo della gestione del servizio non può essere che l’erogazione diretta o quella forma attenuata di gestione di impresa che è l’azienda-organo.

Lo prova paradossalmente la previsione introdotta in sede di conver-

sione del decreto legge secondo la quale sono sottratti al parere – approvazione dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato i servizi al di sotto di una determinata soglia da definire con regolamento governativo. Il regolamento ha poi fissato la soglia di 200.000 euro, riferita al valore economico del servizio affidabile al di sotto del quale non è necessario il previo parere dell’Autorità e, conseguentemente, è liberamente possibile costituire una società *in house*. Ma che senso ha gestire in forma societaria un servizio del valore economico inferiore a 200.000 euro? L’organizzazione appare qui palesemente sproporzionata rispetto alla funzione da svolgere. Il modulo della società per azioni era stato previsto per sfuggire alla normativa nazionale imposta dalla Comunità sull’acquisto di beni e servizi e alla normativa nazionale sull’assunzione per concorso dei dipendenti pubblici imposta dalla Costituzione (art. 97).

Ma dopo che la giurisprudenza comunitaria e il legislatore nazionale (così come confermato dalla legge e dal regolamento) hanno chiarito che le norme di diritto amministrativo sull’acquisto beni e servizi e sull’assunzione dei dipendenti<sup>5</sup> si applicano anche alle società *in house* e alle società a prevalente partecipazione pubblica in quanto “amministrazioni sostanziali”, che senso ha più costituire società per azioni per gestire attività per loro natura prive di “attrazione” imprenditoriale?

Se poi ci si aggiunge l’obbligatorio rispetto, sempre da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione a prevalenza pubblica, dei patti interni di stabilità finanziaria, non si può non concludere che la legge e il regolamento, nel mentre codificavano le ipotesi di società *in house*, ne hanno previsto la scomparsa, vietando il perseguimento di quei fini che ne avevano determinato la fortuna nel nostro come in altri ordinamenti.

#### **4. La concorrenza per il mercato nella normalità e nel caso di società miste. Le regole per il bando di gara**

Ma torniamo alla normalità: alla concorrenza per il mercato.

Alla gara per la concessione del servizio per la scelta del socio privato al quale attribuire una partecipazione di minoranza qualificata (almeno il

<sup>5</sup> Sia pur con qualche attenuazione e una deroga per le società quotate in borsa, risultato delle strenue resistenze delle amministrazioni locali interessate sul punto («Le società *in house* e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni»).

## la concorrenza nei servizi pubblici locali

40%), nonché “specifici” compiti operativi che dovrebbe avvenire «... nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità».

Principi che l’art. 3 del regolamento ha cercato di adattare alla multiforme realtà dei servizi pubblici locali con qualche difficoltà determinata dalle ambiguità di fatto e di diritto che ancora permangono pur dopo l’intervento legislativo.

In primo luogo c’è un problema di fonti. La Corte costituzionale ha legittimato l’intervento del legislatore statale in nome della concorrenza (che, dopo la sua menzione nel Titolo V della Costituzione, secondo la Corte, è legittima, in “orizzontale”, qualunque intervento del legislatore statale a danno di quello regionale: cfr. C. cost. 3 novembre 2010, n. 326). Come dire che in materia economica, dopo l’opzione comunitaria per la concorrenza, la riforma del Titolo V sarebbe stata introdotta per eliminare qualunque competenza legislativa regionale in materia anche latamente economica. Una specie di eutanasia per la Repubblica delle autonomie formalmente proclamata nell’art. 114. Una delle tante correzioni che la Corte è stata costretta a portare ai pasticci combinati dalla riforma del Titolo V Cost., oggetto ormai, se non esclusivo, certamente prevalente, dell’attività della Corte stessa.

Tutt’al più rimarrebbe al legislatore regionale una competenza residua sulla tipologia e sugli *standard* di erogazione del servizio. Il legislatore regionale, a dire il vero, in qualche caso è effettivamente intervenuto per aggiungere qualche variazione a quello che i trattati della Comunità, le direttive comunitarie e il legislatore avevano stabilito sottraendo l’originario potere agli enti locali (ad esempio nella regione Lombardia, intervento sul quale si è espressa anche la sentenza della C. cost., n. 307/2009).

Poi ci sono le autorità di regolazione di settore che direttamente, o per interferenza, possono incidere sulla disciplina dei servizi pubblici locali attribuendoli in un mercato rilevante nazionale, lasciando agli enti locali soltanto la disciplina della territorialità della erogazione<sup>6</sup>.

Alla fine, se avanza qualcosa, è l’ente concedente che deve provvedere a scrivere la “legge della gara”, prevedendo nel bando gli *standard* di erogazione del servizio<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Per una descrizione più approfondita si rinvia a F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, 2 ed., Bologna, Il Mulino, 2011.

<sup>7</sup> Oltre che redigere le regole dell’erogazione del servizio attraverso la stipula di un

Per garantire la concorrenza per il mercato, cioè la gara che il regolamento chiama impropriamente «assetto concorrenziale dei mercati interessati», esso prescrive che i bandi rispettino: 1) la dissociazione fra rete e gestione non dando titoli preferenziali, di fatto o di diritto, alla disponibilità, a qualunque titolo, della rete; 2) il nesso fra requisiti richiesti nei concorrenti e servizio da erogare, in modo da evitare la diseconomica partecipazione di meri “procacciatori” d'affari come spesso accadeva nelle gare pubbliche; 3) la definizione obiettiva dell'oggetto della gara in modo da evitare che il servizio venga artificiosamente “tagliato” su misura per pochi concorrenti benvisti dall'ente concedente; e favorisca nel contempo eventuali economie di scala e di gamma conseguibili da concessionari plurimi di servizi similari.

Un'ipotesi quest'ultima che potrebbe dar luogo a intese restrittive della concorrenza sul lato della domanda di partecipazione e che, come tale, deve essere anch'essa valutata, su sollecitazione del regolamento, da parte degli enti concedenti, i quali sono così invitati ad uscire dalla loro autonomia e ad allargare le loro valutazioni all'intero universo delle offerte di prestazione di servizio, traendone le opportune conseguenze in sede di redazione del bando.

Appare evidente che se due o più grandi fornitori di servizi si associano sotto qualsiasi forma possono annullare o comunque ridurre i possibili effetti positivi della concorrenza per il mercato. Come dire che anche la concorrenza per il mercato è una forma di concorrenza o che come tale va perseguita dall'ente concedente o affidante a favore del quale è prevista.

Ma il vero *punctum dolens* della concorrenza per il mercato è il tempo: ogni quanto tempo va fatta la gara perché il servizio sia erogato in maniera efficiente e l'eventuale efficienza iniziale non declini con il passare del tempo<sup>8</sup>.

Il regolamento (art. 3) prevede di stabilire un nesso fra investimenti necessari per gestire il servizio e ammortamento degli stessi per calcolare il tempo di durata del servizio. Naturalmente se e quando investimenti siano necessari. Il che peraltro accade in quasi tutti i servizi.

Ma per passare da una gara all'altra non basta calcolare l'ammortamento degli investimenti. Occorre tener conto che chi lascia il servizio deve “trasferire” gli strumenti di esercizio del servizio al nuovo gestore, il che

contratto di servizio con il concessionario. Sul tema si rinvia ad A. Mozzati, *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>8</sup> Un tempo della concorrenza per il mercato da aggiungersi agli esempi di rilevanza del “tempo” esaminati recentemente da L. Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009.

## la concorrenza nei servizi pubblici locali

comporta, per evitare contenziosi pendenti come una spada di Damocle sui costi del servizio, stabilire in anticipo, nel bando, quanto meno i criteri per calcolare il valore di quel che verrà ceduto al vincitore subentrante. Lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, va fatto per la partecipazione del privato quando il servizio pubblico sia stato concesso mediante gara per individuare il socio di minoranza dell'ente pubblico. Anche qui, se non si individuano criteri e modalità della liquidazione della partecipazione, non solo il contenzioso sarebbe inevitabile, ma si rischierebbe di non trovare un successore alla scadenza dell'affidamento del servizio.

Ma quando c'è un socio privato si pongono almeno altri due problemi per il bando di gara: 1) definire i compiti specifici da attribuire al socio privato nella gestione del servizio (non più come nella versione originaria del decreto legge la gestione *tout court* in modo da esautorare in *toto* la componente politica del socio di maggioranza) e renderli effettivi stabilendo che l'affidamento dei compiti costituisce condizione di decadenza dall'affidamento stesso qualora venissero meno, per qualunque motivo, durante la gestione del servizio; 2) assicurarsi che una gara sul prezzo delle azioni da sottoscrivere dai privati interessati a diventare soci della società mista non vada a detrimento della qualità e del costo del servizio da erogare che debbono essere opportunamente definiti nel bando.

Si tratta in larga misura di criteri ovvi che i bandi degli enti locali dovrebbero spontaneamente prevedere facendo applicazione dei principi generali vigenti in materia di gare pubbliche, ma averli specificati in un regolamento governativo comporta la trasformazione dell'ovvio, ricavabile da principi generali accertabili come tali solo dalla giurisprudenza, in motivi di legittimità dei bandi, censurabili in caso di omissione da parte degli aspiranti soci o dagli aspiranti concessionari. Oltre che un modo per assicurarsi che gli enti locali non si discostano dalla "corretta via" attraverso calcolate omissioni. Una forma di tutela governativa regolamentare che si sostituisce a quella abrogata dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

Si potrebbe ovviamente obiettare che anche l'originaria legge sulla municipalizzazione prevedeva già un regolamento, ancorché emanato di fatto dopo più di mezzo secolo, in *articolo mortis*, per cercare di adeguare le giolittiane aziende municipalizzate alle sopravvenute esigenze imprenditoriali, ma sarebbe altrettanto facile replicare che allora i rapporti fra lo Stato e le autonomie non erano quelli paritari pretesi dal nuovo Titolo V della Costituzione<sup>9</sup>. Ma forse si tratta soltanto dell'ennesima dimostrazione che

<sup>9</sup> Per le passate vicende della municipalizzazione dei pubblici servizi si rinvia a F. Me-

l'art. 114 Cost. è una norma manifesto priva di risvolti pratici, come tale considerata, non solo dal legislatore, ma anche dalla Corte costituzionale.

### **5. Alla ricerca di una concorrenza nel mercato, senza aver prima individuato il mercato rilevante**

Dove invece il regolamento sembra essere rimasto in mezzo al guado è con riferimento non alla concorrenza per il mercato, ma alla concorrenza nel mercato.

Può darsi benissimo che un servizio pubblico locale, inizialmente considerato monopolistico, cioè erogato ed erogabile da un solo soggetto, trovi il suo mercato rilevante e possa essere sottoposto a concorrenza. Per rimanere ai servizi pubblici locali il fenomeno del giro turistico della città concorrenziale rispetto ai trasferimenti coi tradizionali mezzi di trasporto, bus e tram, è di comune esperienza. Così come i collegamenti cogli aeroporti alternativi rispetto ai normali servizi pubblici.

È noto come la Comunità europea affronta il problema del passaggio dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: con il servizio universale. Poiché la concorrenza fra le imprese determina *naturaliter* l'erogazione dei soli servizi più convenienti economicamente, il costo sociale di determinati servizi, volta a volta determinati, è posta a carico della finanza pubblica, direttamente, o attraverso una procedura di riparto dell'onere fra tutti i concorrenti. Così stabilisce in applicazione di tale principio anche l'art. 2 del Regolamento, sulle cd. "misure di liberalizzazione": «prevedendo, le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo».

Può darsi che un servizio pubblico locale evolva verso l'identificazione di un mercato rilevante. Ma in questo caso non è più un problema di concorrenza per il mercato, bensì di regolazione della concorrenza nel mercato individuato come rilevante.

Ed è in questa logica che l'art. 2 del regolamento prevede una complessa procedura per accertare se esistano le condizioni per la concorrenza nel mercato nei confronti dei servizi pubblici locali e, conseguentemente, eliminare la clausola monopolistica di esclusiva a favore dell'ente locale. Con l'intervento, nel caso perfettamente congruente ma apparentemente passivo,

rusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss.

## la concorrenza nei servizi pubblici locali

dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale è chiamata soltanto a riferirne al Parlamento nell’ambito della relazione annuale.

Ma anche qui il testo del regolamento, conseguente ai suggerimenti contenuti nel parere redatto dal Consiglio di Stato<sup>10</sup>, desta qualche interrogativo.

Nell’indagine che le singole amministrazioni locali dovrebbero fare dopo l’entrata in vigore del regolamento, e poi periodicamente, non si fa menzione della condizione preliminare: l’accertamento di un mercato rilevante.

Nella maggior parte dei comuni una dispendiosa analisi economica sulle liberalizzabilità dei servizi è del tutto inutile perché, per ragioni dimensionali, è subito percepibile che un mercato rilevante non esiste.

E, secondariamente, siamo sicuri che l’apposizione della clausola monopolistica di esclusiva sia tuttora legittima?

La clausola di esclusiva nell’erogazione del servizio pubblico è un’ipotesi di riserva originaria opponibile ex art. 43 Cost. Ma l’art. 43 Cost. è ancora in vigore o non è stato per caso abrogato, come parte della dottrina ha già sostenuto, dopo l’integrazione dell’ordinamento italiano in quello comunitario<sup>11</sup>?

E anche se l’art. 43 Cost. fosse rimasto in vita, è ancora in vigore la legge sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, che prevedeva la possibilità di apporre la clausola di esclusiva, cioè la riserva originaria, al momento dell’istituzione del pubblico servizio da parte dell’ente locale? O se è ancora in vigore non confligge ora con la normativa concorrenziale comunitaria?

Forse il monopolio c’è ancora, perché non è identificabile un mercato rilevante.

Quesiti che lasciano intendere che molto probabilmente la disciplina dei servizi pubblici locali non ha ancora trovato il suo *ubi consistam*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> La norma è stata suggerita dal Consiglio di Stato, con parere 24 maggio 2010, rifacendosi a quanto in precedenza previsto nell’art. 113, c. 11, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e ai principi comunitari in tema di servizi pubblici economici. La problematica del mercato rilevante non risulta peraltro essere venuta all’attenzione degli estensori del parere.

<sup>11</sup> Sul dibattito in merito alla conseguenza della “costituzionalizzazione comunitaria” di un mercato concorrenziale si rinvia a *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Roma-Bari, Laterza, 1998, in cui viene in evidenza anche l’ipotesi della «rottura della Costituzione italiana» con riferimento anche all’art. 43.

<sup>12</sup> Per valutazioni fondate su criteri di sociologia economica sulla riforma prospettata ancora prima della sua approvazione cfr. G. Bargerò, G. Fornengo, *Mercato, concorrenza e governance nei servizi pubblici locali*, in *Economia pubblica*, 2008, 5 ss., e più in generale per la riforma dei pubblici servizi R. Pedersini, *La riforma dei servizi pubblici: oltre le istituzioni*, in *Stato e mercato*, 2009, 95 ss.

*Post-scriptum*

L'oggetto del presente saggio era venuto meno a seguito del referendum che ha abrogato l'art. 23-bis della legge 25 giugno 2008, n. 112, e le sue successive modificazioni, facendo venir meno anche il regolamento che ne aveva dato attuazione, al quale si riferiscono i commenti del testo. Ma la normativa sui servizi pubblici locali (escluso il servizio idrico integrato ..., smentendo la sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, la quale, ammettendo il referendum aveva affermato che la sua motivazione, riferita all'acqua, era irrilevante ...) è stata subito "resuscitata" dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148, che ha riprodotto pressoché alla lettera la normativa contenuta nel regolamento. L'unica differenza è che quel che nel testo era riferito a norme regolamentari attuative di una disposizione generale di legge ora sono norme legislative che disciplinano direttamente la materia servizi pubblici locali di rilevanza economica.

*Abstract*

*This article investigates the relationship between Competition Law and recent reforms in local public services in Italy, with specific focus on role of the Italian competition authority, Autorità garante per la concorrenza e il mercato.*

*To this aim, the author summarizes the main features of current legislation, and illustrates the suitable organizational schemes in light of basic rules governing services of general interest in the EU.*

*In this perspective, the implementation of both the general normative framework and most recent innovations in the Italian legislation shows several inconsistencies with the requirements set out by the EU Competition Law. They are identification of relevant markets, separation of public ownership and management, competition for the market as a pre-condition for the creation of competitive markets, neutral and independent market regulators. Because such elements are essential to competitive public services under the EU Law, the author questions the adequacy of the Italian constitutional and traditional (but still in force) statute-law frameworks for the provision of public services by local governments. On top of this, he compares the poor implementation of competition rules in local public services with liberalizations at the national level. Although they are not all success stories, implementation of effective competition was made possible only by systematic use of market analysis, and only when a relevant market was identified.*

*In this respect, the article emphasizes fragmentation of local authorities and lack of coordination with the national competition authority as the main obstacles to a full implementation of the EU organizational schemes for efficient local public services.*



CARLO IBBA

## TRAMONTO DELLE PARTECIPAZIONI PUBBLICHE?\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici. – 3. Le dismissioni: termini, modalità previste e non, incongruenze varie. – 4. Mancata dismissione e sue possibili conseguenze. – 5. Riflessi sistematici. Tramonto delle partecipazioni pubbliche?

### 1. Premessa

Negli ultimi vent'anni la diffusione delle società a partecipazione pubblica ha avuto un'accelerazione esponenziale. È sotto gli occhi di tutti che a livello nazionale al fenomeno delle privatizzazioni – peraltro spesso solo formali o solo parziali – hanno fatto riscontro numerosi provvedimenti legislativi istitutivi di singole società con soci (e scopi) pubblici<sup>1</sup>, mentre a livello locale c'è stata una vera e propria corsa alle società a partecipazione pubblica, nel settore dei servizi pubblici e in altri ambiti in cui operano amministrazioni locali<sup>2</sup>.

Le ragioni di questa grande espansione sono molteplici. A parte quelle più deteriori e inconfessate, pur se forse quantitativamente non trascurabili

\* Il lavoro è destinato agli *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*.

<sup>1</sup> In «uno scenario in cui» – si è osservato – «progressivamente perdono diffusione ed importanza le società a partecipazione pubblica che gestiscono attività d'impresa, mentre contemporaneamente si diffonde l'uso della società per azioni come modulo organizzativo di funzioni e servizi pubblici»: così M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di Id., Torino, Giappichelli, 2008, 7.

<sup>2</sup> Un panorama storico-normativo della materia, pur se non più aggiornatissimo, può trarsi dalla lettura di A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 30 ss.; G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, *ivi*, 291 ss.; C. Vitale, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, *ivi*, 63 ss.; L. Zanetti, *Le società a partecipazione pubblica nel governo del territorio*, *ivi*, 331 ss.; M. Cammelli, M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, *ivi*, 347 ss.

(procurare poltrone e gettoni di presenza a personale politico e clientele varie), si va dal perseguimento di una «maggiore flessibilità decisionale e operativa» all'aspirazione ad una «maggiore trasparenza e distinzione di responsabilità tra politici e gestori», dalla «possibilità di acquisire all'esterno, da parte di altri soci [...], risorse finanziarie, di esperienza e capacità tecnica, ecc.»<sup>3</sup> ad altro ancora.

Circa l'idoneità dello strumento rispetto al fine la discussione è sempre stata viva e le opinioni discordi, fin dagli anni iniziali delle privatizzazioni; così, all'ottimismo di chi ha visto con favore l'adozione della forma societaria per lo svolgimento di attività che pure rimangono sotto il controllo pubblico, sottolineando positivamente il piegarsi dello Stato (o comunque delle pubbliche amministrazioni) alle regole del codice civile e al principio dell'eguaglianza dei soggetti economici<sup>4</sup>, si è da subito contrapposto lo scetticismo (per non dire di peggio) di coloro per i quali la così detta "privatizzazione formale" non è altro che una forma più o meno mascherata di pubblicizzazione<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> In questi termini M. Cammelli, A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Bologna, Maggioli, 1997, 20, descrivevano gli obiettivi perseguiti (o perseguibili) attraverso l'adozione della forma privatistica, e in specie societaria, per l'esercizio di servizi pubblici locali, nella logica sottesa all'art. 22 l. 8 giugno 1990 n. 142; ma si tratta di finalità almeno in astratto estensibili a tutto il fenomeno dell'azionariato pubblico.

<sup>4</sup> N. Irti, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, che può leggersi fra l'altro in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, specie 133 ss.; attenuazioni di questo punto di vista, se non m'inganno, in Id., *Il diritto della transizione*, ivi, 112.

<sup>5</sup> Fortemente critica, in particolare, la voce di P.G. Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 990 ss., per il quale la privatizzazione formale deve essere strumentale a quella sostanziale, posto che la forma societaria in sé «non ha pressoché nessuna influenza sui criteri di gestione delle imprese, e non offre ai terzi le garanzie e i vantaggi di trasparenza enunciati e sperati», mentre «rappresenta poco più di un'«etichetta», applicata a enti che, in forza delle deroghe alla disciplina generale delle società di capitali, non hanno con esse quasi nulla in comune» (analogamente Id., *Privatizzazioni – Profili generali*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Ist. Treccani, 1995, § 2; per una possibile diversa prospettiva in relazione alle società a partecipazione comunale v. Id., *Presentazione*, in V. Mazzearelli, *Le società con partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1987, VII s.); come pure le voci di A. Mazzoni, *Privatizzazioni e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1995, 36 s.; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Profili giuridici delle privatizzazioni*, a cura di G. Marasà, Torino, Giappichelli, 1998, 9, 11; G. Marasà, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium iuris*, 1998, 1317 s., 1321 s.

Meno drastica la posizione di G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in Id., *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, Cedam, 2000, 43 (e v. anche *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, ivi, 373), il quale osserva che «il significato di una privatizzazione formale [...] non va né esagerato, né negato. La s.p.a. è forma di organizza-

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

Dai primi si rimarca come la forma societaria implichi la soggezione a norme – ad esempio quelle in tema di bilancio, di integrità del capitale, di responsabilità degli amministratori e ad altre ancora – (che potrebbero essere) capaci di influenzare positivamente la gestione dell’iniziativa stessa<sup>6</sup>. Dai secondi si replica che, più che all’utilizzazione del modello societario, nella realtà si assiste a degenerazioni e abusi di quel modello, la cui adozione è spesso finalizzata a rendere meno visibile la persistente presenza pubblica<sup>7</sup> e a sfuggire ai controlli pubblici, senza peraltro sottostare alle leggi del mercato<sup>8</sup>, sicché in sostanza alla così detta privatizzazione corrisponde una espansione – e non una contrazione – della presenza pubblica nella gestione di attività produttive<sup>9</sup>.

Certo è che nella realtà il fenomeno ha spesso prodotto effetti negativi: talvolta incremento invece che diminuzione dei costi pubblici (perché questo accade quando si creano società sostanzialmente inutili), altre volte alterazione della concorrenza, altre volte ancora elusione di controlli e vincoli pubblicistici altrimenti applicabili, e via dicendo.

Come ha risposto il legislatore al *boom* delle partecipazioni pubbliche e a queste criticità? Per lo più ha cercato di farvi fronte con una nutrita serie di provvedimenti occasionali, chiamati a risolvere questo o quel problema contingente, ma caratterizzati, oltre che da una pochezza tecnica purtroppo desolante, dall’assoluta mancanza di una visione d’insieme del fenomeno; un fenomeno che comunque – questo è il punto che vorrei ora sottolineare – per anni il legislatore non ha sentito l’esigenza di arginare in alcun modo e del quale, anzi, ha variamente favorito la diffusione<sup>10</sup>.

zione della titolarità dell’impresa, strumentale all’interesse e all’azione dei soci che la governano [...]. Il governo dell’impresa è tuttavia esso stesso influenzato dalla disciplina societaria: disciplina del capitale, delle partecipazioni, degli utili, delle perdite, dei modi di formazione ed espressione della volontà “sociale”, dei controlli interni ed esterni, delle responsabilità», pur dovendosi tener presente che «perché questa disciplina assuma un valore sostanziale anche nella condotta dell’impresa occorre però che alla forma sociale corrisponda una effettiva contitolarità dell’impresa e che siano rispettate nei presupposti e nei contenuti le regole societarie, sì che la presenza pubblica non porti, in realtà, alla creazione di una “cosa” diversa».

<sup>6</sup> Come rimarcato già da G. Oppo, *op. ult. cit.*, 43; nonché da F. Bonelli, M. Roli, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, quarto aggiornamento, Milano, Giuffrè, 2000, 996.

<sup>7</sup> S. Cassese, *op. ult. cit.*, specie 9 e 11.

<sup>8</sup> M. Cammelli, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di Scienza dell’amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, 156 s.

<sup>9</sup> E v. ancora M. Cammelli, M. Dugato, *op. ult. cit.*, 9 ss.

<sup>10</sup> Oltre a singoli ma frequenti provvedimenti istitutivi di società pubbliche di diritto

Negli ultimi tempi, tuttavia, all'interno di questa legislazione<sup>11</sup> si registrano alcuni interventi normativi che potrebbero determinare un radicale cambiamento d'indirizzo rispetto alla tendenza espansiva segnalata sopra e, dunque, una drastica contrazione del numero delle società pubbliche.

Ed è appunto a questi frammenti di legislazione che vorrei dedicare le riflessioni che seguono, prima analizzandoli per cercare di chiarirne il reale contenuto precettivo (non sempre agevolmente percepibile), poi provando a coglierne le eventuali ricadute "di sistema" o "sul sistema" (ammesso che il termine sia appropriato con riferimento alla confusa legislazione di cui parlo).

## 2. I limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici

Sono da considerare due serie di prescrizioni, entrambe volte a limitare la partecipazione a società da parte di soggetti pubblici e ben note agli addetti ai lavori.

singolare (fra le più recenti cfr. la società prevista dall'art. 3-ter, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, conv. con modifiche nella l. 20 novembre 2009, n. 166; "Difesa Servizi s.p.a.", istituita dall'art. 2, c. 27 ss., l. 23 dicembre 2009, n. 191; e "Protezione civile servizi s.p.a.", istituita dall'art. 16, d.l. 30 dicembre 2009, n. 191, e soppressa in sede di conversione, per ragioni contingenti, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 26); v., ad esempio, l'art. 29, c. 1, lett. b), l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria del 2002), che – sotto la rubrica «Misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni» – autorizza le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d. lg. 30 marzo 2001, n. 165, «anche in deroga alle vigenti disposizioni, a [...] costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità [...], soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza». Interessano il nostro tema, sia pure in prospettiva parzialmente diversa, anche tutti quei provvedimenti che, negli anni Novanta del secolo scorso, hanno perseguito il riordino delle persone giuridiche di diritto pubblico mediante adozione, da parte di esse, della forma privatistica, e in specie di quella societaria (vedine una carrellata in C. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 470 ss.).

<sup>11</sup> Nell'ambito della quale – pur essendo gli obiettivi giuspolitici perseguiti di volta in volta variabili, e la disciplina predisposta non sempre coerente e ben calibrata rispetto alla *ratio* che dovrebbe ispirarla – sono individuabili almeno tre finalità ricorrenti e talvolta compresenti: a quella di tutelare la concorrenza, contrastando le distorsioni che potrebbero discendere dalla presenza o dall'agire sul mercato di (alcune tipologie di) società pubbliche, si affiancano infatti finalità antielusive dei vincoli tipici dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e più generiche finalità di contenimento della spesa pubblica: cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 7 ss.; e, anche per un quadro di sintesi della citata legislazione, C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, Giappichelli, 2011, specie 9 ss.

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

a) La prima serie di norme è contenuta nell'art. 3, c. 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), ed è già stata oggetto – secondo una prassi ormai consueta, ma non per questo meno sconcertante – di una nutrita serie di interventi modificativi e integrativi<sup>12</sup>.

Il testo attualmente vigente del c. 27, in particolare, «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato» vieta a tutte le amministrazioni pubbliche che ne sono destinatarie<sup>13</sup> (fra le quali sono sicuramente ricompresi regioni, province e comuni) l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie, anche di minoranza, salvo che in società che svolgono «attività di produzione di beni e di servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», ovvero che producono «servizi di interesse generale» o che forniscono «servizi di committenza [...] a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici».

I cc. 28 e 29, poi, richiedono una delibera motivata dell'organo competente (da trasmettere alla Corte dei conti) qualora l'amministrazione pubblica intenda assumere o mantenere partecipazioni da considerarsi consentite sulla base dei presupposti sopra indicati; e fissano al 31 dicembre 2010 il termine per la dismissione delle partecipazioni non consentite<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> V. infatti (per ora) l'art. 18, c. 4-*octies*, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge, con modifiche, dall'art. 1, l. 28 gennaio 2009, n. 2; l'art. 71, c. 1, l. 18 giugno 2009, n. 69; l'art. 19, c. 1 e 2, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. con modifiche in l. 3 agosto 2009, n. 102; e *adde* quanto si dirà oltre, nella nota 14.

<sup>13</sup> Che originariamente erano quelle di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, e dunque «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale»; alcune disposizioni introdotte dall'art. 71 l. 69/2009, tuttavia, hanno sostanzialmente stralciato dal campo di applicazione della disciplina in esame tutte le amministrazioni dello Stato: così A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, cit., 73 ss.

<sup>14</sup> Termine alla fissazione del quale si è giunti a seguito di un *iter* sintomatico del livello di confusione e trascuratezza del nostro legislatore, che è giunto a sostituire con decreto legge un enunciato normativo senza accorgersi di averlo già sostituito con legge una decina di giorni prima (cfr. infatti l'art. 71, c. 1, lett. c), l. 69/2009; e l'art. 19, c. 2, lett. b), d.l. 78/2009, poi abrogato in sede di conversione): per effetto di ciò, il termine per le dismissioni delle partecipazioni non consentite, già prorogato al 31 dicembre 2010, è stato (temporaneamente) prorogato ... al 30 settembre 2009!

Restando, per ora, sul c. 27, le previsioni che esso contiene appaiono suscettibili di una vasta gamma di interpretazioni<sup>15</sup>, dalle più rigorose alle più permissive, anche (ma non solo) perché tutt'altro che calibrate rispetto alla loro dichiarata *ratio* ispiratrice: così, ad esempio, trattandosi di norme espressamente finalizzate alla tutela della concorrenza e del mercato<sup>16</sup>, ciò potrebbe legittimare interpretazioni volte a "salvare" la partecipazione pubblica ogni qual volta, in concreto, essa non risulti in contrasto con la disciplina della concorrenza.

D'altro canto, nella *Relazione governativa* al disegno di legge (poi tradottosi, appunto, nella l. 244 del 2007) si legge testualmente che «la creazione di enti e società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica è e rimane uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività» e che «scopo della norma è quello di evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica»; parole che, pur esse, parrebbero aprire la strada a letture non troppo restrittive delle possibilità di utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni locali, il quale sarebbe precluso, in sostanza, solo in relazione ad iniziative non funzionali all'efficiente perseguimento delle finalità istituzionali della singola amministrazione locale e ammesso, invece, in tutti gli altri casi.

Il tenore letterale dell'enunciato normativo, peraltro, è assai più drastico, soprattutto là dove richiede non la semplice strumentalità rispetto alle finalità istituzionali dell'ente locale ma una vera e propria *necessarietà* (anzi: *stretta* necessità); e questa – si è giustamente osservato – «evoca l'idea di una funzionalità o strumentalità particolarmente qualificata: in pratica, l'idea di una *condicio sine qua non*, cioè di una impossibilità per l'ente pubblico di raggiungere l'obiettivo (finalità istituzionale perseguita) senza l'ausilio di quella partecipazione in quella particolare società»<sup>17</sup>. In questa logica, dunque, affinché la partecipazione sia consentita, svolgere quell'attività (e svolgerla tramite quella società) dovrebbe essere assolutamente indispensabile per l'ente locale; il che non dovrebbe accadere troppo di frequente.

Non è facile dire quale delle interpretazioni sia più corretta, né è facile immaginare quale di esse sia in concreto destinata a prevalere. Verosi-

<sup>15</sup> Rinvio in proposito alla puntuale analisi di A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 70 ss.

<sup>16</sup> E che in ragione di ciò sono state ritenute costituzionalmente legittime in quanto rientranti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.): così C. cost., 8 maggio 2009, n. 148.

<sup>17</sup> A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 82.

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

milmente, comunque, dovremo fare i conti con la tendenza delle amministrazioni interessate a forzare queste norme, sfruttando al massimo la loro non univocità e gli spazi di discrezionalità interpretativa che essa apre. Ho notizia di un caso abbastanza curioso, in cui un Comune vuole acquistare una partecipazione in una s.r.l. che gestisce un apprezzato ristorante, il notaio che dovrebbe autenticare le firme rifiuta, non ritenendo sussistere i presupposti richiesti dalle norme di cui parliamo, e alla fine pare che si esca dall'*impasse* facendo deliberare dalla società un aumento del capitale che poi verrà sottoscritto dal Comune<sup>18</sup>. Certo sarebbe interessante leggere la motivazione (*ex art. 3, c. 28*) della delibera del consiglio comunale circa la necessità dell'operazione!

b) Successivamente, il legislatore è nuovamente intervenuto, nel così detto «decreto competitività», con una serie di norme già oggetto di numerosi «ripensamenti» (mi riferisco alle disposizioni contenute nell'art. 14, c. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche dalla l. 30 luglio 2010, n. 122; e successivamente modificato dall'art. 1, c. 117, l. 13 dicembre 2010, n. 220; a sua volta modificato dall'art. 2, c. 43, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, inserito in sede di conversione dall'art. 1, c. 1, l. 26 febbraio 2011, n. 10).

Esse pongono limitazioni assai più severe pur se – per ragioni che francamente sfuggono – destinate solamente ai comuni, ed anzi a *certi* comuni, individuati sulla base di parametri puramente quantitativi; limitazioni delle quali peraltro, anche per quanto appena detto, non pare certissima la legittimità costituzionale sotto il profilo della (ir)ragionevolezza e della (dis)parità di trattamento.

In sostanza, questa disciplina, ispirata da evidenti finalità di contenimento dei costi pubblici: *α) ai comuni con meno di trentamila abitanti* vieta la costituzione di nuove società e impone la dismissione di tutte quelle già partecipate<sup>19</sup>, salvo che si tratti di società costituite, «con partecipazione pa-

<sup>18</sup> Osserva peraltro A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 99, che il controllo del notaio sulla capacità dell'ente pubblico, pur in sede di costituzione della società, dovrebbe arrestarsi alla verifica della sussistenza della delibera prescritta dalla norma ricordata appresso, nel testo.

<sup>19</sup> Salvo quanto si dirà *sub d*, testo e note.

Appare oggettivamente insostenibile, quanto meno per ragioni di razionalità del precepto normativo, la lettura secondo cui il divieto colpirebbe «la sola costituzione di società» e non anche «l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni in società già costituite» da altri soggetti, adombrata e poi scartata dalla Corte dei conti – Sez. autonomie nell'*Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province* (del. 14 del 30 giugno 2010, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)).

ritaria» o «proporzionale al numero degli abitanti», da più comuni la cui popolazione complessiva superi i trentamila abitanti;  $\beta$ ) ai comuni con popolazione compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti, invece, consente di «de-tenere la partecipazione di una sola società», dismettendo tutte le altre;  $\gamma$ ) impone di dismettere le partecipazioni non consentite entro un termine attualmente fissato al 31 dicembre 2013<sup>20</sup>;  $\delta$ ) esonera da tale obbligo i comuni con popolazione fino a trentamila abitanti, «nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime»<sup>21</sup>;  $\epsilon$ ) affida a un decreto ministeriale – peraltro non ancora emanato – la determinazione delle modalità attuative nonché di «ulteriori ipotesi di esclusione» dall'ambito applicativo di tali norme.

Tutto ciò – dice la norma – «fermo restando quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29» della finanziaria 2008; il che mi pare significhi che i comuni la cui popolazione ricade entro le soglie indicate<sup>22</sup> soggiacciono ad entrambe le serie di prescrizioni: i nuovi divieti introdotti nel 2010, insomma, non li esonerano dal rispetto di quelli preesistenti<sup>23</sup>.

Ciò a meno che non si voglia sostenere che le previsioni della finanziaria 2008 restino ferme solo per gli enti locali che non siano destinatari delle norme del 2010, le quali dunque – per i comuni fino a cinquantamila abitanti – sarebbero sostitutive delle norme precedenti; ma è un'interpretazione oggettivamente non conforme al tenore testuale dell'enunciato.

<sup>20</sup> Il termine originariamente previsto era il 31 dicembre 2010, in un primo tempo prorogato di un anno e poi, appunto, di altri due.

<sup>21</sup> L'art. 1, c. 117, l. 220/2010 aveva inizialmente previsto solo la prima esenzione, cui per effetto dell'art. 1, c. 1, l. 10/2001 sono state aggiunte le altre due.

<sup>22</sup> Che – secondo quanto indicato nella nota dell'Assonime 11/2010 su *Società a partecipazione pubblica: manovra estiva, indagine della Corte dei conti sulle partecipazioni dei comuni, applicabilità del decreto legislativo n. 211/2001*, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it) – sono 7.957 (di cui 160 con popolazione fra 30.000 e 50.000 abitanti e 7.797 con popolazione inferiore).

<sup>23</sup> Essi, dunque, in assenza di (ulteriori) proroghe saranno in regola ove abbiano dismesso entro il 31 dicembre 2010 le partecipazioni vietate dalla finanziaria 2008 e dismettano entro il 31 dicembre 2013 quelle vietate dalle norme del 2010. Sul rapporto fra le due serie di prescrizioni v. anche oltre, nota 58.



### 3. Le dimissioni: termini, modalità previste e non, incongruenze varie

Come si è visto, il termine per dismettere le partecipazioni non (più) consentite è diverso nelle due serie di prescrizioni ed ha già subito varie modifiche (il che, unitamente ad altre considerazioni, induce a considerare non remota la possibilità di ulteriori slittamenti).

Quanto alle modalità attraverso le quali gli enti pubblici interessati dovrebbero provvedere al disinvestimento, il legislatore le ha identificate, nei diversi casi, con tre formule non coincidenti, prevedendo ora la cessione, ora la messa in liquidazione, ora entrambe le possibilità.

Al riguardo, osserverei innanzi tutto che letteralmente le prescrizioni esigono che la dimissione si perfezioni entro i termini indicati; è opinione diffusa<sup>24</sup>, tuttavia, che per non vedersi imputare una violazione dell'obbligo sia (necessario e) sufficiente *aver avviato* le procedure di alienazione delle partecipazioni entro quei termini, ed averle poi coltivate con diligenza, e non anche che esse siano andate a buon fine (e andate a buon fine nei termini); questo se non altro perché per vendere (senza essere costretti a... svendere) occorre che qualcuno intenda acquistare (e intenda acquistare a un prezzo congruo), il che può essere che non accada.

In senso contrario potrebbe osservarsi che un problema simile non si pone per la messa in liquidazione: questa, ove il socio pubblico disponga in assemblea dei voti necessari, è pienamente nella sua disponibilità, sicché potrebbe ben pretendersi che essa sia deliberata nei termini che la legge ha stabilito. Replicherei tuttavia – anticipando un profilo sul quale tornerò fra poco – che con la liquidazione della società si raggiunge sì l'obiettivo della dimissione, sacrificando però la continuità dell'attività sociale, con ripercussioni economiche che possono anche essere fortemente negative<sup>25</sup>, il che mi pare debba indurre a considerare la soluzione liquidatoria – anche se dagli enunciati normativi ciò non emerge – subordinata all'esito infruttuoso delle procedure di alienazione delle partecipazioni.

Quanto precede apre la strada a una seconda considerazione generale. Come si è appena visto, almeno in linea di principio parrebbe, per molte ragioni, preferibile giungere alla dimissione attraverso lo scioglimento *non*

<sup>24</sup> E avallata anche dalla Corte dei conti nella citata *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province*, p. 43, nota 89. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 94 s.

<sup>25</sup> Sempre che, naturalmente, la conservazione della società e la prosecuzione dell'attività da essa svolta presentino qualche utilità.

della società, bensì del rapporto fra il socio pubblico e la società, ossia con l'uscita del primo dalla seconda; cosa che nel diritto societario comune può realizzarsi, oltre che con una cessione, mediante l'istituto del recesso. Non si comprende allora perché il legislatore non abbia previsto, quale modalità di disinvestimento alternativa alla cessione – e privilegiata rispetto alla liquidazione –, quella del recesso; e non è un azzardo ipotizzare che ciò sia accaduto solo per scarsa dimestichezza con il diritto societario. Di questo silenzio per il momento prendo atto, salvo tornarci più avanti.

Qualche cenno, ora, sulle singole previsioni.

a) Nell'art. 3, c. 29, della l. 244 del 2007, è stabilito che le amministrazioni pubbliche, con procedure a evidenza pubblica, «cedono a terzi le società o le partecipazioni vietate». In realtà si tratta di un'alternativa giuridicamente improponibile, perché tecnicamente non si può “cedere una società” se non cedendone le partecipazioni; ma il nostro è un legislatore che non conosce l'italiano (a tacer d'altro, nel decreto competitività troviamo una norma che si propone di «efficientare» le pubbliche amministrazioni<sup>26</sup>), figuriamoci se può conoscere il diritto!

L'unica modalità prevista per liberarsi delle partecipazioni vietate, dunque, è la cessione delle stesse. In caso di mancanza di acquirenti, tuttavia, è ragionevole ritenere che lo scopo della dismissione possa e debba essere realizzato, qualora il socio pubblico disponga di un pacchetto di voti sufficiente, deliberando lo scioglimento e la messa in liquidazione della società ai sensi dell'art. 2484, n. 6, c.c.<sup>27</sup>; con l'unica differenza – rispetto alla fattispecie regolata dal diritto societario comune – che la delibera di scioglimento anticipato, che normalmente è rimessa alla discrezionalità dei soci, qui sarebbe, per il socio pubblico, doverosa in quanto necessaria per realizzare il precetto legislativo della dismissione.

b) Con riferimento ai Comuni al di sotto dei trentamila abitanti, il citato art. 14, c. 32, prevede che essi «mettono in liquidazione le società» ovvero «ne cedono le partecipazioni»; la soluzione dello scioglimento anticipato è dunque esplicitamente prevista come alternativa rispetto a quella della cessione, pur se la sua realizzabilità suppone naturalmente il possesso di una partecipazione adeguata al raggiungimento della maggioranza necessaria, posto che in caso contrario la volontà del socio pubblico non sarebbe da sola sufficiente (non ritengo praticabile, infatti, un'ipotetica interpreta-

<sup>26</sup> È l'art. 6, c. 7.

<sup>27</sup> *Contra*, parrebbe, M. Maltoni, A. Ruotolo, *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 251.

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

zione che dalla categoricità dell'enunciato ricavasse il potere dei Comuni di provocare lo scioglimento anticipato con una delibera assembleare da ritenersi approvata a prescindere dall'entità della partecipazione posseduta dal Comune stesso, e dunque anche sovvertendo il principio maggioritario tipico del diritto societario e incidendo sulle posizioni soggettive della maggioranza dissenziente);

c) Per i Comuni fra i trenta e i cinquantamila abitanti invece, lo stesso art. 14, c. 32, senza alcuna plausibile ragione, omette di considerare la cessione e prevede solo la messa in liquidazione delle società partecipate eccedenti l'unica consentita. Anche qui peraltro, come nel caso *sub a)*, ritengo che la previsione sia integrabile in via interpretativa, ammettendo che il disinvestimento possa avvenire anche mediante cessione, ossia nel modo più rapido e "indolore" (non determinando la cessazione dell'impresa sociale).

In tutti e tre i casi, è tuttavia possibile che non si trovi alcun acquirente e che l'ente locale – socio minoritario o, per così dire, non sufficientemente maggioritario – non disponga dei voti necessari a deliberare lo scioglimento della società.

Al riguardo bisogna tener presente che, come ricordavo prima, ulteriore tecnica di disinvestimento propria del diritto societario comune è quella del recesso, peraltro ancorata a cause previste dalla legge o dallo statuto (in genere, com'è noto, delibere di significativa importanza che abilitano il socio non consenziente, appunto, a recedere dalla società)<sup>28</sup>. Qualora si verificasse una di queste cause, dunque, ritengo che il socio pubblico abbia non già la facoltà, come nel diritto comune, bensì l'obbligo – al fine di dare attuazione alla volontà legislativa tesa alla dismissione – di non approvare la delibera in questione e di recedere.

Ma anche al di fuori di queste cause può, forse, esserci spazio per un recesso del socio pubblico destinatario degli obblighi di dismissione; recesso che sarebbe legittimato non dal codice civile bensì, appunto, dalle norme in esame, che pure tacciono. Nel caso in esame si fronteggiano, infatti, da una parte «l'interesse della società a trattenere immobilizzata nel suo patrimonio la quota di pertinenza dell'ente pubblico» e dall'altra «l'interesse generale, sancito da norme imperative, alla cessazione della partecipazione societaria divenuta *contra legem*»<sup>29</sup> perché appunto non (più) consentita dalla finanziaria del 2008 o dal decreto competitività del luglio

<sup>28</sup> Cfr. in particolare (ma non solo) gli artt. 2437 e 2473 c.c., rispettivamente per la s.p.a. e per la s.r.l.

<sup>29</sup> Parole di A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 102.

2010; situazione in cui parrebbe destinato a prevalere il secondo dei due interessi.

Del resto, abbiamo constatato sopra che, in due dei tre enunciati normativi considerati, il legislatore identifica il mezzo, o uno dei mezzi, per giungere alla dismissione nella liquidazione della società<sup>30</sup>. Il che significa che «l'interesse pubblico o generale alla cessazione dell'investimento e alla sua liquidazione [...] è così forte da esigere che, ove risulti non liquidabile la parte, dovrà allora procedersi alla liquidazione del tutto [...] anziché astenersi dal liquidare»<sup>31</sup>. A maggior ragione, dunque, potrà ammettersi la liquidazione della parte pur affidata a una tecnica – il recesso – non esplicitamente prevista dalla legge per il caso di specie.

Concluderei, dunque<sup>32</sup>, che nel nostro caso si configura una ulteriore causa legale di recesso, della quale il socio pubblico è (non facoltizzato, bensì) obbligato ad avvalersi.

Resta da chiarire se questa speciale causa di scioglimento del rapporto sociale operi solo dopo che il socio pubblico abbia verificato l'impossibilità di assolvere gli obblighi di dismissione nei modi espressamente o implicitamente previsti dalla legge (cessione della partecipazione o liquidazione della società) o anche a prescindere da ciò, sicché il socio pubblico sia *obbligato a disinvestire ma libero nella scelta del mezzo* con cui raggiungere tale risultato.

Risponderei che sicuramente la tecnica della cessione, essendo priva di riflessi negativi sulla consistenza patrimoniale della società, è da considerarsi prioritaria rispetto a quella del recesso, la quale può provocare una diminuzione del patrimonio sociale che può essere lesiva degli interessi dei creditori<sup>33</sup> e comunque pregiudizievole per la prosecuzione dell'oggetto sociale<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> E, riguardo al terzo enunciato, siamo giunti per via interpretativa alla medesima conclusione.

<sup>31</sup> Così ancora A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, p. 101 s.

<sup>32</sup> Aderendo nella sostanza alla soluzione prospettata da A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 102, che parla di sopravvenuta nullità *ex lege* della partecipazione, ovvero di sopravvenuta impossibilità di continuazione della partecipazione, da cui discende il potere-dovere del socio pubblico di pretendere la liquidazione della quota, con conseguente applicazione diretta o analogica della disciplina codicistica del recesso in ordine alla valutazione e al procedimento di rimborso.

<sup>33</sup> Com'è noto, il rimborso della partecipazione del socio receduto, pur disciplinato dall'art. 2437-*quater* c.c. (e per la s.r.l., *mutatis mutandis*, dall'art. 2473) in modo da minimizzare il rischio di una compromissione dell'integrità del capitale sociale, può sfociare in una riduzione reale del capitale, fatto salvo per i creditori sociali il diritto di opposizione (il cui tempestivo esercizio suppone comunque un costante monitoraggio dell'attività deliberativa della società).

<sup>34</sup> Potendo addirittura dar luogo allo scioglimento della società, in caso di accoglimento dell'eventuale opposizione dei creditori.

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

Quanto all'altra alternativa, le considerazioni già svolte circa l'astratta preferibilità dello scioglimento parziale del rapporto rispetto allo scioglimento della società indurrebbero a privilegiare il recesso rispetto alla messa in liquidazione, anche se non può tacersi che ciò condurrebbe di fatto a considerare come non scritta la previsione della messa in liquidazione, posto che questa, se ben vedo, sarebbe sempre tagliata fuori dall'esercizio del recesso. Si tratterebbe, dunque, di una soluzione sostanzialmente coerente con una valutazione comparativa degli interessi in gioco ma non conforme al dettato legislativo.

Ancora due osservazioni, concernenti i comuni la cui popolazione sia compresa fra i trentamila e i cinquantamila abitanti, ai quali è consentito detenere la partecipazione di una sola società. In proposito c'è da chiedersi, innanzi tutto, se quei comuni possano conformarsi al precetto legislativo conferendo tutte le partecipazioni possedute in una *holding*, preesistente o di nuova costituzione, tramite la quale amministrare le partecipazioni stesse (a questo punto, solo indirette)<sup>35</sup>, o se ciò sarebbe comunque sanzionabile in quanto elusivo della norma in esame.

Lasciando aperto l'interrogativo, ritengo invece sicuro che quei comuni possano giungere al risultato voluto dalla legge, oltre che nei modi fin qui considerati, anche mediante fusione delle società partecipate, fermo restando che, per quanto già detto, la società risultante dalla fusione dovrà soddisfare le condizioni richieste dalla finanziaria del 2008 per il mantenimento delle partecipazioni (e sempre che l'ampiezza del suo oggetto sociale non urti contro altre disposizioni): si tratta di un'operazione che, pur non contemplata dal decreto competitività, è prevista dal diritto societario comune e consente di ottenere il risultato voluto dalla legge.

### 4. Mancata dismissione e sue possibili conseguenze

Ipotizziamo ora che i termini fissati dalla legge scadano senza che l'ente locale socio abbia (almeno) avviato le procedure a evidenza pubblica finalizzate alla cessione delle partecipazioni, né abbia esercitato il potere-dovere di recesso, né, pur essendo in condizione di farlo, abbia provocato con

<sup>35</sup> E si ricordi, riguardo alle previsioni della finanziaria del 2008, che dall'enunciato dell'art. 3, c. 27, originariamente dettato anche con riferimento alle partecipazioni indirette, è stata successivamente espunta l'espressione "o indirettamente" (ciò per effetto dell'art. 71, l. 69/2009; e v. R. Chiappa, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 91; A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 76 s.).

l'apposita delibera assembleare lo scioglimento della società; o che un ente pubblico destinatario dei divieti in esame costituisca una società in loro violazione.

Al di là delle sanzioni eventualmente ipotizzabili sul piano pubblicistico, e in particolare della responsabilità erariale delle amministrazioni (ovvero, al loro interno, delle persone fisiche competenti) cui è imputabile la mancata dismissione, quali sanzioni possono profilarsi sul terreno civilistico?

Al riguardo, in sede di costituzione della società appare configurabile la nullità della sottoscrizione che violi le norme imperative in questione<sup>36</sup>; dalla quale può discendere – ove si tratti di una costituzione unipersonale ovvero in applicazione del criterio enunciato all'art. 1420 c.c. – la dichiarazione di nullità della società, sempre che ad essa si pervenga prima che l'*iter* costitutivo della società sia sfociato nell'iscrizione nel registro delle imprese<sup>37</sup>.

Una volta che questa sia intervenuta, invece, fermo restando quanto detto circa l'invalidità della partecipazione pubblica, l'efficacia (parzialmente) sanante della pubblicità<sup>38</sup> e la tassatività delle cause di nullità sancite dall'art. 2332 c.c. escludono che la società costituita (o partecipata) in violazione delle norme in esame possa essere dichiarata nulla<sup>39</sup>; in particolare non sarà configurabile la nullità per illiceità dell'oggetto sociale (art. 2332, n. 2)<sup>40</sup>, illecita es-

<sup>36</sup> Nullità che, secondo un'accreditata ricostruzione che argomenta dal principio di conservazione dell'attività proprio di tutti i rapporti associativi, dovrebbe provocare lo scioglimento non retroattivo del rapporto, ossia la liquidazione della quota: indicazioni e sviluppo in G. Marasà, *Le società*, I, *Società in generale* <sup>2</sup>, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2000, 36 ss., ove anche l'osservazione che tale regola non sempre conduce a esiti conformi alle esigenze di protezione dei terzi creditori, in funzione delle quali viene argomentata.

<sup>37</sup> Ipotesi concretamente verificabile solo là dove sia stata chiesta e ottenuta, in via d'urgenza, la sospensione del procedimento d'iscrizione, nel qual caso la fattispecie sarebbe regolata dai principi di diritto comune sull'invalidità dei contratti (associativi): e v. da ultimo M. Sciuto, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, Utet, 2006, 418 ss.

<sup>38</sup> Nel senso chiarito in G. Marasà, C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, Utet, 1997, 249 ss.; e v. anche C. Ibba, *La pubblicità delle imprese*, Padova, Cedam, 2006, 163 s., testo e nt. 5.

<sup>39</sup> Sicché l'invalidità della partecipazione pubblica, se relativa a una partecipazione totalitaria o comunque essenziale, dovrebbe condurre – ex art. 2484, n. 2, c.c. – allo scioglimento della società per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (cfr. G. Marasà, *Le società*, cit., 128 s.; e M. Sciuto, *op. ult. cit.*, 436, nota 52).

<sup>40</sup> *Contra*, con riferimento al divieto di partecipazione sancito dall'art. 13 del così detto decreto Bersani, M. Cammelli, M. Dugato, *op. cit.*, 360 s.; soluzione – peraltro fondata (anche)

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

sendo la partecipazione pubblica<sup>41</sup> e non, appunto, l'oggetto della società partecipata<sup>42</sup>.

Né d'altra parte può pensarsi a una nullità o inefficacia degli atti negoziali posti in essere dalla società stessa dopo l'iscrizione: nullità o inefficacia che l'art. 2332 c.c. – e prima ancora la I direttiva Ce in materia societaria – escludono (già) in relazione agli atti di società dichiarata nulla<sup>43</sup>, e che nel caso di specie sarebbero ancor meno giustificabili stante la liceità dell'oggetto sociale (il vizio annidandosi, come si è detto, nell'atto negoziale mediante il quale l'ente pubblico ha partecipato alla vicenda costitutiva della società o ha comunque acquisito la partecipazione) e la mancanza di una norma espressa – come quella eccezionalmente prevista nell'art. 13 del cosiddetto decreto Bersani<sup>44</sup> – alla quale la sanzione invalidante possa esser fatta risalire<sup>45</sup>.

La violazione di legge commessa dall'ente pubblico nell'acquisizione o

sulla previsione di nullità dei «contratti conclusi (...) in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2» contenuta nel c. 4 del citato art. 13 – che assimila il vizio della partecipazione al vizio dell'oggetto della società partecipata (contro quanto si dirà appresso, nel testo e nelle note) e che pare altresì eccedere la *ratio* sottesa alla norma violata, volta a tutelare la concorrenza e ridurre i costi degli apparati pubblici regionali e locali (e dunque a «impedire la partecipazione ... e non altro»: così, propendendo dunque per la nullità del solo «atto di partecipazione» alla società, D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali*, Padova, Cedam, 2008, 90 ss.; e v. anche P. Pizza, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del d.l. n. 223/2006 [c.d. decreto Bersani]*, in *Le società "pubbliche"*, cit., 151 ss.).

<sup>41</sup> Ed essendo esclusa ogni rilevanza dei vizi delle singole partecipazioni sul piano della nullità della società: ciò sia prima della riforma societaria, con la previsione nell'art. 2332 (come del resto nella direttiva comunitaria citata appresso, nel testo) della nullità solamente in caso di «incapacità di tutti i soci fondatori» (e v. M. Sciuto, *op. cit.*, 436, testo e nota 52), sia dopo la riforma, a seguito della quale il difetto di capacità, anche qualora coinvolga tutti i fondatori, rileva solo quale vizio delle singole partecipazioni (cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società* <sup>7</sup>, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2009, 171).

<sup>42</sup> Spunti in tal senso anche in A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 97.

<sup>43</sup> «La dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel registro delle imprese»: così, com'è noto, l'art. 2332, c. 2.

<sup>44</sup> V. sopra, nota 40.

<sup>45</sup> Sostanzialmente conforme A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 97 s. Quanto detto nel testo in ordine all'invalidità della società e degli atti da questa posti in essere muove dal presupposto della sicura applicabilità dell'art. 2332 c.c., stante l'assenza di norme derogatorie. Sul più generale problema del possibile conflitto fra discipline «pubblicistiche» e diritto societario comune sia consentito rinviare – oltre che alle condivisibili considerazioni di M. Cammelli, M. Dugato, *op. cit.*, 13 s. – a C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 26 s.; nonché a Id., «Generale» e «speciale» nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, specie 494 ss.

nel mantenimento di una partecipazione vietata, insomma, non solo non comporta la nullità della società – una volta che questa abbia ottenuto l'iscrizione nel registro delle imprese – ma nemmeno incide sulla validità degli atti posti in essere dalla società con i terzi.

Rivolgendo ora l'attenzione agli atti posti in essere dal socio pubblico all'interno della società, va premesso che finché l'ente pubblico, pur violando i divieti, resta socio, esso certamente mantiene la titolarità e la legittimazione all'esercizio di tutti i diritti, patrimoniali e amministrativi, inerenti alla partecipazione.

Com'è stato osservato<sup>46</sup>, tuttavia, da ciò non discende automaticamente la validità di tutti i singoli atti di esercizio di tali diritti, dovendo a tal fine accertarsi che essi in concreto non contrastino con la volontà dismissoria imperativamente espressa dalla legge. In questa prospettiva, ad esempio, dovrà ritenersi nullo il voto dato dal socio pubblico (che non abbia ottemperato alle prescrizioni in esame) a favore della revoca dello stato di liquidazione<sup>47</sup>, con conseguente invalidità della delibera ove questa non superi la prova di resistenza<sup>48</sup>.

## **5. Riflessi sistematici. Tramonto delle partecipazioni pubbliche?**

Come sappiamo, anni addietro la nostra dottrina si è a lungo interrogata sul fondamento e i limiti della legittimità della partecipazione di soggetti pubblici a società; e a seguito di quel dibattito la legittimazione a partecipare a società è stata ricondotta – direi unanimemente – nell'ambito della generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Da A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 98 ss. e spec. 102 s.

<sup>47</sup> Così già A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 102 s. Non riterrei invece necessariamente viziato e censurabile il comportamento del socio pubblico che, dopo aver votato contro un aumento del capitale senza peraltro impedirne l'approvazione, eserciti il diritto di opzione, magari al fine di non veder deteriorarsi la sua posizione all'interno della società e di poter vendere al meglio la partecipazione (diversamente A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 102).

<sup>48</sup> Art. 2377, c. 5, n. 2, applicabile anche alla s.r.l. in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2479-bis, ult. c., c.c.

<sup>49</sup> Sintesi critiche della discussione, di recente, in G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 69 ss.; e in V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della Pubblica amministrazione*, in *Trattato di dir. civ.* del Cons. naz. notar. diretto da P. Perlingieri, Napoli, Esi, 2009, 79 ss.



## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

Le norme fin qui esaminate suscitano un interrogativo di fondo, inducendo a chiedersi se esse, in sostanza, determinino il superamento – quanto meno all'interno del loro campo di applicazione – del principio della capacità generale degli enti pubblici, sicché la partecipazione di un soggetto pubblico ad una società debba considerarsi non più *generalmente ammessa* salvo che in presenza di norme speciali impeditive, bensì *in linea di principio vietata* salvo che nei casi eccezionali in cui la legge la consenta.

A questa conclusione perviene una recentissima analisi dottrinale<sup>50</sup>, che coglie nelle norme in esame, appunto, un «radicale mutamento d'indirizzo» operato dal legislatore, a seguito del quale «il principio ordinatore della materia deve essere quello non già della libertà – *rectius*, della capacità generale dell'ente pubblico ad assumere la qualità di socio [...] – bensì quello opposto della preclusione all'utilizzazione della forma societaria salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge»<sup>51</sup>; in altre parole, «il legislatore si è determinato a considerare illegittima *a priori* e *ex ante* l'assunzione o la conservazione dello *status* di socio in capo ad un ente pubblico, a meno che lo stesso possa far valere la circostanza esoneratrice del ricorrere, nel caso di specie, di una delle eccezioni consentite dalla legge»<sup>52</sup>.

«In ordine alle partecipazioni societarie», in definitiva, «l'ordinamento rivela di aver mutato approccio [rispetto a quello tradizionale basato sulla capacità generale di diritto privato] e di preferire quello fondato sull'idea di capacità *speciale* delle pubbliche amministrazioni in materia societaria, cioè di una capacità limitata all'assunzione e/o mantenimento delle sole partecipazioni consentite»<sup>53</sup>.

Se fosse così, sul terreno applicativo ciò potrebbe condurre sia a legittimare interpretazioni rigorose, piuttosto che interpretazioni permissive, delle norme in questione<sup>54</sup>, sia a giustificare l'applicazione di sanzioni invalidanti conseguenti all'incapacità<sup>55</sup>.

Su un piano più generale, direi che ne potrebbe derivare non solo un rovesciamento della tendenza espansiva delle partecipazioni pubbliche ma-

<sup>50</sup> Quella, già più volte richiamata, di A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, *passim*, ove, alla p. 64, il virgolato immediatamente successivo.

<sup>51</sup> A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 69.

<sup>52</sup> A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 69 s.

<sup>53</sup> A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 98 s.

<sup>54</sup> Ovvero a risolvere nel modo più severo, piuttosto che in quello più elastico, i dubbi interpretativi posti dalle norme in questione.

<sup>55</sup> E v. sotto entrambi i profili A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 71 ss. e 98 ss.

nifestatasi negli ultimi decenni ma col tempo, addirittura, un vero e proprio “tramonto delle partecipazioni pubbliche”.

Se, infatti, «il senso dell’art. 3, comma 27, l. 244/2007 è di imporre un divieto generalizzato a tutti gli enti pubblici di assumere o mantenere partecipazioni in società diverse da quelle ricomprese nelle tipologie consentite»<sup>56</sup>, e se l’individuazione di queste tipologie sarà effettuata in modo rigoroso, la partecipazione di soggetti pubblici a società non potrà che diventare, entro l’ambito di applicazione della norma, decisamente recessiva<sup>57</sup>; e ancor più sarà ridotto il numero delle società a partecipazione comunale per effetto delle norme del decreto competitività, dalle quali come si è visto discendono l’ammissibilità di un’unica partecipazione societaria per i Comuni fra i trentamila e i cinquantamila abitanti e una vera e propria incapacità ad acquistare la qualità di socio (salvo che insieme ad altri Comuni) per i Comuni più piccoli<sup>58</sup>.

Francamente ho qualche riluttanza ad accogliere una lettura di così forte impatto sistematico, tale da valorizzare al massimo la portata di misure che parrebbero contingenti e non strutturali, e da portare alle estreme con-

<sup>56</sup> A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 77.

<sup>57</sup> Non è invece limitata dalle prescrizioni in esame la partecipazione di soggetti pubblici a enti non societari (e v. – anche a testimonianza di una nomenclatura legislativa non ben sorvegliata – il c. 30 dell’art. 3, che ad altri fini considera l’ipotesi in cui «le amministrazioni, ... nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi»).

<sup>58</sup> Ciò salvo quanto si è detto nel par. 2, lett. b), sub  $\alpha$  e  $\delta$ . Va notato che l’*incipit* dell’art. 14, c. 32 del decreto competitività («Fermo restando quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge 24 dicembre 2007, n. 244») è astrattamente suscettibile di una lettura secondo cui continuerebbero ad essere consentite (tutte) le partecipazioni pubbliche rispettose dei limiti posti dalla finanziaria del 2008 (e v. Corte conti Puglia, parere n. 76 del 2010); lettura peraltro non condivisibile, poiché sostanzialmente priverebbe di ogni contenuto pre-cettivo il citato c. 32, disattivando i limiti numerici da questo introdotti: le partecipazioni pubbliche, infatti, continuerebbero ad essere permesse o vietate sulla sola base della norma anteriore (posto che i limiti numerici non opererebbero rispetto alle partecipazioni già consentite e sarebbero inutili rispetto a quelle già vietate). In realtà, un’interpretazione coordinata delle disposizioni in esame induce a concludere che il decreto competitività *ha aggiunto ai limiti funzionali* sanciti dalla finanziaria del 2008 *i limiti numerici* di cui si è detto, sicché le partecipazioni “in regola” sono solamente quelle rispettose di entrambe le serie di limiti (così, con condivisibile argomentazione, Corte conti Lombardia, parere 861 del 2010, ove anche la precisazione che i limiti in questione, per la loro portata generale, potrebbero essere superati sulla base di norme legislative speciali, anche anteriori, legittimanti la partecipazione in società chiamate a svolgere determinate attività o funzioni: su quest’ultimo punto, diversamente, A. Mazzoni, *op. ult. cit.*, 74 s.).

## tramonto delle partecipazioni pubbliche?

sequenze gli effetti di norme (quelle della finanziaria del 2008) come si è visto certamente sovradimensionate rispetto alla finalità pro-concorrenziale da esse stesse dichiarata<sup>59</sup>.

A ciò si aggiunge che da questo «radicale mutamento d'indirizzo» resterebbero immuni le partecipazioni societarie possedute da amministrazioni dello Stato, originariamente incluse nel campo di applicazione della finanziaria 2008 ma poi assoggettate a regimi diversi da altri provvedimenti<sup>60</sup>; il che evidenzerebbe una non trascurabile disarmonia sistematica, non comprendendosi come una ipotetica “scelta di sistema” possa di fatto assoggettare fattispecie analoghe a logiche opposte.

E lo stesso può dirsi, direi *a fortiori*, per le norme del decreto competitività<sup>61</sup>, il cui campo di applicazione è ancor più circoscritto, e ciò senza che appaia sicura la ragionevolezza della delimitazione dell'ambito soggettivo dei suoi destinatari<sup>62</sup>.

Quel che appare evidente è l'andamento ondivago della legislazione del settore, che senza troppa consapevolezza passa dal consentire con estrema larghezza<sup>63</sup> l'adozione dello strumento societario da parte di soggetti pubblici (pur non sempre appropriata)<sup>64</sup> al circondarla di limiti e divieti suscettibili di colpire anche situazioni in cui la partecipazione a società può essere assolutamente congrua, soddisfacente sul piano dell'economicità e dell'efficienza e rispettosa del diritto della concorrenza.

Il vero è che questi divieti assomigliano molto ai tristemente noti “tagli lineari” di Tremonti; ma un legislatore degno di questo nome dovrebbe procedere altrimenti, fissando i criteri che permettano di distinguere e trattare diversamente, per così dire, le società pubbliche “buone” e “quelle cattive”, quelle utili e quelle inutili.

In questa prospettiva potrebbero utilizzarsi spunti presenti nella distinzione fra “società di mercato” e “semi-amministrazioni” tracciata in un noto rapporto dell'Assonime<sup>65</sup>, come pure, forse, in quella fra società svolgenti at-

<sup>59</sup> V. sopra, § 2, *sub a*), testo e nota 16.

<sup>60</sup> V. sopra, testo e nota 13.

<sup>61</sup> Al di là del dubbio sulla loro “tenuta” costituzionale.

<sup>62</sup> Ovvero, in particolare, la giustificabilità del diverso trattamento riservato alle province rispetto ai comuni, o ai comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti rispetto a quelli al di sotto di tale soglia.

<sup>63</sup> E magari imporre.

<sup>64</sup> V. le norme citt. alla nota 10; e le considerazioni svolte in C. Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., 480 ss.

<sup>65</sup> *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, che può consultarsi in [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

tività d'impresa e società svolgenti attività amministrativa in forma privatistica emergente in alcune pronunce della Corte costituzionale (una delle quali relativa proprio alle norme della finanziaria 2008 di cui discutiamo)<sup>66</sup>; e soprattutto in alcune più analitiche e sostanzialmente convergenti riflessioni dottrinali degli ultimi anni<sup>67</sup>.

Tornando al punto da cui eravamo partiti credo comunque che, se le norme di cui ci siamo occupati non verranno modificate o ignorate o sostanzialmente disapplicate (come pure è possibile)<sup>68</sup>, la fase espansiva delle partecipazioni pubbliche debba ormai considerarsi esaurita, il che inevitabilmente lascerà spazio ad altre forme o modalità di esercizio delle attività prima esercitate mediante società a partecipazione pubblica (pur non essendo agevole prevedere se ciò condurrà a una più diffusa e marcata esternalizzazione delle attività in questione o, invece, o alla "riscoperta" di forme organizzative pubbliche quali le aziende speciali, di cui, in tempi che sembrano ormai remoti, la legge intendeva invece favorire la trasformazione in società di capitali<sup>69</sup>).

### *Abstract*

*The extension of public limited companies, both at national and local level, is one of the main features of the Italian administrative system of the last twenty years.*

*Pros and cons of such a model, too often object of normative interventions, have been highlighted by the large debate of the legal science. As a matter of fact, the lawmaker has not given the public limited companies statute any systemic order by the use of several random measures, nor has limited the negative effects of the excessive use of such an instrument.*

<sup>66</sup> Mi riferisco a C. cost., 1 agosto 2008, n. 326; ed alla già citata C. cost., 8 maggio 2009, n. 148.

<sup>67</sup> Cfr. ad es. M. Cammelli, M. Dugato, *op. cit.*, 1 ss.; M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato*, cit., 1 ss.; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 24 ss.; ma v. anche G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; M. Libertini, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, specie 1211 ss.

<sup>68</sup> Di ciò già si colgono le prime avvisaglie: mi riferisco al progressivo "annacquamento" della portata precettiva di tali norme ad opera del legislatore, con le ripetute deroghe all'obbligo di dismissione e le ripetute proroghe del termine per la dismissione stessa (v. sopra, § 2, lett. b).

<sup>69</sup> Cfr. l'art. 115 del «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), nella formulazione successiva alla l. 28 dicembre 2001, n. 48.

## **tramonto delle partecipazioni pubbliche?**

*Nowadays, a counter-tendency of this phenomenon can be noticed. On the one hand, Law n. 244/2007 denies all the public administrations of acquisition and management of shares, except these are essential to institutional aims or providing public services. On the other hand, Law Decree n. 78/2010, converted into Law 220/2010, generalizes and hardens those measures, limiting them to municipalities.*

*Such measures have generated incongruities, like the lack of provision of withdrawal of the public partner from the company or the lack of sanctions with effects on the validity of the company and acts with third parties in case of non-divestment of public shares within the legal time-limit.*

*Legal measures directed to contain public limited companies determine systemic effects and query the legal capacity of public bodies. Does the interdiction for a public body to be a partner of a company lead to the «sunset» of State share-holdings? The real weigh of the norm is difficult to define, first of all because of unstable legislation. The reintroduction of special companies or the contraction of public outsourcing is foreseeable. Anyway, the extent of such developments is still uncertain.*



MONICA COCCONI

## L'EQUITÀ DEL SISTEMA NAZIONALE D'ISTRUZIONE E LE DIFFERENZE TERRITORIALI NEI RISULTATI DEL SERVIZIO SCOLASTICO

SOMMARIO: 1. Premessa. La diffusione e la crescita dell'istruzione come fattori decisivi per la ripresa della produttività economica e l'aumento della mobilità sociale del Paese. – 2. I risultati delle rilevazioni effettuate dall'Invalsi: l'entità e la struttura delle differenze territoriali. – 3. L'equità verticale: la definizione e il conseguimento degli obiettivi di apprendimento. – 4. L'equità orizzontale: l'equivalenza dei diversi percorsi formativi presenti nel sistema. – 5. I vincoli all'equità derivanti dal Quadro europeo delle competenze chiave. – 6. La sostenibilità finanziaria della riduzione delle differenze territoriali. – 7. Conclusioni.

### **1. Premessa. La diffusione e la crescita dell'istruzione come fattori decisivi per la ripresa della produttività economica e l'aumento della mobilità sociale del Paese**

«*Without a workforce trained in math, science and technology, and the other skills of the 21st century, our companies will innovate less, our economy will grow less, and our nation will be less competitive. If we want to out-compete the world tomorrow, we must out-educate the world today*». Con queste parole, il futuro presidente statunitense Barack Obama metteva in luce, durante la propria campagna per le elezioni presidenziali, la rilevanza di politiche attive di riforma del sistema scolastico per favorire la competitività del sistema economico nordamericano.

Le politiche relative all'istruzione assumono un ruolo ancor più significativo nell'ordinamento europeo. Il mutamento di contesto economico in cui si colloca l'integrazione dei mercati con la loro apertura alla concorrenza internazionale, infatti, induce le economie europee a perseguire un vantaggio competitivo soprattutto attraverso la realizzazione di prodotti di qualità, frutto di innovazione tecnologica, anziché con la diminuzione di prezzi e salari<sup>1</sup>. In

<sup>1</sup> La distinzione fra economie a retribuzioni basse, che competono sul piano interna-

tale nuovo contesto, la diffusione e la creazione delle conoscenze dovute all'investimento nell'istruzione rivestono, in Europa, un ruolo più decisivo rispetto alla stessa mobilità dei fattori produttivi per superare la crisi economica in atto<sup>2</sup>.

L'istruzione e la formazione risultano in effetti, in questa prospettiva, elementi fondamentali delle forme di intervento pubblico dirette alla regolazione dei sistemi economici per favorirne la ripresa di capacità produttiva<sup>3</sup>.

Il nesso fra accrescimento delle competenze scolastiche e ripresa dello sviluppo economico risulta particolarmente problematico nel nostro Paese<sup>4</sup>. Ai progressi ottenuti sul piano quantitativo con l'aumento consistente del

zionale vendendo a prezzi più bassi ed economie ad alta specializzazione, che perseguono un vantaggio competitivo nel mercato mondiale attraverso produzioni di qualità e l'avanzamento delle frontiere tecnologiche si deve, nella scienza politica, a R. Dahrendorf, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1995, 151.

<sup>2</sup> Per il fatto che gli strumenti dell'integrazione economica debbano adeguarsi al mutamento di contesto determinato dall'evoluzione dei mercati all'interno del quale, come motori di crescita, l'istruzione superiore e la ricerca assumono una maggiore importanza rispetto alla formazione del capitale fisso, v. Rapporto Sapir, *Europa, un'agenda per la crescita*, il Mulino, Bologna, 2004, 237 (Ed. originale, *An Agenda for a Growing Europe, The Sapir Report*, Oxford, Oxford University Press, 2004).

<sup>3</sup> I sistemi formativi sono ritenuti, in tale prospettiva, nell'ambito della *political economy*, un esempio tipico del ruolo che le istituzioni possono svolgere nel favorire e modellare i processi economici, differenziandone le traiettorie nazionali di sviluppo, V. Capecchi, *Istruzione, formazione professionale e mercato del lavoro*, in *il Mulino*, 1993, n. 2, 319-334; M. Regini, *Modelli di capitalismo. Le risposte europee alla sfida della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 71. Più specificamente, i sistemi formativi sono stati ritenuti un elemento fondamentale nella costruzione di una teoria istituzionale del lato dell'offerta del capitalismo avanzato, integrativa delle carenze dell'approccio di Keynes, su cui v. W. Streeck, *Social institution and economic performance. Studies of industrial relations in advanced capitalist economies*, Sage Pub. London, 1992. La teoria keynesiana, infatti, si concentrava sull'accrescimento della domanda aggregata attraverso la leva della spesa pubblica al fine di estendere in tal modo la base occupazionale, mentre non prestava attenzione al funzionamento delle istituzioni sociali, come i sistemi formativi, necessarie per l'efficienza delle sue prestazioni. Tale approccio era adeguato in un'economia non esposta alla concorrenza internazionale, rivolta alla produzione di beni semplici, destinati ad un consumo di massa. Nell'attuale contesto economico, in cui l'integrazione dei mercati nazionali è esposta alla concorrenza internazionale, viceversa, non appare sufficiente incentivare la domanda, ma è necessario anche disporre di un'offerta di lavoro in grado di soddisfare i requisiti qualitativi di un'economia evoluta. Ai sistemi formativi pertanto, viene richiesta la preparazione di risorse umane necessarie per il funzionamento di economie da alta specializzazione.

<sup>4</sup> In tal senso, le analisi statistiche contenute nel *Quaderno Bianco sulla Scuola*, presentato il 21 settembre 2007 dai Ministri della Pubblica Istruzione e dell'Economia e Finanze.



## **l'equità del sistema di istruzione**

tasso di partecipazione all'istruzione scolastica, soprattutto superiore, non hanno corrisposto, infatti, analoghi progressi di tipo qualitativo. Tutte le indagini internazionali convergono, anzi, nell'evidenziare un ritardo significativo dei nostri studenti nei livelli di conoscenza e di competenza, ovvero nella capacità di utilizzare le abilità acquisite nei diversi contesti di vita. Tali indagini fanno emergere, soprattutto, la presenza di significativi squilibri territoriali nella diffusione delle conoscenze e competenze sul territorio, con risultati gravemente carenti nel Sud del Paese, oltre che di squilibri, di carattere sociale, discendenti dal tipo di scuola frequentata. Tali squilibri sono stati confermati dalle recenti rilevazioni compiute dall'Invalsi nell'anno scolastico 2009-2010, analizzate in modo specifico nel paragrafo seguente.

### **2. I risultati delle rilevazioni effettuate dall'Invalsi: l'entità e la struttura delle differenze territoriali**

In adempimento del proprio mandato istituzionale, l'Invalsi ha infatti pubblicato, di recente, i risultati della rilevazione degli apprendimenti effettuati nell'anno scolastico 2009-2010 nelle classi II e V della scuola primaria e nella classe I della scuola secondaria di primo grado. I risultati consistevano in una valutazione del valore aggiunto prodotto da ogni scuola in termini di accrescimento dei livelli di apprendimento degli studenti.

È opportuno precisare che le rilevazioni effettuate dall'Invalsi non assumono una valenza sanzionatoria o premiale delle istituzioni scolastiche. Offrono, tuttavia, un'informazione preziosa sugli esiti complessivi ottenuti in modo che le scuole dispongano di valori di riferimento (*benchmark*) con cui confrontare i propri risultati<sup>5</sup>. Peraltro, poiché dall'anno 2009, come richiesto dalla circolare ministeriale 22 ottobre 2009, n. 86, la rilevazione è stata censuaria e non volontaria, ovvero ha interessato tutti gli studenti delle relative classi, l'analisi degli esiti conseguenti assume un particolare significato. Risulta utile, infatti, al fine di valutare il grado di sostenibilità delle differenze territoriali ravvisate nei risultati di apprendimento e, quindi, l'equità complessiva del sistema d'istruzione ed induce a interrogarsi sugli strumenti di cui l'ordinamento dispone al fine, anzitutto, di elevare i risultati di apprendimento e, in secondo luogo, di ridurre le disparità insostenibili.

La relazione pubblicata di recente dall'Invalsi evidenzia la persistenza, nel sistema nazionale d'istruzione, di significative differenze nei risultati di

<sup>5</sup> Le direttive ministeriali n. 74 del 2008 e n. 76 del 2009.

apprendimento fra le regioni del Nord e quelle del Centro e del Sud sotto diversi profili. Non solo, infatti, tali risultati sono, complessivamente, più elevati nelle regioni settentrionali del Paese rispetto a quelle meridionali ma in queste aree geografiche, tendono, altresì, ad evolvere in modo divergente e sono sempre più dipendenti dal tipo di scuola frequentata. Mentre, infatti, le regioni del Nord sono molto simili fra loro, la variabilità dei risultati è strutturalmente più significativa al Sud, con le regioni meridionali che presentano, al proprio interno, esiti molto differenziati che evolvono in senso negativo nel seguito del percorso scolastico.

Questo processo si evidenzia nella variazione degli esiti ottenuti registrata durante il percorso scolastico ovvero dall'inizio della scuola primaria fino al termine della secondaria di primo grado. Infatti, mentre le regioni settentrionali hanno un'iniziale posizione di vantaggio e tendono a migliorare gradualmente i propri risultati nel percorso scolastico successivo, le regioni meridionali li peggiorano sensibilmente. Allo stesso modo, la variabilità complessiva dei punteggi dovuta alle differenze fra scuole, di tipo liceale o tecnico-professionale, che costituisce, anch'essa un indicatore di equità del sistema scolastico, in tal caso di carattere sociale, è sistematicamente più elevata nelle macro-aree del Sud rispetto alle regioni del Centro Nord.

Esiti analoghi erano già emersi dalla pubblicazione delle più recenti indagini internazionali<sup>6</sup>. Queste, infatti, convergevano nell'evidenziare nel complesso, nei nostri studenti, livelli di apprendimenti assai inferiori a quelli degli altri paesi industrializzati. I dati pubblicati dall'Ocse ad inizio dicembre 2007 sulla base dell'ultima edizione di Pisa (*Programme for International Student Assessment*) infatti, collocano il nostro Paese ad un livello significativamente più basso della media internazionale<sup>7</sup>. L'analisi di tali dati, disaggregati per area geografica, evidenzia altresì l'esistenza di differenze significative fra Nord e Sud del Paese. Il Centro si colloca in posizione interme-

<sup>6</sup> Sottolineano i pregi e i limiti delle rilevazioni internazionali nelle indagini sui risultati dei sistemi educativi, nel senso che consentono di comprendere, nel confronto, i problemi del contesto nazionale di riferimento ma presentano anche il rischio di un eccesso di semplificazione, B. Carotti, E. D'Alterio, T. Testoni, *Misurazione e valutazione della qualità dei servizi pubblici*, Rapporto Irpa 2011, n. 6.

<sup>7</sup> Oecd, Pisa 2006, *Science competencies for tomorrow's world*, vol. I, *Analysis* e Vol. II, *Data*, Paris, Oecd, 2007. Per un'analisi di tali dati, si v. M. T. Siniscalco, *Il futuro comincia sui banchi. Lezioni europee ed americane*, in *il Mulino*, 2008, 276. Si v., altresì, A. von Bogdandy, M. Goldmann, *The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for New International Standard Instrument*, in *International Organization Law Review* 5 (2008), 241-298.

## **l'equità del sistema di istruzione**

dia e l'area meridionale del Paese al di sotto di tutti gli Stati europei, con risultati analoghi a quelli del Cile.

Alle differenze di carattere territoriale si aggiungono quelle di carattere sociale attinenti al tipo di scuola frequentata, la cui scelta, di tipo liceale o tecnico-professionale, si dimostra favorire la riproduzione delle discriminazioni sociali esistenti, anziché la mobilità intergenerazionale.

La presenza di significativi squilibri territoriali nei risultati del sistema d'istruzione non è riconducibile unicamente all'ingresso delle regioni, dotate per la prima volta, grazie alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, di una potestà normativa concorrente nel settore<sup>8</sup>. È stato messo in luce, infatti, come anche il funzionamento di un sistema d'istruzione inizialmente accentrato lasciasse persistere, comunque, iniquità profonde nell'effettiva garanzia del relativo diritto sociale<sup>9</sup>.

È altrettanto innegabile che il manifestarsi del decentramento politico anche in quest'ambito pone in modo ancor più significativo, rispetto al passato, la questione degli strumenti idonei ad assicurare l'unitarietà del sistema d'istruzione, ovvero il pari godimento del diritto all'istruzione sul territorio nazionale.

È evidente che un certo grado di differenziazione all'interno di un sistema che è, nel contempo, unitario e plurale poiché in esso convivono molteplici autonomie, sia funzionali che territoriali, costituisce, in qualche misura, un dato fisiologico. Si tratta di individuare, tuttavia, gli strumenti per evitare che le differenze rilevate nei risultati di apprendimento compromettano l'equità complessiva del sistema nazionale d'istruzione e l'effettiva soddisfazione, su tutto il territorio nazionale, del diritto sociale all'istruzione.

Conformemente alla sua natura sociale, infatti, ovvero quale bene essenziale per l'esistenza individuale, la soddisfazione del diritto all'istruzione concorre a realizzare l'eguaglianza sostanziale e, pertanto, non tollera trattamenti ingiustificatamente differenziati all'interno dell'ordinamento nazionale. Tale assunto si applica in modo particolare al ciclo primario del sistema d'istruzione. La sua frequenza obbligatoria è specificamente diretta ad assicurare ai minori la rimozione di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale» che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, «impedi-

<sup>8</sup> Mi sia permesso rinviare, a proposito degli effetti dell'ingresso delle regioni nell'istruzione, a M. Cocconi, *Le regioni nell'istruzione dopo il nuovo titolo V*, in *Le regioni*, n. 5, 2007, 725-745.

<sup>9</sup> Come mette in luce lo studio di M. Renna, *Le diseguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, *Le diseguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Giappichelli, Torino, 2006, 89.

scono il pieno sviluppo della persona umana». In tale finalità il dettato costituzionale, all'art. 3, c. 2, riconosce esplicitamente l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

Fra gli strumenti preferenziali che il dettato costituzionale contempla per attuare tale principio vi è, anzitutto, quello dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*). che in questa sede verranno interpretati non tanto come competenza irrinunciabile dello Stato, quanto quale mezzo per assicurare un'effettiva garanzia ai diritti sociali ad essi sottesi su tutto il territorio nazionale (par. 3).

La loro individuazione ed attuazione dovrebbero assicurare l'unitarietà del sistema non solo di fronte al decentramento territoriale ma anche rispetto alla diversità dei percorsi formativi previsti all'interno del sistema e dei differenti enti competenti a disciplinarli. In tal senso, saranno analizzati i modi per assicurare un'effettiva equivalenza qualitativa anche ai percorsi formativi offerti dall'istruzione tecnica e professionale, sia statale che regionale (par. 4).

Lo sforzo del nostro Paese diretto sia ad innalzare la qualità dell'istruzione che a rendere sostenibili le differenze territoriali nei risultati di apprendimento, inoltre, dovrà necessariamente tener conto del vincolo costituito dal Quadro europeo. Questo ha definito, infatti, non solo le competenze chiave che tutti i cittadini europei dovranno acquisire ma anche i parametri per rendere misurabile il miglioramento dei risultati di apprendimento registrabile in Europa (par. 5).

Il superamento degli squilibri territoriali nei risultati del sistema scolastico è affidato, infine, ad una redistribuzione solidale e, al contempo equa ed efficiente, delle risorse finanziarie utilizzabili per finanziare i livelli essenziali delle prestazioni. Il meccanismo in grado di consentire un integrale finanziamento di tali livelli senza sacrificare il grado di efficienza dei servizi e di responsabilizzazione degli enti territoriali nella loro erogazione è individuato, dalla l. 5 maggio 2009, n. 42, in quello del costo cd. *standard* che è destinato a sostituire quello precedente della spesa cd. *storica* (par. 6).

### **3. L'equità verticale: la definizione e il conseguimento degli obiettivi di apprendimento**

La definizione degli obiettivi formativi che deve necessariamente conseguire il sistema nazionale d'istruzione spetta, anzitutto, allo Stato; in virtù della stessa qualificazione del legislatore, gli obiettivi formativi esplicitano, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. *m*), i livelli essenziali di prestazione che tutte le

## **l'equità del sistema di istruzione**

istituzioni scolastiche pubbliche presenti sul territorio nazionale devono offrire al fine di soddisfare il diritto, personale e sociale, ad un'istruzione e formazione di qualità<sup>10</sup>.

La formula costituzionale che allude ai livelli essenziali di prestazione si riferisce tuttavia, più che ad una formale definizione, nel caso di specie, degli obiettivi formativi del sistema nazionale d'istruzione, ad interventi specifici dei pubblici poteri diretti alla rimozione delle diseguaglianze di fatto nell'effettiva garanzia assicurata al diritto all'istruzione.

Appare opportuno, pertanto, piuttosto che individuare la spettanza della competenza normativa relativa alla determinazione degli obiettivi formativi di apprendimento, generali e specifici, chiarire quali siano i modi e gli strumenti per favorire una loro effettiva attuazione sostenibile nella prospettiva dell'equità complessiva del sistema.

Tale finalità può essere raggiunta unicamente con il concorso degli altri soggetti che interagiscono nel sistema, ovvero le regioni e le scuole. La competenza sulla determinazione dei livelli essenziali, infatti, non esclude ma, anzi, implica necessariamente un'attuazione ad opera delle regioni e degli enti locali. La stessa formula utilizzata dall'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., ovvero i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», dovrebbe interpretarsi, piuttosto che come mera competenza irrinunciabile dello Stato<sup>11</sup>, quale condizione per assicurare, anche nell'esplicarsi del decentramento territoriale e funzionale, un'equa soddisfazione ai diritti costituzionali ad essi sottesi.

L'individuazione dei livelli essenziali assicura, pertanto, che il decentramento politico, anche in materia d'istruzione, non si traduca in differenze territoriali o sociali insostenibili nei risultati d'istruzione e quindi dissolva il

<sup>10</sup>V. *Le indicazioni nazionali* di cui agli allegati A, B, C e D del d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, come aggiornate dalle *Indicazioni per il curricolo* di cui al decreto del Ministro della Pubblica Istruzione 31 luglio 2007. La successiva revisione delle *Indicazioni nazionali* dovrà avvenire attraverso regolamenti, ai sensi dell'art. 17, c. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, sulla base di apposito monitoraggio delle attività poste in essere dalle istituzioni scolastiche, affidato all'Agenzia nazionale per lo sviluppo dell'autonomia scolastica o all'Istituto nazionale per la valutazione del sistema educativo d'istruzione e di formazione.

<sup>11</sup> Sul rapporto fra i livelli essenziali delle prestazioni e i contenuti dei diritti della persona nell'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., sono fondamentali le considerazioni di G. Pastori, *Il diritto allo studio universitario fra riforme istituzionali ed amministrative*, in Aa.Vv., *Il diritto allo studio universitario. Radici e prospettive*, a cura di E. Genta, L'Artistica Editrice, Savignano, 2003, 18-19.

nesso essenziale fra cittadinanza politica e sociale insito nell'unitarietà del sistema d'istruzione<sup>12</sup>.

I legislatori regionali, pertanto, potranno disciplinare le prestazioni relative agli obiettivi formativi, generali e specifici, definendone ulteriori rispetto a quelli fissati dal legislatore statale o elevandone il livello. Lo stesso nucleo della potestà concorrente regionale nell'istruzione – come individuato dalla Corte costituzionale, a partire dalla nota sentenza 13 gennaio 2004, n. 13<sup>13</sup> – ovvero la programmazione dell'offerta formativa integrata tra istruzione e formazione professionale e la programmazione della rete scolastica – si concretizza, inevitabilmente, nella scelta dei modi e delle forme con cui gli obiettivi formativi del servizio scolastico dovranno essere raggiunti sul territorio. In tal modo può risultare arricchito e più adeguato alle specifiche realtà territoriali il Profilo educativo, culturale e professionale acquisito dallo studente al termine di ciascun Ciclo del sistema.

Anche l'esercizio dell'autonomia «didattica» e «organizzativa» riconosciuta alle istituzioni scolastiche dagli artt. 4 e 5, d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, può favorire il conseguimento degli obiettivi formativi. Questo avviene anzitutto, anche se non solo, attraverso la redazione del piano dell'offerta formativa, nel quale la definizione di una quota almeno del venti per cento è affidata, attualmente, alle istituzioni scolastiche<sup>14</sup> o con lo svolgimento di at-

<sup>12</sup> Si v., in tal senso, V. Campione, A. Poggi, *Sovranità decentramento regole*, il Mulino, Bologna, 2009, 12.

<sup>13</sup> L'ambito della potestà legislativa regionale concorrente in materia di istruzione è stato identificato nella programmazione della rete scolastica da C. cost. 13 gennaio 2004, n. 13, *Foro it.*, 2004, I, 2666 (su cui mi sia permesso il rinvio a M. Cocconi, *La potestà legislativa concorrente delle regioni in materia di istruzione fra nuovo titolo V ed esigenze di continuità di un servizio pubblico essenziale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 13/04*; la sentenza è stata annotata da A. Pajno, *Costruzione del sistema di istruzione e primato delle funzioni amministrative*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 529; A. M. Poggi, *Un altro pezzo del «mosaico»: una sentenza importante per la definizione del contenuto della potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione*, in *www.federalismi.it* [5 febbraio 2004]), che ha dedotto l'ambito della potestà legislativa concorrente da quello proprio della potestà amministrativa conferita alle regioni dall'art. 138, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112. Il suo presupposto era quello che il legislatore costituzionale dovesse necessariamente considerare come acquisito alle regioni l'ambito ad esse già riconosciuto, in forma di competenza delegata, nel contesto del cd. terzo decentramento (realizzato, appunto, dal d.lgs. n. 112/98). Successivamente, C. cost. 26 gennaio 2005, n. 34, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Regione*, n. 679, ha precisato l'estensione di tale ambito, comprendendovi, oltre alla programmazione della rete scolastica, la «programmazione dell'offerta formativa integrata fra istruzione e formazione professionale» (art. 138, c. 1, lett. a), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112).

<sup>14</sup> Il d.m. 13 giugno 2006, n. 47, ha aumentato dal 15% al 20 % del monte ore annuale la quota spettante agli istituti.

## **l'equità del sistema di istruzione**

tività facoltative rispetto al monte ore obbligatorio, richieste dalle famiglie, la cui successiva frequenza è gratuita e obbligatoria per gli studenti. Lo stesso svolgimento di tale monte ore, infatti, può essere realizzato dalle istituzioni scolastiche in modo diversificato, grazie all'autonomia organizzativa loro riconosciuta. È possibile, infatti, sia alternare modalità differenti di apprendimento, come lezioni frontali o laboratori sperimentali, sia organizzare i gruppi di studenti secondo modelli differenti da quello tradizionale della classe sia, infine, utilizzare modalità flessibili di impiego dei docenti. A tal fine saranno utilizzabili le risorse finanziarie assegnate direttamente alle scuole sulla base dell'art. 1, c. 601, l. 27 dicembre 2006, n. 296, relative al funzionamento delle istituzioni scolastiche.

La stessa individuazione, da parte delle regioni, della quota di compartecipazione di loro competenza alla determinazione dei *curricoli* dovrebbe comprendere e non comprimere la necessaria espansione dell'autonomia didattica e organizzativa delle scuole. In tale prospettiva, le istituzioni scolastiche dovrebbero tradurre con le loro scelte autonome, di tipo pedagogico e metodologico, le specifiche attese provenienti dai soggetti istituzionalmente responsabili delle politiche di istruzione e di formazione sul territorio.

In realtà, un coerente sviluppo dell'autonomia riconosciuta alle istituzioni scolastiche dall'art. 21, l. 15 marzo 1997, n. 59, intesa anche quale autonomia di «libertà progettuale» delle scuole rende ormai inadeguato il paradigma delle scuole quali mere sedi di attuazione passiva di obiettivi formativi e di saperi disciplinari definiti in sede nazionale. Tale sviluppo dovrebbe dar luogo, viceversa, a un differente sistema di relazioni fra ministero e istituzioni scolastiche anche nella stessa definizione dei percorsi formativi<sup>15</sup>. Più che un diverso riparto di competenze di natura gerarchica, il riconoscimento dell'autonomia funzionale delle scuole introduce, in realtà, un vero e proprio modello nuovo di governo del sistema d'istruzione, di tipo orizzontale. Al suo interno le comunità scolastiche svolgono in autonomia le loro funzioni di istruzione, di formazione e di ricerca educativa pur nel quadro di obiettivi formativi generali definiti dall'amministrazione statale. Nell'esplicazione di tale compito, peraltro, quest'amministrazione garantisce il carattere pubblico del sistema e ne preserva altresì, pur nell'attuazione affidata ai diversi soggetti del sistema, la perequazione sul piano territoriale<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sull'autonomia di progettazione didattica delle scuole, si v. Quaderni Isfol, *Linee guida per la progettazione dei percorsi formativi – Istruzione e formazione tecnica superiore*, Roma, 1999.

<sup>16</sup> Sembra ispirarsi, tuttavia, ad una logica parzialmente opposta il recente regolamento

#### 4. L'equità orizzontale: l'equivalenza dei diversi percorsi formativi presenti nel sistema

Nella direzione di un sistema nazionale d'istruzione effettivamente equo, anche sotto il profilo orizzontale, ulteriori passaggi decisivi restano ancora da compiere.

Deve essere preservata, ad esempio, l'unitarietà del sistema di istruzione e formazione pur nella diversità di fini dei percorsi formativi interni e degli enti competenti a disciplinarli. Il conseguimento di un'effettiva unitarietà presuppone un'equivalenza sostanziale dei percorsi formativi offerti da ciascun segmento del sistema.

Al fine di ottenere quest'equivalenza sono stati anzitutto definiti, per ogni asse culturale (dei linguaggi, matematico, scientifico-tecnologico, storico-sociale), con il reg. del 22 agosto 2007, n. 139, i livelli essenziali dei saperi e delle competenze che dovranno essere assicurati da ogni tipo di scuola e nello svolgimento di qualsiasi percorso formativo<sup>17</sup>. Tale definizione è seguita all'adozione in via sperimentale, con il d.m. 31 luglio 2007, delle *Indicazioni nazionali* per la scuola d'infanzia, primaria e secondaria di primo grado, che dovrebbero costituire, anch'esse, una base verificabile per valutare la qualità dell'istruzione.

La definizione dei livelli essenziali dei saperi e delle competenze e le Indicazioni nazionali superano l'impostazione epistemologica, di origine gentiliana, per la quale, nel processo di apprendimento, le abilità speculative risultano superiori rispetto a quelle esperienziali. Da quest'impostazione si

di riorganizzazione del Murst contenuto nel d.P.R., 20 gennaio 2009, n. 19 in cui si assiste, sotto taluni profili, ad una riassunzione di compiti conferiti dal d.lgs. 25 giugno 1998, n. 112 alle regioni o sottratti a tale conferimento dalla l. delega 15 marzo 1997, n. 59, all'art. 21, in quanto destinati alle istituzioni scolastiche. Le funzioni amministrative statali in materia di istruzione, ad esempio, non dovrebbero interferire con le attività di progettazione didattica e di ricerca spettanti alle scuole; il regolamento, viceversa, affida all'amministrazione statale, all'art. 5, d.P.R. n. 17 del 2009, funzioni amministrative relative «alla sperimentazione di innovazioni funzionali alle esigenze formative degli studenti» e le definisce quali funzioni operative anziché di indirizzo sottraendole, in tal modo, alle istituzioni scolastiche. Per un commento a tale regolamento sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *L'organizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università, della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, n. 10.

<sup>17</sup> Con nota 14 aprile 2010, n. 1208, è stato diffuso il d.m. n. 9 del 2010 con cui è stato adottato il modello di certificato dei saperi e delle competenze acquisiti dagli studenti al termine dell'obbligo di istruzione, in coerenza con le indicazioni dell'Unione europea sulla trasparenza delle certificazioni.



## L'equità del sistema di istruzione

faceva discendere la superiorità dei percorsi formativi liceali rispetto a quelli tecnico-professionali. Il riconoscimento della pari dignità del sistema dei licei rispetto a quello dell'istruzione e formazione, affermata, per la prima volta, dalla l. 28 marzo 2003, n. 53 con la conseguente soppressione degli istituti tecnici, intendeva soddisfare, viceversa, l'eguale rilevanza, in ogni processo cognitivo, delle competenze operative rispetto a quelle teoriche.

Sotto questo profilo, un'ulteriore innovazione molto significativa è senza dubbio quella introdotta, di recente, dall'art. 64, l. 6 agosto 2008, n. 133, per cui anche i percorsi formativi triennali e quadriennali offerti dalle regioni, oltre che la formazione realizzata nell'esercizio dell'apprendistato<sup>18</sup>, permettono ai minori di assolvere l'obbligo d'istruzione. La possibilità di assolvere tale obbligo attraverso percorsi formativi differenziati ne richiede, infatti, un'effettiva equivalenza sotto il profilo qualitativo, pur nel rispetto della peculiare offerta formativa e degli obiettivi che caratterizzano i diversi *curricoli*.

Si sta compiendo gradualmente, pertanto, un processo diretto ad assicurare un'effettiva equivalenza qualitativa anche ai percorsi formativi realizzati dalle regioni. Un percorso di collaborazione interistituzionale tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali, iniziato con l'Accordo quadro del 19 giugno 2003, in seno alla Conferenza unificata, dopo l'avvio dei percorsi sperimentali di formazione professionale affidati alle regioni<sup>19</sup>, ne ha progressivamente definito i vincoli comuni su tutto il territorio nazionale quali, fra gli altri, gli *standard* formativi minimi relativi alle competenze di base. Di recente l'Accordo del 29 aprile 2010 ha redatto il primo Repertorio nazionale, comprensivo di ventun figure professionali relative al percorso formativo di durata triennale e altrettante correlate a quello di durata qua-

<sup>18</sup> Come previsto dall'art. 48, c. 8, cd. «Collegato Lavoro» della legge finanziaria 2010.

<sup>19</sup> Tali percorsi sperimentali erano stati previsti dall'art. 28, d.lgs. 17 ottobre 2005, n. 226.

<sup>20</sup> Con la sentenza 2 novembre 2010, n. 309, la Corte costituzionale ha dichiarato fondate le censure mosse alla disciplina regionale toscana, contenuta nella l. 5 novembre 2009, n. 63, che aveva indicato, quale misura di attuazione dell'obbligo scolastico nel sistema della formazione professionale, un percorso triennale destinato al conseguimento di una qualifica professionale articolato in un primo biennio scolastico e in un terzo anno interamente professionalizzante. La disciplina regionale, in effetti, risultava per la Corte illegittima sia poiché violava le norme generali sull'istruzione in cui rientrerebbe, per i giudici costituzionali, la definizione dei tempi e dei modi di assolvimento dell'obbligo di istruzione anche nei percorsi di formazione professionale, sia per la sua regolazione unilaterale da parte delle regioni, prima della data indicata dalla disciplina statale e degli accordi in Conferenza Stato-Regioni da

driennale, spendibili a livello nazionale, inquadrare, rispettivamente, nel terzo e quarto livello europeo<sup>20</sup>.

Un ulteriore passaggio decisivo per introdurre una maggior equità nel sistema d'istruzione è costituito dalla riqualificazione dell'istruzione tecnica e professionale. Le indagini internazionali hanno evidenziato, infatti, che i Paesi in cui è maggiormente sviluppato e qualificato il segmento tecnico sono quelli in cui la formazione delle competenze risulta meno condizionata dall'ambiente familiare e dal contesto socioeconomico di provenienza dello studente. Tale riqualificazione, quindi, risulta ancor più necessaria per evitare l'impatto negativo che l'accesso anticipato degli studenti in *curricula* differenziati produce, generalmente, sulla formazione delle competenze. È stato messo in luce, infatti, come l'accesso precoce ad una formazione specializzata riproduce le disuguaglianze sociali esistenti e non promuove un'effettiva mobilità intergenerazionale<sup>21</sup>.

È necessario, pertanto, portare a compimento il processo di riqualificazione dell'istruzione tecnica avviato dal recente regolamento sul riordino degli istituti tecnici<sup>22</sup>. Tale processo dovrebbe attribuire ai relativi percorsi una valenza formativa analoga a quella dei licei anche nelle preferenze manifestate dalle famiglie e dagli utenti, sia pur caratterizzata dall'offerta di una base culturale a carattere scientifico e tecnologico<sup>23</sup>. All'effettivo compimento di questo disegno riformatore è affidata la sfida di una maggior calibratura della formazione tecnica sulle esigenze del sistema produttivo territoriale, soprattutto sul versante manifatturiero. Ad esso è anche condizionato il graduale rilancio della sua crescita che dovrebbe favorire, nel contempo, la ripresa economica complessiva del Paese<sup>24</sup>.

Il rilancio dell'istruzione tecnica presuppone, ad esempio, l'introduzione e il rafforzamento di raccordi fra le istituzioni scolastiche, le strutture

questa richiesti. Sulla sent. mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *L'assolvimento dell'obbligo scolastico nei percorsi di formazione professionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 374.

<sup>21</sup> Su tale profilo, D. Cecchi, *I vincoli del sistema scolastico e la formazione delle competenze*, in *il Mulino*, 2007, 80-90; più di recente Id., *Sistemi scolastici regionali e capacità di sviluppo delle competenze. I divari delle indagini PIRLS e PISA*, in *Riv. pol. soc.*, 2010, n. 3, 1-25; Id., *Percorsi sociali e origini sociali nella scuola italiana*, in *Pol. econ.*, 2010, n. 3, 359-388.

<sup>22</sup> Si v. il d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88, recante la revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico degli istituti tecnici.

<sup>23</sup> Si v. Aa.Vv., *L'istruzione tecnica*, Quaderno Treelle, n. 8/2, 2009.

<sup>24</sup> Sulle opportunità discendenti dalla riqualificazione dell'istruzione tecnica nella prospettiva della ripresa del sistema produttivo, P. Ferratini, *Tante riforme, nessuna riforma*, in *il Mulino*, 2008, 275.

## **l'equità del sistema di istruzione**

formative accreditate dalle regioni e i soggetti imprenditoriali e la progettazione di percorsi formativi coerenti con la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio sul quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente (EQF)<sup>25</sup>.

È coerente con questa prospettiva il rafforzamento dell'autonomia degli istituti tecnici con l'aumento fino al trentacinque per cento, nell'ultimo anno, delle quote di flessibilità riservate alle scuole per rispondere alle esigenze del territorio e ai bisogni formativi espressi dal mondo del lavoro<sup>26</sup>. Gli stessi istituti potranno dotarsi, sempre con la stessa finalità, di comitati tecnico-scientifici composti da docenti ed esperti del mondo del lavoro, delle professioni e della ricerca scientifica e tecnologica; dovranno introdurre, altresì, l'insegnamento delle scienze integrate che favorisce un'integrazione fra i saperi scientifici di base e quelli che ne guidano l'applicazione<sup>27</sup>.

### **5. I vincoli all'equità derivanti dal Quadro europeo delle competenze chiave**

Lo sforzo del nostro Paese diretto a definire le competenze base ed i saperi essenziali da conseguire su tutto il territorio nazionale ed in ogni segmento del sistema per elevarne l'equità dovrà necessariamente situarsi all'interno del Quadro europeo che ha fissato, attraverso la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, «le competenze chiave per l'apprendimento permanente»<sup>28</sup>. La rilevanza di tale Quadro europeo si comprende alla luce dell'ampio e plurale significato riconosciuto all'istruzione a livello comunitario, a partire dal Consiglio europeo del 23-24 marzo 2000, che è, nel contempo, economico e sociale<sup>29</sup>.

Percepita come un fattore decisivo per il recupero della competitività economica del sistema europeo rispetto alla concorrenza internazionale fa-

<sup>25</sup> Si v. la *Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio* del 23 aprile 2008.

<sup>26</sup> Art. 2, c. 3, lett. a), d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88.

<sup>27</sup> Art. 2, c. 3, lett. d), d.P.R. 15 marzo 2010, n. 88.

<sup>28</sup> Tali competenze sono la comunicazione nella madre lingua, la comunicazione in una lingua straniera, la competenza matematica, le competenze di base in scienza e tecnologia, la competenza digitale, imparare ad imparare, le competenze sociali e civiche, lo spirito d'iniziativa e l'imprenditorialità ed, infine, la consapevolezza ed espressione culturale.

<sup>29</sup> Per uno svolgimento più ampio del tema, sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2006.

vorita dall'apertura dei mercati, l'istruzione costituisce nel contempo, a livello europeo, un motore privilegiato per la costruzione della cittadinanza europea e la coesione sociale dell'ordinamento comunitario. Attraverso la promozione degli scambi di docenti e studenti a fini di studio, l'iniziativa europea nell'istruzione favorisce, infatti, quel senso di reciproco rispetto e tolleranza delle differenze nazionali che è alla base della costruzione europea. Lungi dal costituire, dunque, un mero "settore" di competenza comunitaria, l'istruzione concorre a conseguire le finalità prioritarie della costruzione del processo europeo.

L'iniziativa europea nell'istruzione, tuttavia, non si avvale del ricorso a competenze normative ma, alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, si limita, anche attraverso la definizione del Quadro europeo delle competenze di base, a supportare e a indirizzare l'azione più incisiva degli Stati membri soprattutto attraverso il ricorso al metodo europeo di coordinamento. La struttura di tale metodo, in effetti, è ispirata alla necessità di preservare la titolarità statale delle competenze legislative nell'istruzione, al fine di salvaguardare le identità culturali nazionali; nel contempo, assicura la collocazione della relativa funzione in una dimensione europea, in quanto ne conforma l'esercizio al conseguimento di obiettivi comuni<sup>30</sup>.

Il funzionamento concreto del metodo tuttavia, in questi anni, ne ha evidenziato alcuni difetti, quali la mancata previsione di una verifica degli esiti, il difetto di trasparenza nei processi decisionali, l'eccessiva debolezza della *peer-pressure* esercitata dai *partners* con i migliori rendimenti e l'assenza di un'autentica effettività<sup>31</sup>. Per assicurarne una ricaduta effettiva sul piano della coesione effettiva dell'ordinamento europeo, dunque, sarebbe necessario colmare la distanza fra le previsioni formali e la disciplina procedurale del metodo, al fine di assicurarne un'effettiva funzionalità.

Dopo il Consiglio di Lisbona e nel contesto delle finalità strategiche da esso individuate ovvero il rafforzamento della qualità e dell'efficacia dei sistemi d'istruzione, la loro maggiore accessibilità ed apertura al resto del mondo, i successivi Consigli europei di Stoccolma (marzo 2001) e Barcellona (15-16 marzo 2002) hanno individuato alcuni «obiettivi futuri concreti» della dimensione europea dell'istruzione fra cui lo sviluppo delle

<sup>30</sup> Sul fatto che l'elaborazione della strategia del Consiglio di Lisbona, fondata sulla centralità dell'istruzione e formazione nel processo europeo di sviluppo verta principalmente sul metodo europeo di coordinamento, si v. M. J. Rodriguez (a cura di), *The New Knowledge Economy in Europe. A Strategy for International Competitiveness and Social Cohesion*, Elgar, Northampton, 2002.

<sup>31</sup> Si v. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 217.

## **l'equità del sistema di istruzione**

competenze di base, nonché un programma di lavoro (il programma «Istruzione e formazione 2010») per poterli ottenere entro il 2010.

Nel maggio 2003 il Consiglio ha adottato, altresì, livelli di riferimento europei (i cd. «parametri europei di riferimento») in grado di rendere misurabile il miglioramento nei risultati degli apprendimenti registrato mediamente in Europa. Tali parametri di riferimento comprendono la capacità di lettura, il completamento dell'istruzione secondaria superiore e la partecipazione degli adulti all'apprendimento permanente e sono strettamente correlati con il conseguimento delle competenze chiave.

In tale direzione hanno già operato quasi tutti gli Stati europei definendo, in modo coerente con il proprio contesto culturale, i *curricoli* necessari all'adempimento dell'obbligo scolastico caratterizzati più da competenze e abilità da acquisire che da conoscenze da apprendere<sup>32</sup>. Le competenze acquisite con il compimento dell'obbligo scolastico, poi, dovrebbero rappresentare la base per la prosecuzione dell'apprendimento nella vita adulta in un quadro di *long life learning*. Senza dubbio anche gli sforzi del nostro Paese diretti a favorire il conseguimento delle competenze chiave e dei saperi essenziali in modo equilibrato su tutto il territorio nazionale ed in ogni segmento del sistema dovranno tener conto del vincolo rappresentato dal Quadro definito a livello europeo.

## **6. La sostenibilità finanziaria della riduzione delle differenze territoriali**

Un ulteriore profilo decisivo riguarda le risorse finanziarie utilizzabili per favorire, attraverso il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost., il graduale superamento degli squilibri territoriali nei risultati del sistema scolastico. Il loro reperimento è senz'altro individuabile negli strumenti contemplati nell'art. 119 Cost., diretti a coniugare la crescente autonomia di entrata riconosciuta a regioni ed enti locali con la l. 5 maggio 2009, n. 142, e il d.lgs. di attuazione 6 maggio 2011, n. 68, con una redistribuzione equa ma, al tempo stesso, efficiente, delle risorse destinate a finanziare i livelli essenziali delle prestazioni.

Negli strumenti contemplati a tal fine dall'art. 119 Cost., cc. 3 e 5, ovvero il fondo perequativo istituito dallo Stato, senza vincoli di destinazione,

<sup>32</sup> Per un'analisi più approfondita delle riforme dei curricula introdotti in alcuni Paesi europei, si v. V. Campione, A. Poggi, *Sovranità decentramento regole*, cit., 57 ss.

le risorse aggiuntive e gli interventi speciali in favore di determinati «Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni», infatti, emerge chiaramente il nesso fra il finanziamento dei livelli essenziali – nel caso dell’istruzione, il conseguimento degli obiettivi formativi, generali e specifici – e la necessità di una redistribuzione territoriale solidale ed equa delle relative risorse<sup>33</sup>.

Tale correlazione viene dapprima esplicitata, in via generale, dalla finalità complessiva assegnata a questi strumenti dall’art. 1, l. 5 maggio 2009, n. 42, ovvero «lo sviluppo delle aree sottoutilizzate nella prospettiva del superamento del dualismo economico del Paese». La stessa emerge, altresì, dagli obiettivi più specifici assegnati a tali strumenti all’interno della legge delega.

Fra i criteri direttivi di riparto del fondo perequativo a favore delle regioni con minori capacità fiscali – ovvero con un gettito per abitante dell’addizionale regionale dell’Irpef inferiore alla media nazionale – viene menzionato anzitutto, alle lett. *d)* ed *e)* dell’art. 9, il vincolo di finanziamento integrale dei livelli essenziali delle prestazioni fissati dal legislatore (negli ambiti sanitario, sociale, dell’istruzione e del trasporto pubblico locale). L’entità del riequilibrio delle differenze tra territori, tuttavia, non viene commisurata, in tal caso, ad una parificazione delle diverse capacità fiscali, le cui diversità, peraltro, risultano fisiologiche, in un assetto pluralista.

Si mira ad assicurare, piuttosto, l’integrale finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni quantificate secondo il criterio, introdotto dalla legge delega, del costo cd. *standard*<sup>34</sup>. La sua definizione, tratta dall’economia politica – e che costituisce, senza dubbio, una delle innovazioni decisive della riforma – richiede di quantificare il costo di produzione di un servizio nelle condizioni di migliore efficienza/utilità in relazione ai fabbisogni *standard* degli utenti; esso è destinato a sostituire, gradualmente, il precedente meccanismo della spesa cd. storica. La sua introduzione dovrebbe soddisfare una duplice finalità: parificare i costi di produzione delle prestazioni, e quindi contenerli, valutare gli scostamenti da questi dei costi effettivi e, di conseguenza, verificare il grado di efficienza del sistema nel suo complesso.

<sup>33</sup> *Amplius*, su tali strumenti, v. G. della Cananea, *Autonomie e perequazione nell’art. 119 della Cost.*, in *Ist. fed.*, 2005, 127 ss. Più di recente è stata rilevata la debolezza del legislatore, con il d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, nel tracciare la disciplina del sistema perequativo nella sua effettiva dinamica di funzionamento, si v. E. Iorio, *Un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della sanità*, in *Federalismi.it*, 8 giugno 2011.

<sup>34</sup> Sulla significativa rilevanza di tale meccanismo, si v. G. Arachi, A. Zanardi, *Tutto ruota intorno ai fabbisogni standard*, in *www.lavoce.info*.

## L'equità del sistema di istruzione

Lo stesso fine di un riequilibrio territoriale nella garanzia delle prestazioni – destinato tuttavia, in tal caso, a compensare gli squilibri di natura strutturale e tecnologica – emerge anche dalle finalità dell'intervento straordinario dello Stato di cui all'art. 119, c. 5, esplicitamente diretto, all'art. 16, c. 1, lett. d), l. 5 maggio 2009, n. 42, a «rimuovere gli squilibri economici e sociali» ed a «favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona». La rilevanza di tale intervento straordinario discende, anzitutto, dal fatto che il meccanismo di funzionamento del fondo perequativo potrebbe comunque comportare la destinazione, agli enti territoriali con minor capacità fiscale per abitante, di minori risorse, con conseguenti effetti negativi sulle spese per investimenti<sup>35</sup>.

La stessa probabile diminuzione dei Fondi strutturali comunitari destinati alle aree più povere del Paese per effetto dell'allargamento dell'Unione europea, conclusosi il periodo di programmazione 2007-2013, affida principalmente a questo strumento la soddisfazione della finalità di riequilibrio territoriale riguardo alle spese per investimenti<sup>36</sup>.

Un ulteriore criterio direttivo rilevante, nell'attuazione dell'art. 119 Cost. riguardo ad un'equa redistribuzione delle risorse finanziarie destinate ai livelli essenziali, in materia d'istruzione, può dedursi dall'art. 1, c. 1, della legge delega, laddove si afferma l'esigenza di assicurare la «massima responsabilizzazione» degli enti. È una condizione ineludibile dell'intervento perequativo dello Stato che richiede necessariamente l'introduzione di un sistema di controlli in grado di verificare l'economicità nell'utilizzo delle risorse, l'entità dei risultati conseguiti e l'efficienza degli apparati cui sono destinate. Nel settore dell'istruzione, quest'esigenza dovrebbe tradursi nell'attivazione di interventi di diagnosi e monitoraggio sulle scuole, realizzati con il supporto dell'Invalsi, in grado di valutare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse e la qualità dei risultati conseguiti<sup>37</sup>. Le indagini effettuate dall'Ocse fanno emergere, infatti, come non sia tanto l'entità delle risorse finanziarie destinate alla perequazione ad essere, nel nostro Paese, inadeguata rispetto agli altri Stati europei quanto, piuttosto, i meccanismi diretti a favorirne un utilizzo efficace e a valutarne i risultati<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Mette in luce tale rischio, R. Perez, *I tributi delle regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 809.

<sup>36</sup> Sul ruolo significativo dell'intervento straordinario dello Stato si v. A. Tonetti, *Le risorse straordinarie dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 818 ss.

<sup>37</sup> È opportuno ricordare che l'introduzione di uno specifico *Programma per il Mezzogiorno 2007-2013* ha già comportato la destinazione al Sud di 3,6 miliardi di euro con un incremento di circa quattro volte rispetto al settennio precedente.

<sup>38</sup> In tal senso si v. A. Poggi, *Sovranità decentramento regole*, cit., 144.

È opportuno sottolineare, infine, come la sola leva finanziaria potrebbe risultare insufficiente a garantire adeguati livelli di prestazioni in materia di istruzione su tutto il territorio nazionale; le differenze nei risultati di apprendimento sono infatti dovute, talora, a fattori differenti dall'insufficiente disponibilità di risorse finanziarie. Possono dipendere, ad esempio, dal maggior o minor possesso di capacità didattiche e professionali nei docenti, da diverse condizioni operative e dall'insufficienza delle dotazioni strutturali e organizzative necessarie. Per questo occorre destinare molta attenzione agli «obiettivi di servizio» di cui all'art. 18 della l. 5 maggio 2009, n. 42; è indispensabile, ad esempio, guidare le amministrazioni scolastiche in percorsi di miglioramento, offrire assistenza tecnica, monitorare processi e servizi e valutare i risultati in modo da premiare i comportamenti virtuosi e sanzionare quelli inefficienti. Solo in tal modo, nel settore dell'istruzione, l'approccio al federalismo risulterà virtuoso ovvero comporterà l'offerta di servizi pubblici migliori a tutti i cittadini a costi sopportabili, secondo una redistribuzione equa e solidale e aumenterà la competitività dell'intero Paese.

## 7. Conclusioni

Collocare la qualità dell'istruzione fra le priorità dell'azione politica, promuovendone la diffusione attraverso una graduale riduzione dei gravi squilibri territoriali nei risultati scolastici e favorendo un'effettiva equivalenza dei percorsi formativi presenti all'interno del sistema, può senz'altro costituire un passaggio decisivo per promuovere la ripresa produttiva del nostro sistema economico. In tal modo sarà effettivamente garantito, altresì, il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale grazie ad un maggior equilibrio territoriale nella soddisfazione del fondamentale diritto sociale all'istruzione.

L'analisi compiuta dimostra tuttavia come, per conseguire gradualmente tale obiettivo, non è necessaria una riforma ordinamentale complessiva del sistema d'istruzione, ma è sufficiente l'effettiva attuazione di alcune disposizioni normative, di natura legislativa, già esistenti.

L'avvio di un riordino del sistema di valutazione esterno, con l'art. 1, c. 613, della legge finanziaria per il 2007, attraverso la modifica dell'ordinamento dell'Invalsi, ha rappresentato, peraltro, un primo e decisivo passaggio nella direzione inizialmente indicata. Ha offerto, infatti, alle istituzioni scolastiche e ai docenti strumenti preziosi per orientare la propria attività, fornisce alle autorità politiche la possibilità di conoscere i risultati del sistema



## **l'equità del sistema di istruzione**

d'istruzione e definire *standards* nazionali di apprendimento realistici. Introduce, infine, strumenti innovativi per monitorare e favorire lo sviluppo della capacità progettuale delle istituzioni scolastiche ed orienta le scelte di famiglie e di studenti fra le scuole del territorio.

Gli ulteriori passi che attendono le autorità politiche sono la definizione, per ogni segmento del sistema d'istruzione, del contenuto delle prestazioni scolastiche comprese nei livelli essenziali ma, soprattutto, un impegno diretto ad assicurare un'effettiva ed equa acquisizione sul territorio dei saperi essenziali e delle competenze base che vi sono ricomprese. L'individuazione del contenuto dei livelli essenziali assicura che il decentramento territoriale, in materia di istruzione, non dissolva, nella concreta attuazione, il nesso essenziale che in un ordinamento unitario deve sussistere, comunque, fra cittadinanza politica e cittadinanza sociale.

L'equità del sistema dovrà essere assicurata anche in una direzione orizzontale, favorendo una progressiva ed effettiva equivalenza dei saperi essenziali e delle competenze acquisibili nei diversi percorsi formativi presenti all'interno del sistema. In tal modo l'area di garanzia offerta al diritto sociale all'istruzione sarà equamente assicurata anche in una dimensione orizzontale ovvero in ogni segmento presente all'interno del sistema d'istruzione.

In particolare la riqualificazione dell'istruzione tecnica e una diffusione più equilibrata di quella professionale appaiono essenziali per evitare che agli squilibri territoriali nei risultati dell'istruzione si accompagni, attraverso la scelta di un determinato percorso formativo, una riproduzione delle diseguaglianze sociali esistenti anziché il loro superamento attraverso un'effettiva mobilità intergenerazionale.

Un ulteriore vincolo in direzione dell'equità è costituito dai parametri di riferimento europei che rendono misurabili ed equiparabili le competenze di base acquisibili in ciascuno Stato membro e a cui dovrebbero conformarsi i *curricoli* dei sistemi nazionali d'istruzione necessari all'adempimento dell'obbligo scolastico. Al traguardo dell'equità del sistema nazionale d'istruzione si aggiunge dunque, in tal modo, quello della coesione sociale all'interno dell'ordinamento europeo per il conseguimento del quale è necessario il possesso di pari competenze di base da parte di tutti i cittadini europei.

Si dovrà favorire, infine, un'allocazione appropriata, ovvero, al tempo stesso, equa ma non inefficiente, sul territorio, delle risorse destinate a finanziare i livelli essenziali delle prestazioni nell'istruzione. La crescente autonomia tributaria riconosciuta alle regioni e agli enti locali dalla l. 5 maggio 2009, n. 42, pertanto, dovrà accompagnarsi ad una redistribuzione solidale ma, al tempo stesso, efficiente, delle risorse finanziarie destinate a

superare gli squilibri territoriali nei risultati dell'istruzione. La chiave di volta per orientare gli interventi perequativi dello Stato a conciliare solidarietà ed efficienza nel finanziamento dei livelli essenziali, in materia di istruzione, sarà costituito da una corretta applicazione del meccanismo del costo cd. *standard*; il ricorso a tale meccanismo dovrebbe consentire un finanziamento delle prestazioni il più vicino possibile al loro effettivo costo di produzione in condizioni di efficienza ed impedire, quindi, che la perequazione incoraggi o perpetui l'inefficienza.

L'attuazione di queste previsioni normative e il conseguimento di queste finalità appare davvero ineludibile per favorire la ripresa economica del nostro Paese nella convinzione, riprendendo l'affermazione iniziale di questo scritto, che «*If we want to out-compete the world tomorrow, we must out-educate the world today*».

#### *Abstract*

*Instruction and education are two of the most important fields in which public intervention aims to strengthen the economic system through the increase of product capacity. In Italy, the relation between the improvement of scholastic abilities and economic development is crucial and troublesome at the same time. Indeed, international surveys underline the significant lack of fundamental competencies and scholastic abilities of Italian students, if compared to the international average. Those surveys also highlight the presence of heavy domestic territorial imbalances in Italian students' competences.*

*The essay points out that an overall reform of the school system is not necessary in order to face those deficiencies. On the contrary, the real carrying out of some constitutional and legislative norms must be accomplished.*

*Furthermore, to fulfill the constitutional right to education, it would be essential to assure the balanced and effective acquisition of fundamental competencies in all the territory; to reinforce technical studies; to define, for every piece of the education system, the basic level of scholastic performances and abilities; to enhance the role of teachers; and to allocate in an appropriate way the economic resources financing the essential levels of care for education.*

# STUDI STORICI

GIULIANO FONDERICO

## LA FORMAZIONE DEI MONOPOLI MUNICIPALI IN FRANCIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le funzioni comunali di cura dell'«*intérêt local*» nell'ordinamento francese dell'Ottocento. – 3. Le riserve comunali d'attività. – 4. Gli usi produttivi dei suoli comunali: *permissions de voirie e concessions*. – 5. Le concessioni con clausola di esclusiva. – 6. I poteri di polizia e il controllo dell'accesso al mercato. – 7. Le concessioni come uffici di cura degli interessi della collettività locale. – 8. Conclusioni.

### 1. Introduzione

La Francia dell'Ottocento vide, come molte altre nazioni europee, un processo di rapida urbanizzazione legato al parallelo sviluppo delle industrie. Tra i primi e gli ultimi decenni del secolo la popolazione di città come Parigi, Lione e Marsiglia giunse quasi a raddoppiarsi. Il numero dei grandi centri urbani crebbe altrettanto rapidamente.

L'incremento della popolazione pose le basi per una domanda territorialmente concentrata di nuovi servizi i quali, in passato, erano stati per lo più riservati alle classi sociali elevate. Allo stesso tempo, i progressi della tecnica e l'industrializzazione dei processi produttivi consentirono di intraprendere l'offerta su larga scala di questi servizi: distribuzione dell'acqua, del gas, dell'energia elettrica, trasporti in comune ecc.

Il fenomeno assunse sin dal principio rilevanza sul piano degli istituti giuridici. I poteri pubblici erano interessati a governare il processo, a farsene promotori e comunque a indirizzarlo verso obiettivi che essi stessi definivano. Per la prestazione dei servizi, d'altra parte, le imprese dovevano fare uso dei suoli pubblici nei territori comunali – strade e sottosuoli stradali – o comunque entrare in contatto con varie potestà comunali di polizia sulle attività locali. Ciò rendeva i poteri pubblici uno snodo fondamentale per ogni attività imprenditoriale in questi settori.

Le interferenze tra obiettivi pubblici e iniziativa privata trovarono inizialmente una composizione negli istituti del diritto privato, in un equilibrio di impegni reciproci tra le parti pubbliche e le imprese. Il modello

entrò tuttavia in crisi verso la fine dell'Ottocento e costrinse a un più generale ripensamento delle forme dell'azione amministrativa e dei modi di gestione e uso dei beni pubblici. Le nozioni che furono elaborate (anche) in risposta a questi fenomeni contribuirono alla costruzione del diritto amministrativo nella Francia del Novecento.

Questo scritto esamina il periodo che, ancora senza specifiche consapevolezza degli attori dell'epoca, pose le premesse per alcuni degli sviluppi futuri. Gli anni vanno dai primi decenni dell'Ottocento sino, grosso modo, ai primi anni del Novecento. A questa data, era già compiutamente definito il modello di gestione dei servizi pubblici locali che sarebbe stato dominante per gli anni futuri sino ai giorni nostri: la prestazione da parte di un'unica impresa scelta e incaricata dall'amministrazione comunale. Le ragioni originarie alla base del modello si dispersero nelle nozioni più ampie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Di qui, ad avviso di chi scrive, l'utilità di un percorso a ritroso che consenta di identificarle e distinguerle nuovamente.

Il periodo in esame è significativo anche perché esso fu in larga parte esente dagli interventi del legislatore. Le leggi, quando arrivarono, per lo più formalizzarono le soluzioni individuate dalla prassi amministrativa, dai giudici e dalla dottrina<sup>1</sup>. Si tratta dunque di una sorta di laboratorio dove potere osservare gli eventi in isolamento: espressione non tanto di una volontà sovrana bensì di uno dei possibili percorsi di razionalizzazione dei fenomeni giuridici.

## **2. Le funzioni comunali di cura dell'«*intérêt local*» nell'ordinamento francese dell'Ottocento**

I comuni francesi, come istituzioni regolate da uno statuto unitario, nacquero in epoca rivoluzionaria, con i decreti del 14 e del 22 dicembre 1789<sup>2</sup>. Pochi mesi prima, in omaggio al principio dell'uguaglianza dinanzi

<sup>1</sup> In tal senso, v. anche J.F. Auby, *Les services publics locaux*, Paris, Presses universitaires de France, 1982, 12-13.

<sup>2</sup> Sulla nascita e sullo sviluppo delle istituzioni comunali francesi, v. J. George, *Histoire des maires de 1789 à 1939*, Paris, Plon, 1989; S. Petitot, *Histoire des institutions urbaines*, Vendôme, Presses universitaires de France, 1998, 62 ss.; P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, 122 ss. Prima della rivoluzione, i comuni avevano forme organizzative estremamente variegata con un'alternanza, per la selezione dei titolari degli uffici, di meccanismi elettivi e venali. La legittimazione delle

## la nascita dei monopoli comunali in francia

alla legge, il decreto del 4 agosto 1789 aveva abolito i privilegi riconosciuti alle collettività locali, nelle loro varie forme d'organizzazione: «*provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants*» (art. 10). I decreti di dicembre sulle *municipalités* completavano il disegno uniformando i modelli organizzativi – «*une municipalité dans chaque ville, bourg, partisse ou communauté de campagne*» (art. 7 del decreto del 22 dicembre 1789) – razionalizzando le circoscrizioni – di modo che ad ogni territorio corrispondesse un potere unitario<sup>3</sup> – e prevedendo il carattere rappresentativo delle istituzioni municipali (in base a suffragio maschile e censitario; art. 5 del decreto del 14 dicembre 1789).

Pur senza mettere in discussione l'indivisibilità nazionale, il legislatore rivoluzionario aveva pensato il municipio come una «*société de citoyens*» con due specie di competenze: quelle «*propres*» del municipio e quelle «*propres à l'administration générale de l'État et déléguées par elle aux municipalités*» (art. 49 del decreto del 14 dicembre 1789). Le prime, in particolare, comprendevano «*les fonctions ... de régir les biens et revenus communs ... de diriger et de faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté ... de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité des rues, lieux et édifices publics*» (art. 50 del decreto del 22 dicembre 1789).

L'enfasi sulla cittadinanza municipale ebbe però vita breve e già in periodo rivoluzionario la «*société de citoyens*» venne progressivamente ricondotta a una «*société d'administrés*», articolazione locale della macchina amministrativa statale. I comuni del direttorio, del consolato, del primo e del secondo impero, erano enti retti da un sindaco di nomina statale e con organi collegiali con funzioni deliberative che, quando non fossero anch'essi di nomina prefettizia, erano eletti su base censitaria e tra le schiere dei notabili locali<sup>4</sup>.

Questa situazione mutò solo con la terza repubblica, prima con la legge 16 aprile 1871 sulle elezioni municipali e poi con la legge del 5 aprile 1884 che, almeno per l'ideologia democratica del momento, doveva rappre-

istituzioni municipali dipendeva talvolta da concessioni reali e feudali, talvolta dalla semplice esistenza di fatto, da tempo immemore, di assemblee e di procedure elettive di ufficiali della comunità locale. Cfr. F. Raynouard, *Histoire du droit municipal en France, sous la domination Romaine et sous les trois dynasties*, Paris, Sautélet, 1829, t. II, 177 ss.

<sup>3</sup>V. P. Allières, *L'invention du territoire*, Grenoble, PUG, 1980, 179, secondo il quale l'opera originale della rivoluzione fu quella di istituire un rapporto esclusivo e diretto tra il potere e il territorio superando così la precedente configurazione feudale.

<sup>4</sup> Cfr. P. Legendre, *Histoire de l'administration*, cit., 144-149.

sentare una sorta di grande carta delle libertà municipali. La legge del 1884 prevedeva l'elezione a suffragio universale del consiglio municipale e l'elezione consiliare del sindaco. Sebbene quest'ultimo restasse anche ufficiale di governo, per le funzioni che il governo stesso gli delegava, il canale per la formazione della rappresentanza politica locale ruotava ormai intorno alle elezioni municipali.

Come apparato amministrativo, d'altra parte, il comune continuava a essere sottoposto al controllo statale – la «*tutelle administrative*» – che si esprimeva mediante poteri di annullamento (artt. 66 e 95) e di sostituzione (art. 99). Tali poteri erano d'ampiezza tale da consentire al governo di influire pesantemente sulla direzione delle attività comunali. S'innestava così un gioco tra gli interessi locali, i canali statali e municipali della rappresentanza politica e i poteri amministrativi, gioco che però – come si vedrà emergere dalla casistica giurisprudenziale (*infra*, parr. 4 e 6) – aveva svolgimenti più complessi di quanto suggerirebbe l'allocazione formale dei poteri.

La legge del 1884 riconosceva al consiglio municipale il potere di regolare, in termini generali, «*les affaires du ressort de la commune*» (art. 61) e consolidava le funzioni di polizia dell'amministrazione comunale (in particolare del sindaco), funzioni che, dopo il decreto del 1789, avevano incontrato vicende altalenanti<sup>5</sup>. La formulazione generale di tali funzioni (artt. 91-92) riprendeva quasi alla lettera la legge del luglio 1837 (artt. 9-10) la quale, a sua volta, ricalcava il decreto del dicembre 1789 (artt. 50-51). La loro enumerazione analitica comprendeva «*tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité de passage dans les rues [...] nettoyage, éclairage, enlèvement des encombrements*», «*le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières*», «*l'inspection sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids, à l'aune ou à la mesure et sur la salubrité des comestibles exposés en vente publique*», «*le soin de prévenir par des précautions convenables, et celui de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux tels que les incendies, les inondations, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties en provoquant s'il y a lieu, l'intervention de l'administration supérieure*».

Su questo corpo di funzioni venne edificata la sfera dell'«*intérêt local*» rimesso alla cura del comune<sup>6</sup>. Nelle enunciazioni di principio, il rapporto tra tale interesse e l'«*intérêt général*» curato dallo stato restò a lungo irrisolto,

<sup>5</sup> Per una sintesi di tali vicende, v. J.-M. Berlière, *Les pouvoirs de police, attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat?*, in Jean Jaurès. *Cahiers trimestriels*, 1998, 73-104.

<sup>6</sup> La formula dell'«*intérêt local*» si trova già nella legge del 28 luglio 1837, art. 24: «*Le conseil municipal peut exprimer son vœu sur tous les objets d'intérêt local*».

## la nascita dei monopoli comunali in francia

tra il timore di ritorno dei particolarismi e l'aspirazione al decentramento come strumento per la creazione di spazi di sperimentazione politica<sup>7</sup>. È significativo, da questo punto di vista, che una frizione frequente tra l'amministrazione statale e quella locale si avesse nella regolazione dei luoghi di dibattito pubblico e di espressione del pensiero.

Se si esamina in modo più esteso la pratica amministrativa, nondimeno, si osservano alcuni campi in cui le amministrazioni statali e locali muovevano da premesse meno distanti. È qui che le competenze comunali manifestarono la capacità di estendersi al di là delle previsioni normative, proprio in virtù del riconoscimento della sussistenza di un «*intérêt local*» prevalente e coerente con l'interesse generale. Si può richiamare il caso, sul quale ci si soffermerà (par. 7), della concessione di servizi pubblici municipali che insistevano su beni pubblici dipartimentali o statali o quello della sovrapposizione tra i regolamenti prefettizi e comunali di polizia, ammessa quando i secondi fossero più rigorosi dei primi in ragione di «*circonstances locales particulières*»<sup>8</sup>.

Il comune divenne così l'ente al quale spettava regolare – si direbbe, per la natura delle cose – taluni fenomeni che si svolgevano sul territorio comunale (anche se non necessariamente su beni comunali) o che interessavano in modo particolare le persone che vi risiedevano. Questa prospettiva ebbe l'effetto specifico di selezionare e organizzare in un modo peculiare gli interessi rilevanti in misura primaria: tendenzialmente circoscritti a quelli dei cittadini del comune intesi come unità organica di cui il comune stesso era espressione.

### 3. Le riserve comunali d'attività

I comuni francesi beneficiavano del diritto – che, in prima approssimazione, si può definire esclusivo – d'esercitare talune attività sul territorio comunale. Il tratto comune era una qualche riserva – su beni produttivi o

<sup>7</sup> Sull'evoluzione normativa dei poteri comunali di polizia, v. J.-M. Berlière, *Le monde des polices en France: XIXe-XXe siècles*, Paris, Edition Complexe, 1996, 77 ss. Dello stesso autore, per un approfondimento del dibattito che accompagnò l'approvazione della legge del 1884, v. *Les pouvoirs de police*, cit.

<sup>8</sup> Si v. Cons. d'Etat, 18 aprile 1902, n. 04749, *Cne Nérès-les-Bains*, in *Rec. CE*, 1902, 275. Per un esame aggiornato del tema, v. S. Soykurt-Macaire, *L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de "circonstances locales particulières"?*, in *Droit administratif*, 2009, n. 7, 7-12.

su attività – ma si vedrà che l'esercizio s'intrecciava anche con i poteri generali di polizia. Tali attività riguardavano la verifica di correttezza dei pesi e delle misure, i mercati, i macelli e i servizi di pompe funebri.

I comuni, secondo la legge del 5 aprile 1884, svolgevano la funzione d'ispezione «*sur la fidélité du débit des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure*» (art. 97, n. 5). La norma si ricollegava a un privilegio previsto in epoca pre-rivoluzionaria che, dopo essere stata soppressa con un decreto del 1790, era stato reintrodotta con i decreti del 27 brumaio dell'anno VII e del 7 brumaio dell'anno IX. I comuni, nell'esercizio di questa funzione, istituivano «*bureaux de pesage et de mesurage publics*» che effettuavano le pesate e le misurazioni dietro il pagamento di un "diritto".

La funzione, tuttavia, non implicava la riserva comunale sulle attività di misurazione in sé considerate<sup>9</sup>. L'obbligo di rivolgersi agli uffici comunali sussisteva solo per le misurazioni da compiere nei mercati o in caso di controversie tra le parti. Ne restavano fuori le misurazioni compiute nelle «*maisons particulières*»<sup>10</sup> ed erano ritenuti illegittimi i regolamenti di polizia che applicassero tasse «*de non-pesage*»<sup>11</sup> (per le merci vendute senza pesatura) o che imponessero la pesatura al mercato delle merci destinate ad essere trasportate altrove e ivi pesate<sup>12</sup>.

Un altro diritto d'origine feudale era quello di mercato («*droit de halage*»). Coinvolto nell'abolizione dei diritti feudali (compiuta con la l. 15-28 marzo 1790), il diritto venne nella sostanza trasferito ai comuni come riserva sugli impianti e sui luoghi destinati al mercato sul territorio comunale (l. 24 agosto 1793, art. 91)<sup>13</sup>. Il diritto consentiva ai comuni di costruire ed esercitare i mercati e di locare a terzi gli spazi per la vendita, percependo corrispettivi qualificati come "taxes" e compresi tra le entrate ordinarie del bilancio comunale (art. 31, n. 6, l. 18 luglio 1837 e art. 133, n. 6, l. 5 aprile 1884).

Indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'impianto (eventualmente concesso a terzi), i comuni potevano regolare le attività di mer-

<sup>9</sup> Cfr. E. Pilon, *Monopoles communaux*, thèse pour le doctorat, Caen, Valin, 1898, 21-23; H.G. Breuillac, *De la Police sanitaire, ouvrage contenant notamment le commentaire de la loi du 3 mars 1822, de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1881*, Aix, impr. de Pust fils, 1885.

<sup>10</sup> Cass., 24 marzo 1882, in *Journal du Palais*, 1882, 1, 1072; Cass., 25 febbraio 1886, in *Journal du Palais*, 1886, 1, 559.

<sup>11</sup> Cass., 20 febbraio 1880, in *Journal du Palais*, 1881, 1, 425.

<sup>12</sup> Cass., 25 febbraio 1886, cit.

<sup>13</sup> V. R. Facque, *Les halles et marchés alimentaires de Paris*, thèse pour le doctorat, Paris, Sirey, 1911, 33 ss.



## la nascita dei monopoli comunali in francia

cato in virtù dei poteri di polizia previsti dalla legge del 1884 (art. 9, n. 3; v. leggi anteriori)<sup>14</sup>. Dalla casistica emerge che il comune poteva esercitare tali poteri con una certa libertà nella scelta degli interessi da tutelare e dei mezzi da impiegare. Si ammise, ad esempio, che il comune potesse vietare ai rivenditori di accedere in certe ore al mercato, «*pour but, dans l'intérêt général des habitants, de faciliter les rapports directs des consommateurs avec les producteurs, d'éviter les intermédiaires qui amèneraient la surélévation artificielle du prix des denrées et d'assurer le maintien du bon ordre*»<sup>15</sup>.

L'ampiezza di questi spazi d'intervento consentiva, di fatto, d'incidere anche sul confine tra le attività svolte dentro e fuori i mercati comunali. Il comune, ad esempio, poteva interdire la vendita e l'acquisto fuori dai mercati delle merci portate in città nei giorni di mercato<sup>16</sup> o regolare l'accesso ai mercati degli acquirenti professionali<sup>17</sup>. Queste misure avevano finalità di polizia, per così dire, economica, nel senso che erano rivolte a garantire un determinato equilibrio di domanda e d'offerta all'interno del mercato.

Per talune categorie di merci, la cui circolazione interessava maggiormente la salubrità pubblica, gli spazi d'azione dei comuni crescevano ulteriormente. Diverse decisioni ammettevano che i comuni limitassero ai mercati comunali la vendita di merci determinate, in genere carni o pescato. Questo, al fine di concentrare i controlli di sanità e, nel caso delle vendite di strada, di evitare disturbi alla circolazione<sup>18</sup>.

Si trovano però anche decisioni che annullavano divieti di vendita del pescato sulle vie pubbliche, divieti che imponevano di fatto la locazione di uno spazio al mercato e che, nel caso deciso, obbligavano a sottoporre il pescato a una verifica a titolo oneroso da parte del concessionario del mercato, senza distinguere tra i prodotti destinati al mercato locale e quelli da vendersi al di fuori dello stesso<sup>19</sup>. La giurisprudenza raggiunse una soluzione analoga per i divieti di vendita in negozio, in particolare per i negozianti sta-

<sup>14</sup> V. Cass., 29 luglio 1882, in *Journal du Palais*, 1884, I, 1101: «*On doit considérer comme marchés, non seulement les parties du domaine municipal affectées par une désignation administrative au marché public, mais encore tout emplacement public ou même privé qui, de fait, sert habituellement à l'usage de marché; et, à ce titre, l'action de la police municipale peut, dès lors, s'y exercer*».

<sup>15</sup> Cass., ch. crim., 6 agosto 1886, in *Recueil Dalloz*, 1887, I, 144.

<sup>16</sup> Cass., ch. crim., 24 dicembre 1880, in *Recueil Dalloz*, 1881, I, 496.

<sup>17</sup> Cass., 29 luglio 1882, in *Journal du palais*, 1884, I, 1101.

<sup>18</sup> V. Cass., 24 dicembre 1880, in *P.*, 1881, I, 1095; Cass., 9 gennaio 1885, in *Journal du palais*, 1885, I, 787; Cass., ch. crim., 19 luglio 1889, in *Journal du palais*, 1890, 30. Quest'ultima decisione indicava anche l'interesse a «*favoriser l'approvisionnement des marchés*».

<sup>19</sup> Cons. d'État, 9 febbraio 1895, in *Sirey*, 1897, III, 89. In senso analogo, Cons. d'État, 5 febbraio 1892, in *S. et P.*, 1893, III, 67.

biliti nel comune. Il motivo era che «*la connaissance de sa demeure et de son établissement commercial suffit pleinement pour que le maire puisse exercer efficacement l'inspection et la surveillance dont il est chargé*»<sup>20</sup>. Senza dirlo espressamente, i giudici sembravano così compiere una verifica sulla proporzionalità delle misure comunali, verifica che portava a distinguere la situazione, da un lato, dei commercianti locali, da quella, dall'altro lato, degli "importatori" e degli "esportatori". Nel primo caso, era preferibile che fossero i controlli a seguire l'impresa e non viceversa.

L'esercizio dei macelli comportava da tempi risalenti due profili distinti di tutela sanitaria, con riferimento ai rischi provenienti dall'attività in quanto tale e a quelli dipendenti dalla circolazione del bene che ne era il prodotto<sup>21</sup>.

Quanto al primo profilo, le norme classificavano i macelli come «*établissements dangereux, insalubres ou incommodes*» (ordinanza reale del 15 aprile 1838, art. 1, c. 1). Tale classificazione, a sua volta, implicava la sottoposizione a un'autorizzazione preventiva (decreto del 15 ottobre 1810, art. 1, e ordinanza del 14 gennaio 1815)<sup>22</sup>.

Il secondo profilo di tutela coinvolgeva le funzioni generali di polizia sanitaria che, come si è visto, i comuni esercitavano anche rispetto alle attività di vendita al dettaglio delle carni già macellate. Le norme consentivano ai comuni l'alternativa tra effettuare i controlli sanitari nei macelli privati eventualmente attivi o istituire un impianto comunale in cui concentrare la macellazione e i controlli. Si aveva così che «*la mise en activité de tout abattoir public et commun légalement établi entraînera de plein droit la suppression des tueries particulières situées dans la localité*» (ordinanza del 15 aprile 1838, art. 1, c. 2). In pratica, il fatto in sé dell'intrapresa di un macello comunale implicava l'istituzione di una riserva d'attività<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Cass., ch. crim., 9 marzo 1889, in *Journal du palais*, 1890, 429-430. La decisione è tra le più chiare nell'affermare che i comuni possono assumere solo «*les mesures de police qui sont conciliables avec la liberté accordée au commerce et à l'industrie*» e «*qu'exigent la surveillance et la garde des intérêts qui leur sont confiés*».

<sup>21</sup> La vendita al dettaglio delle carni era a sua volta sottoposta a controlli particolarmente stringenti che, in alcuni periodi, giunsero sino al contingentamento degli esercizi. V., in particolare sul caso di Parigi, il rapporto del ministro dell'agricoltura e del commercio alla base del decreto imperiale di "liberalizzazione" del 24 febbraio-4 marzo 1858. Il decreto e il rapporto si trovano in *Jurisprudence générale*, 1858, IV, 16-19.

<sup>22</sup> Sull'evoluzione della disciplina, cfr. L. Magistry e A. Magistry, *Réglementation des établissements dangereux, insalubres ou incommodes*, Association des établissements classés de France, Paris, 1923, 1 ss., ove anche le principali circolari interpretative adottate negli anni.

<sup>23</sup> Il procedimento d'autorizzazione degli impianti comunali prevedeva l'istruttoria

## la nascita dei monopoli comunali in francia

I comuni potevano poi esercitare i loro poteri di polizia sanitaria per vietare che, nell'ambito del territorio comunale, la macellazione avvenisse al di fuori dell'impianto comunale. In questo modo, la riserva sull'attività di messa a disposizione a terzi di un luogo di macellazione si estendeva alla macellazione in quanto tale, anche ove effettuate in proprio.

Quanto alle carni macellate al di fuori del comune, la giurisprudenza riteneva per lo più illegittimo che il comune ne vietasse l'ingresso e la vendita<sup>24</sup>. Si ammetteva, invece, il divieto limitato alle carni «*autres que celles qui proviennent d'animaux tués dans d'autres abattoirs publics ou munies d'un certificat sanitaire*»<sup>25</sup>.

Sarebbe eccessivo vedere anche qui una verifica di proporzionalità tra l'interesse sanitario e la limitazione delle attività economica, quantomeno in una formulazione generalizzabile. In altre decisioni, i giudici ammisero il divieto d'ingresso delle carni che facesse eccezione unicamente per le carni provenienti da altri macelli pubblici<sup>26</sup>. La corte ritenne sufficiente stabilire che l'obiettivo del divieto fosse la tutela della salute, essendo irrilevante che, come effetto indiretto, lo stesso divieto limitasse la «*libre concurrence*» e creasse «*un monopole en faveur de l'abattoir municipal*». Decisioni apparentemente più rigorose furono assunte in circostanze particolari. Ad esempio, quando mancavano impianti nelle vicinanze del comune ed era dunque plausibile che la restrizione mirasse essenzialmente ad assoggettare le carni "importate" ad una sorta di tassa di passaggio nel macello comunale<sup>27</sup>.

Alla riserva comunale sul servizio di «*pompes funèbres*» si arrivò con un percorso tortuoso. Per consuetudini risalenti, motivate da ragioni rituali, le attività funerarie costituivano un privilegio della chiesa e degli enti religiosi<sup>28</sup>. Sin dal XVI secolo, le principali istituzioni incaricate dei riti fune-

contestuale da parte dei due ministeri interessati – lavori pubblici e agricoltura – e il rilascio di un'autorizzazione unica. V. sempre l'ordinanza del 1838, art. 1, c. 3.

<sup>24</sup> Crim. rej., 12 giugno 1869, in *Recueil Dalloz*, 1870, I, 46; Crim. rej., 10 luglio 1890, in *Recueil Dalloz*, 1891, I, 397.

<sup>25</sup> Cass., ch. crim., 29 maggio 1891, in *Recueil Dalloz*, 1891, I, 397.

<sup>26</sup> Cass., ch. crim., 31 gennaio 1890, in *Recueil Dalloz*, 1890, I, 493.

<sup>27</sup> Cons. d'État, 22 maggio 1896, in *Jurisprudence générale*, 1897, III, 47, con nota redazionale di commento che evidenzia le circostanze del caso.

<sup>28</sup> Non sempre esclusivo, giacché in talune epoche esso aveva convissuto con analogo privilegio riconosciuto alle corporazioni dei «*crieurs-jurés d'enterrements*», che avevano esteso la loro funzione iniziale, di annunciazione dei decessi e dei funerali, ad alcune attività accessorie allo svolgimento delle esequie. Cfr. J. Thibaut-Payen, *Les morts, l'église et l'état*, Paris, Fernand Lanore, 1977, 75-77, dove si descrivono le frizioni tra questi uffici e quelli attribuiti ad altre corporazioni (ad esempio, i *marguilliers*, di cui si dirà a breve).

bri – dalle concessioni dei luoghi per l'interramento alle cerimonie vere e proprie – erano le *fabriques*. Nate come istituzioni di scopo, specie per l'edificazione delle chiese, le *fabriques* avevano poi assunto stabilmente il compito di provvedere alle spese di culto e a beneficio dei poveri e quello di conservare i beni a destinazione religiosa. Va evidenziato che tali compiti erano percepiti come cura d'interessi generali delle collettività locali. Le *fabriques*, per tale motivo, erano sottoposte a regole di trasparenza e a controlli da parte di *magistrats* e *officiers* del re. Per ragioni simili, la loro organizzazione assunse nel tempo carattere prevalentemente laico, coinvolgendo gli esponenti della comunità locale negli organi di gestione<sup>29</sup>.

Nei primi anni della rivoluzione, i patrimoni delle *fabriques* vennero confiscati seguendo la sorte dei beni del clero (v. la legge del 19 agosto 1792, che seguì le leggi del 23 febbraio e del 6 novembre 1790 sui beni del clero). La lettura rivoluzionaria del principio di uguaglianza sostanziale portò anche a vietare le pompe funebri e a imporre funerali civili uniformi, curati da ufficiali municipali<sup>30</sup>. La soppressione del privilegio fu dunque l'effetto della proibizione dell'attività la quale, dopo essere stata ridotta ai servizi strettamente necessari al trasporto del corpo sino alla sepoltura, fu demandata ai comuni.

Anche questa parentesi rivoluzionaria, tuttavia, ebbe durata breve. Con il *concordat* del 1801, lo stato francese s'impegnò ad assumere una serie di misure "riparatrici" nei confronti del clero e degli enti di culto. Quanto alle *fabriques*, lo stato ne prevede la ricostituzione (legge del 18 germile, anno X, art. 76) e, nell'ambito di una disciplina organica delle sepolture e delle attività funerarie, gli attribuì la riserva di attività sulle "*pompes funèbres*" (decreti del 23 pratile, anno XII, del 10 maggio 1806 e del 18 agosto 1811, quest'ultimo relativo alla città di Parigi).

I principi della riforma possono così riassumersi. Dal lato della domanda, le cerimonie funebri soppresse nel periodo rivoluzionario erano di nuovo consentite, con la libertà dei familiari «*d'en régler la dépense selon leurs moyens et facultés*» (decreto del 23 pratile, art. 18). Dal lato dell'offerta, il decreto prevedeva che «*les fabriques des églises et les consistoires jouiront seuls du droit de fournir les voiture, tentures, ornements et de faire généralement toutes le four-*

<sup>29</sup> Sull'evoluzione della normativa in tema di *fabriques*, v. J. Pulby, *Le monopole des pompes funèbres*, these pour le doctorat, Paris, Giard & Brière, 1904, 13-25. Si v. anche il rapporto "Portalis" del Cons. d'État dell'8 dicembre 1809 sui *projets de décrets et de loi sur l'organisation des fabriques des églises*, reperibile in [www.napoleonica.org](http://www.napoleonica.org).

<sup>30</sup> Cfr. B. Gaubert, *Traité théorique et pratique sur le monopole des inhumations et des pompes funèbres*, Marseille, Lebon, 1875, I, 148 ss.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

*nitures quelconques nécessaires pour les enterrements et pour la décence ou la pompe des funérailles»* (*id.*, art. 22). Alla riserva, che *fabriques* e *consistoires*<sup>31</sup> esercitavano direttamente o mediante appalto a terzi, corrispondeva il divieto per ogni altro soggetto «*d'exercer le droit susmentionné*» (*id.*, art. 24). Ai poteri pubblici – in particolare, ai sindaci con l'approvazione dei prefetti – era riservata la disciplina delle modalità di trasporto e la determinazione delle tariffe per i servizi (*id.*, artt. 21 e 25). In concreto, il ruolo dei poteri pubblici era più ampio. Nella città di Parigi, in particolare, la riserva di *fabriques* e *consistoires* si traduceva per lo più nel diritto di percepire una parte dei proventi dell'attività. L'esercizio dell'attività era affidato a imprenditori privati e la sua direzione spettava al Prefetto della Senna. Secondo gli scritti dell'epoca, la soluzione adottata per Parigi non era eccezionale e costitutiva anzi un'organizzazione tipo diffusa<sup>32</sup>.

Il meccanismo, nel suo complesso, aveva per scopo di trovare le risorse che le *fabriques* avrebbero impiegato per svolgere funzioni d'interesse generale, tra le quali vi era la sepoltura degli indigenti (decreto 10 maggio 1806, art. 4 ss.). I proventi derivanti dalle *pompes funèbres* andavano così a sussidiare le attività prestate gratuitamente – poiché, si sosteneva, «*le riche doit payer pour le pauvre*» – e allo stesso tempo servivano a sollevare i bilanci municipali dalle spese di culto<sup>33</sup>. La gestione diretta da parte delle *fabriques* non era una componente necessaria del sistema. Anzi, a giudicare dalla casistica del contenzioso, l'affidamento in appalto a terzi doveva essere alquanto frequente. Nel caso di Parigi, si prevedeva una gara per l'individuazione di un unico appaltatore esclusivista. Il prezzo dell'aggiudicazione era «*une portion du produit de l'entreprise générale, laquelle devra être payée par l'entrepreneur aux fabriques et aux consistoires*» (decreto del 18 agosto 1811, art. 7).

I confini delle attività riservate furono precisati nei decenni successivi al decreto del 23 pratile. La giurisprudenza, in linea generale, affermò una lettura ampia della riserva, anche al di là del già lato testo della norma. Sul piano oggettivo, la riserva fu ritenuta applicabile a prescindere che i servizi fossero o meno sottoposti a tariffa e vi si attrasse ogni fornitura che pur non essendo strettamente necessaria fosse complementare al servizio<sup>34</sup>. Sul piano

<sup>31</sup> I *consistoires*, si legge nel rapporto Portalis citato alla nota 28, erano «*les fabriques des églises protestantes*».

<sup>32</sup> Concordi sul punto B. Gaubert, *Traité théorique et pratique sur le monopole des inhumations et des pompes funèbres*, cit., 392, e J. Pulby, *Le monopole des pompes funèbres*, cit., 33-34.

<sup>33</sup> Sui motivi del decreto, ricostruite dagli atti dell'epoca, v. B. Gaubert, *Traité théorique et pratique*, cit., 186 ss.

<sup>34</sup> Un tema inizialmente controverso fu quello dei «*billets de décès et d'enterrements*» (annunci di morte e di sepoltura). Un primo orientamento che sottraeva tali forniture alla riserva

soggettivo, le norme facevano eccezione alla riserva unicamente per i deceduti di confessione ebraica (decreto del 10 febbraio 1806). Per tutti gli altri non appartenenti alla religione cristiana – *libres-penseurs*, nati morti, aconfessionali, ecc. – la riserva delle *fabriques* trovava comunque applicazione per motivi di «*ordre, de décence et de salubrité publiques*», con la sola accortezza di non associare al servizio l'assistenza del clero e le cerimonie religiose in senso stretto<sup>35</sup>.

La caratterizzazione formale in termini di servizio pubblico arrivò con il trasferimento parziale della riserva da *fabriques* e *consistoires* ai comuni. Riprendendo una distinzione già presente nella normativa anteriore (v. il decreto del 10 maggio 1806, titoli 2 e 3), la legge attribuì in esclusiva ai comuni il servizio “*extérieur*” (il trasporto del corpo sino all'inumazione, cremazione ecc.). Il servizio “*intérieur*” (quello interno agli edifici religiosi) restò invece in capo a *fabriques* e *consistoires*. Alla pari di questi ultimi, i comuni potevano gestire il servizio direttamente o affidarlo a terzi secondo le regole per i lavori pubblici (legge n. 1904-12-28 del 28 dicembre 1904, artt. 1 e 2). Rispetto alla normativa precedente, la legge del 1904 definiva con maggiore precisione l'ambito della riserva. Per il resto, la norma ricalcava abbastanza fedelmente il modello in origine costruito intorno alle *fabriques*. Il servizio era gratuito per gli indigenti e le tariffe erano sempre sottoposte a controllo prefettizio (art. 2). Ciò che restava fuori dal servizio “*extérieur*” e da quello “*intérieur*” era considerato servizio “*libre*” ed era lasciato alle imprese private<sup>36</sup>.

#### 4. Gli usi produttivi dei suoli comunali: *permissions de voirie e concessions*

L'interferenza più frequente tra le potestà comunali e le attività economiche private non si ebbe in relazione alle riserve e privative legali.

fu ribaltato dalla sentenza di Cass., 27 agosto 1823, con una soluzione che poi si consolidò nella giurisprudenza successiva. Per una rassegna dei precedenti, v. B. Gaubert, *Traité théorique et pratique*, cit., 231 ss., J. Pulby, *Le monopole des pompes funèbres*, cit., 81 ss., F. Fanton, *Traité des fabriques et de culte catholique*, Valence, Vercelin & Gauthier, 1898, I, 203.

<sup>35</sup> J. Pulby, *Le monopole des pompes funèbres*, cit., 189.

<sup>36</sup> La riserva comunale è stata abolita soltanto con la legge n° 93-23 8 gennaio 1993. Sulle vicende della normativa sulle pompe funebri, v. Sénat, Rapport d'information n° 372 (2005-2006) du 31 mai 2006, *Bilan et perspectives de la législation funéraire - Sérénité des vivants et respect des défunts*. La legge del 1904 è stata poi interamente abrogata dalla legge n. 2007-1787 del 20 dicembre 2007.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

Una concatenazione di fattori portò con sé la diffusione di bisogni che per lungo tempo erano stati confinati a ceti ristretti delle società urbane. La distribuzione domestica dell'acqua, ad esempio, era un privilegio di pochi non solo per il costo che comportava. Le derivazioni dalle fonti o dalle fontane pubbliche avvenivano grazie a *concessions particulières* che per lo più costituivano *privilèges royaux* sopravvissuti alla caduta dell'antico regime<sup>37</sup>. L'ordinanza del 1835 del Conseil d'État sul caso *Delorme* – per vari profili antipatrice dell'*arrêt Blanco* – riguardava per l'appunto la coesistenza tra un *brevet* reale per la derivazione delle acque in favore di un privato e le attività amministrative volte alle esigenze di *service public*<sup>38</sup>. Anche per i mezzi di trasporto si faceva vivo il bisogno di soluzioni accessibili a fasce più larghe della popolazione urbana. Se si escludono alcuni tentativi di trasporto collettivo – naufragati in tempi risalenti<sup>39</sup> – i mezzi di trasporto individuale erano ancora troppo costosi per avere una diffusione adeguata alle nuove classi cittadine. Al contempo, le accresciute conoscenze tecniche rendevano materialmente possibile approntare un'offerta di servizi su larga scala.

Un tratto comune di queste attività era la necessità di occupare, in modo più o meno intensivo e stabile, i suoli o i sottosuoli stradali. In quanto beni demaniali, le strade pubbliche erano in linea di principio destinate alla libera circolazione delle persone: «*chacun est en droit d'en réclamer l'usage*»<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> V.J.P. Goubert, *La conquête de l'eau. L'avènement de la santé à l'âge industriel*, Paris, Hachette Pluriel, 1986, 31; S. Duroy, *La distribution d'eau potable en France*, Paris, LGDJ, 1987, 28 ss.

<sup>38</sup> L'ordinanza concluse nel senso della giurisdizione amministrativa osservando che le condotte dell'acqua «*ne sont point soumises aux règles et juridictions ordinaires en matière de cours d'eau privés ... que leur emploi est subordonné aux besoins de la consommation et au moyen d'y pourvoir, et qu'enfin elles sont placées dans les attributions de l'autorité administrative, chargée de pourvoir, sous sa responsabilité, aux nécessités du service public...*». Il testo della decisione si può trovare in *Répertoire Dalloz*, 1851, XII, 3, *sub* nota 1, unitamente alla decisione del Tribunal des conflits che l'aveva preceduta.

<sup>39</sup> Si v. la vicenda delle *carrosses à cinq sols*, con le quali venne avviato nel 1662 un servizio di linea a Parigi che però ebbe vita assai breve. L'editto reale che concedeva in esclusiva il servizio, regolandone l'esercizio, si può trovare in *Recueil général des anciennes lois françaises*, tomo XVIII, Paris, Belin-Leprieur, Verdrière, 1829, 16-17, *sub*. n. 390. Per una ricostruzione dei fatti, cfr. L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways à Paris*, Paris, Arthur Rousseau, 1913, 2 ss.

<sup>40</sup> J.B.V. Proudhon, *Traité du domaine public*, Dijon, Victor Lagier, 1833, II, 28. Il *Traité*, che costituiva il testo di riferimento dell'epoca (R. Pelloux, *Le problème du domaine public*, Paris, Dalloz, 1932, 110 ss.), distingueva il demanio comunale, composto da cose possedute dal comune «*ut universitas*» e con diritto di escludere i non appartenenti alla collettività locale (boschi, pascoli ecc.), dal demanio municipale in senso proprio, composto di cose «*as-*

Questo aspetto del regime giuridico del demanio costituiva una cesura netta rispetto alla moltitudine di usi particolari e privilegiati del diritto feudale. I nuovi usi avevano tuttavia caratteristiche originali: da un lato, come in epoca feudale, comportavano occupazioni protratte nel tempo e rivali; dall'altro lato, essi erano volti a consentire usi, per così dire, di secondo grado da parte di una platea ampia di beneficiari.

Gli strumenti a disposizione dei poteri comunali per permettere e regolare gli usi dei suoli stradali erano di due specie: *permissions de voirie* e *concessions*.

La *permission de voirie* era un titolo di autorizzazione espressione della potestà di *polizia* e per ciò di competenza del sindaco (art. 91 della legge del 1884). L'atto aveva struttura unilaterale e, da parte del destinatario, poteva richiedere il pagamento di una *redevance*. Nel rilasciare il permesso, il sindaco valutava la compatibilità dell'uso proposto con la destinazione naturale del bene. Il diniego, come ogni altro *refus d'autorisation*, era insindacabile con il ricorso per eccesso di potere. I permessi, inoltre, erano «à titre précaire et essentiellement révocable» (così l'art. 98 della legge municipale del 1884). Nonostante ciò, le *permissions de voirie* non erano lasciate interamente all'arbitrio dell'ufficio comunale. A partire dalla legge del 1884, il diniego di rilascio poteva essere contestato con il ricorso al Prefetto. Questi aveva facoltà di accordare il permesso ove il diniego non fosse giustificato dall'interesse generale (*ibidem*). La revoca dei permessi rilasciati, poi, era sottoponibile al sindacato giurisdizionale. Essa era legittima se motivata dalle stesse valutazioni di polizia che erano alla base del rilascio: la viabilità e la conservazione del bene demaniale<sup>41</sup>. La questione fu occasione di controversia proprio in relazione alla coesistenza tra i permessi e i diritti nascenti dalla concessioni di cui si dirà. Taluni comuni erano stati condannati per avere rilasciato i permessi in contrasto con impegni di esclusiva assunti con i concessionari. I comuni avevano poi revocato i permessi. In tali circostanze, la giurisprudenza amministrativa giudicò legittime le revoche per essere coinvolta la responsabilità pecuniaria dei comuni e dovendosi rispettare la cosa giudicata<sup>42</sup>.

Le *concessions* erano atti a struttura bilaterale con i quali i comuni e le loro controparti potevano assumere impegni *reciproci*. Le parti indicavano la durata degli impegni e restavano vincolate per il periodo corrispondente. Le

*services à l'usage de tous*», qualitativamente identico al demanio pubblico nazionale ma, in quanto destinato prevalentemente a beneficio della collettività locale, posto a carico di quest'ultima (*id.*, 1 ss.).

<sup>41</sup> Cons. d'État, 8 febbraio 1889, in *Dalloz*, 1890, 3, 1.

<sup>42</sup> Cons. d'État, 27 dicembre 1901, in *Sirey*, 1902, 3, 33.



## la nascita dei monopoli comunali in francia

*concessions* avevano perciò un contenuto più complesso rispetto alle *permissions de voirie*. Spesso le *concessions* erano dirette a realizzare il primo impianto delle infrastrutture necessarie all'erogazione di un servizio (ad esempio, un acquedotto) dal che esse furono inizialmente considerate alla stregua di *concessions de travaux publics* (non *marchés*, perché la remunerazione consisteva nel diritto di sfruttare commercialmente l'opera<sup>43</sup>). Il concessionario assumeva in genere numerosi impegni legati alla conduzione del servizio. Il comune, per parte sua, concedeva l'uso del suolo e poteva altresì vincolarsi ad acquisire una quantità determinata di beni e servizi (si pensi all'acqua potabile per le fontane pubbliche o per gli edifici comunali o al gas per l'illuminazione pubblica). Le durate degli accordi, inoltre, erano molto lunghe, nell'ordine di vari e, alle volte, numerosi decenni. La gestione del servizio finiva perciò per avere un peso determinante rispetto alla realizzazione dell'opera. Stante il gran numero di variabili in gioco, la definizione del contenuto delle concessioni implicava la valutazione di una serie altrettanto articolata d'interessi. Non si trattava, come nelle *permissions de voirie*, di verificare in negativo se l'uso particolare del bene comunale fosse compatibile con l'uso pubblico. Nelle *concessions* il comune compiva una valutazione sui bisogni da soddisfare e sui modi migliori per soddisfarli. Da ciò derivava che le *concessions* richiedevano l'approvazione del consiglio comunale: a parte le previsioni formali di competenza in materia – la legge del 1884 prevedeva espressamente la competenza consiliare sulle “*construction nouvelle ou reconstruction*” (art. 114) – era il consiglio l'organo naturale di valutazione degli interessi degli abitanti nel comune<sup>44</sup>. Si vedrà, poi, che la componente di cura degli interessi della collettività locale, inizialmente ricavabile dalla prassi negoziale dei comuni, divenne nel tempo il tratto caratterizzante delle *concessions*. Al punto che il ricorso a tale tipologia di atti, in luogo delle *permissions de voirie*, divenne dovuto ogni qualvolta l'occupazione del suolo fosse strumentale all'erogazione di servizi al pubblico<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cass., 8 agosto 1883, in *Journal du Palais*, 1884, 659–663. A mano che le infrastrutture vennero realizzate, l'oggetto della concessione si spostò sulla gestione dell'opera ed emerse la nozione di “*concession de service public*”. In sintesi, v. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, XII ed., 1933, 940 (ristampa Paris, Dalloz, 2002). Va rammentato che, rispetto alle concessioni comunali di lavori, la qualificazione pubblicistica arrivò in un secondo momento quando si ammise che i comuni in sé fossero istituzioni a tutti gli effetti pubbliche. V. M. Noël, *La Notion de travail public*, thèse pour le doctorat, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1924, 38 ss.

<sup>44</sup> Cfr. R. Toutain, *Des autorisations et des contrats portant concession en ce qui concerne l'éclairage au gaz dans les villes*, in *Revue générale d'administration*, 1882, 261–271 e, in particolare, 271.

<sup>45</sup> *Infra*, par. 7 di questo capitolo.

Esisteva una situazione intermedia tra le *permissions de voirie* e le *concessions*, che si aveva con l'apposizione alle prime di un *cahier des charges* contenente condizioni e regole sull'esercizio dell'attività connessa all'occupazione del suolo. Sebbene sul piano degli obblighi del permissionario tali atti potessero somigliare molto a una *concession*, se ne distinguevano per l'assenza di carattere sinallagmatico. Capitava, ad esempio, che al permissionario fosse vietato di applicare prezzi superiori a una tariffa massima. Da parte del comune, tuttavia, non vi erano impegni di approvvigionamento né limitazioni alla facoltà di rilasciare altre autorizzazioni per lo svolgimento della medesime attività<sup>46</sup>. L'assimilazione di tali atti alla categoria delle *concessions* o delle *permissions de voirie* aveva conseguenze sul piano della giurisdizione: ai *Conseils de préfecture* nel primo caso, al *Conseil d'État* nel secondo. Posto dinanzi all'alternativa, il giudice amministrativo concluse generalmente nel senso delle *concessions*, individuando il criterio distintivo nella presenza di un interesse pubblico al rilascio (a sua volta desumibile dalla rilevanza attribuita al *cahier des charges*)<sup>47</sup>. Le *permissions de voirie* in senso stretto erano dunque quelle rilasciate nell'interesse esclusivo del beneficiario.

## 5. Le concessioni con clausola di esclusiva

Le *concessions*, come si è detto, contenevano impegni tanto dei concessionari quanto dei comuni. Questi ultimi potevano assumere l'obbligo di approvvigionarsi dal concessionario in quantità e a condizioni predeterminate dalla concessione. Se, sotto il profilo quantitativo, l'impegno esauriva il bisogno comunale, ciò equivaleva di fatto all'obbligo del concedente a non avvalersi di altri fornitori. Non sempre, tuttavia, l'oggetto della concessione era costituito da un servizio del quale il comune potesse essere acquirente diretto. Anche per servizi del genere, le concessioni consideravano la fornitura ai *particuliers* che avveniva attraverso la stessa infrastruttura impiegata per la fornitura al comune.

<sup>46</sup> Si v. il modello di autorizzazione in uso a Parigi, riportato in P. Bougault, *Autorisation et concession administratives pour l'occupation des voies publiques*, Grenoble, Gratier et Rey, 1903, 61-62.

<sup>47</sup> Cons. d'État, 16 maggio 1902, il cui testo è ripreso sempre in P. Bougault, *Autorisation et concession administratives pour l'occupation des voies publiques*, cit., 64-66. V. anche Cons. d'État, 10 luglio 1896, in *Recueil Dalloz*, 1998, 3, 1, che adottava il parametro dell'interesse pubblico al rilascio pur tenendo ferma la giurisdizione amministrativa sul ricorso per eccesso di potere.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

In previsione di tali usi “accessori” – che erano in realtà l’oggetto principale del rapporto – le concessioni prevedevano spesso l’impegno del comune di non rilasciare titoli per l’uso del suolo comunale ad altri soggetti che si proponessero di svolgere la stessa attività del concessionario. Le clausole di esclusiva, per quanto abituali, non erano parte del contenuto necessario delle *concessions*. Talvolta la giurisprudenza ritenne l’esclusiva indispensabile per qualificare il concessionario come «*entrepreneur de travaux publics*»<sup>48</sup>, con ciò indicando che affinché il diritto di gestione dell’opera fosse un vero e proprio corrispettivo occorreva un impegno dell’amministrazione a non consentire intraprese concorrenti. Per l’esistenza di una *concession* in quanto tale, invece, era sufficiente che l’amministrazione avesse rilasciato il titolo *anche* in considerazione di un interesse pubblico<sup>49</sup>. D’altra parte, un impegno del genere era difficilmente inquadrabile nell’ambito di una *permission de voirie*, la quale, come si è visto, poteva prevedere obblighi e condizioni solo dal lato del permissionario. Se i comuni volevano limitarsi a disciplinare l’attività del concessionario potevano quindi ricorrere a una *concession* come a una *permission* (con le incertezze nelle qualificazioni delle quali si è detto). Se invece i comuni intendevano assumere l’impegno di non consentire occupazioni del suolo concorrenti, la strada era quella della *concession*.

Il fondamento di tale genere di impegni venne esaminato sotto due angolazioni.

La prima questione era se il comune – *i.e.*, il sindaco con l’approvazione consiliare – potesse assumere l’impegno di esclusiva e farne motivo legittimo per negare il rilascio di altri titoli di occupazione del suolo. La soluzione positiva era pressoché costante in giurisprudenza (mentre in dottrina vi erano posizioni critiche<sup>50</sup>). Le decisioni non tenevano conto, in genere, di un dato di diritto positivo che pur avrebbe potuto invocare: i «*traités portant concession à titre exclusif [...] des grands services municipaux*» erano considerati espressamente dalla legge municipale, tra gli atti comunali soggetti ad approvazione prefettizia (v. la legge 5 aprile 1884, art 115). I giudici affermavano, con una formula riprodotta da numerose decisioni senza variazioni signifi-

<sup>48</sup> Cons. d’État, 2 maggio 1861, in *Dalloz* 1961, 3, 65, la quale evidenziava che l’impegno del comune era stato assunto «*sans stipulation de délai et sans aucun monopole*».

<sup>49</sup> V. la giurisprudenza citata *supra*, alla nota 46.

<sup>50</sup> V. M. Hauriou, *Dangers des monopoles de fait établis par l’occupation de la voie publique. Le gaz et l’électricité*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1894, I, 78-87 e specie 83 ss. dove l’autore parlava di «*une sorte de résurrection des banalités du moyen âge ... la rue est devenue banale, dans le vieux sens du mot ... c’est-à-dire abusive et oppressive*».

cative, che «*les communes pour assurer le service ... sur leur territoire, peuvent concéder le droit exclusif de poser des conduites sous le sol des voies qui leur appartiennent*»<sup>51</sup>. Tale formula indicava più di quanto la sua apparenza assertiva lasciasse trasparire. Il presupposto per attribuire l'esclusiva non era soltanto la necessità di occupare i suoli, né quella di porre limiti *negativi* all'esercizio del servizio (ad esempio, attraverso la fissazione di una tariffa massima). Il comune che si impegnava a non rilasciare altri titoli agiva per «*assurer le service*», vale a dire affinché fossero realizzate e esercitate le infrastrutture su un'area determinata o sulla totalità del territorio comunale. Questo interesse *positivo* alla fornitura del servizio era l'elemento che giustificava la previsione di un corrispettivo a favore del concessionario. Non era peraltro contestato che i comuni fossero portatori di interessi del genere. Per fare degli esempi, la distribuzione casalinga dell'acqua e, più in generale, ciò che oggi chiameremmo il ciclo idrico (comprensivo del deflusso delle acque reflue), erano sempre più diffusamente visti come strumenti indispensabile di igiene e sanità pubblica<sup>52</sup>. L'illuminazione pubblica era invece ritenuta strumentale alla sicurezza e all'ordine pubblico<sup>53</sup>. Nella lunga serie d'interessi pubblici già all'epoca imputati alle amministrazioni comunali, non era difficile individuare uno o più che giustificassero la conclusione di un *traité portant concession*.

Una possibile obiezione, di carattere formale, era che la concessione con clausola di esclusiva conferiva al concessionario un «*monopole*», la qual cosa sarebbe potuta avvenire solo attraverso una legge. Il diritto di esclusiva, tuttavia, non riguardava l'esercizio dell'attività in quanto tale bensì l'uso del suolo pubblico che costituiva uno dei mezzi per prestare l'attività. Il comune non aveva titolo per vietare l'esercizio dell'attività – ad esempio, la vendita a domicilio dell'acqua – a soggetti diversi dal concessionario. L'amministrazione, in presenza di un interesse generale, poteva solo limitare il numero dei soggetti abilitati a occupare il suolo pubblico anche se ciò portava a una situazione di «*monopole*» che però era tale solo *di fatto*. La distinzione aveva più di un rilievo pratico. Vi potevano essere, in primo luogo, attività concorrenti con quella del concessionario le quali non richiedevano l'occupazione del suolo pubblico<sup>54</sup>. In tal caso, il comune non aveva strumenti per

<sup>51</sup> V., *ex multis*, Cass., 8 agosto 1883, cit.; Cons. d'État, 8 marzo 1895 e 29 marzo 1895, in *Sirey*, 1897, 17-20, con nota critica di M. Hauriou; Cons. d'État, 17 novembre 1882, in *Recueil Cons. d'État*, 1882, 888-897;

<sup>52</sup> Cfr. J.P. Goubert, *La conquête de l'eau*, cit., 97 ss., e G. Jorland, *Une société à soigner*, cit., 282 ss. Il processo culminò con la legge del 15 febbraio 1902 sull'igiene pubblica.

<sup>53</sup> Cfr. E. Copper, *Eau, gaz & électricité*, Paris, Pedone, 1906, I, 165 ss.

<sup>54</sup> Quanto tale concorrenza fosse effettiva e temibile dipendeva dalle circostanze con-

## la nascita dei monopoli comunali in francia

proteggere l'attività del concessionario. L'esclusiva, in secondo luogo, non precludeva l'occupazione del suolo comunale per usi non commerciali, ad esempio da parte di privati che intendessero installare derivazioni a favore di fondi di loro proprietà. I giudici ritennero che gli usi privati non potessero essere considerati *concurrenti* con quelli del concessionario e che, estendendo anche a essi la clausola di esclusiva, si sarebbe in effetti configurato un «*monopole*» di diritto<sup>55</sup>. I comuni, in terzo luogo, non potevano impedire l'installazione delle strutture sulla proprietà privata<sup>56</sup> o su quella pubblica non comunale. Quest'ultima eventualità era tutt'altro che infrequente giacché, nel sistema viario francese, non vi era corrispondenza piena tra l'area di competenza territoriale dei comuni e il regime giuridico delle strade che intersecavano tale area<sup>57</sup>. Le strade di collegamento tra i comuni, in particolare, erano classificate come «*routes départementales*» e sottoposte all'autorità del prefetto anche nei tratti urbani. Le concessioni comunali in esclusiva non potevano vincolare i prefetti che restavano liberi, almeno formalmente, di rilasciare autorizzazioni a imprese concorrenti<sup>58</sup>. Proprio la soluzione a questo problema di coordinamento delle competenze contribuì alla costruzione di un regime giuridico specifico per i servizi pubblici locali (*infra*, par. 7).

Il secondo tema era se il comune avesse la facoltà di svincolarsi dall'impegno qualora ciò fosse giustificato da ragioni di interesse pubblico. Il problema, in Francia come in altri ordinamenti dell'epoca, sorse in relazione al susseguirsi delle tecniche di illuminazione pubblica e privata – dal gas all'energia elettrica – e aveva alla base numerose questioni particolari legate alla interpretazione delle clausole delle *concessions*. Poiché non di rado la formulazione di tali clausole era dubbia, le letture estensive o restrittive sostenute in ciascun caso divenivano a loro volta espressione di alcune opzioni di fondo sulla rilevanza degli interessi coinvolti.

crete. Nelle prime esperienze di distribuzione idrica a Parigi, ad esempio, la *Compagnie des eaux* aveva difficoltà a contrastare la competizione dei «*porteurs et conducteurs d'eau*», che si approvvigionavano da fonti di migliore qualità. Cfr. J.P. Goubert, *La conquête de l'eau*, cit., 175.

<sup>55</sup> Tra le tante, v. Cons. d'État, 12 giugno 1891, in *Recueil Dalloz*, 1892, 3, 123; Cons. d'État, 21 febbraio 1890, in *Recueil Dalloz*, 1891, 5, 120; Cons. d'État, 25 maggio 1900, in *Recueil Dalloz*, 1901, 3, 78.

<sup>56</sup> Cons. d'État, 20 novembre 1903, in *R.C. d'Et.*, 1903, 693.

<sup>57</sup> Le strade pubbliche erano classificate in comunali – a loro volta distinte in *voies urbaines*, *vicinales*, *rurales* – dipartimentali e nazionali. Sulle prime vi era la competenza del sindaco, sulle altre quella del prefetto.

<sup>58</sup> Cass., 8 agosto 1883, cit.

I giudici, in una prima fase, decisero prevalentemente in favore dei concessionari con diritto di esclusiva, considerando vincolanti le clausole e interpretando estensivamente le formulazioni più dubbie. Il carattere vincolante delle clausole assumeva che le stesse fossero legittime ma, in aggiunta a quanto visto sopra, implicava altresì che l'impegno non fosse la manifestazione di una valutazione contingente dell'interesse pubblico, modificabile a discrezione del comune. I giudici, al contrario, tennero ferma la natura contrattuale delle *concessions* e ne ricavarono il diritto dei concessionari a essere risarciti dei danni derivanti dalla violazione dell'esclusiva. Le controversie, anche quando la giurisprudenza mutò in senso più favorevole ai comuni<sup>59</sup>, non erano viste come un conflitto tra concorrenti più o meno innovativi o tra regimi di monopolio e soluzioni di mercato. Le vicende non mettevano in discussione le esclusive in quanto tali bensì il potere dei comuni di «*assurer*» servizi municipali con tecniche più progredite e a condizioni più convenienti. Dall'altra parte, vi erano gli investimenti compiuti dalle società concessionarie e dai risparmiatori che avevano acquisito le loro azioni, confidando sulla protezione dell'iniziativa dalla concorrenza di altre imprese<sup>60</sup>. Nella lettura data dai giudici, gli interessi dei due versanti del rapporto erano tenuti insieme dagli «*avantages*» che i concessionari assicuravano ai comuni e dalla intenzione delle parti che tali vantaggi «*devaient trouver leur compensation dans l'exercice de tous les droits concédés*»<sup>61</sup>.

Le sentenze privilegiarono per diverso tempo la conservazione di questo nesso di corrispettività, anche a costo di estendere le clausole di esclusiva a casi non espressamente previsti: all'illuminazione elettrica, pur se gli accordi parlassero solo di gas<sup>62</sup>; alle linee aeree su strada – ritenute parte del demanio municipale – pur se si facesse riferimento al sotto suolo stradale<sup>63</sup>. Per evitare queste conseguenze, in previsione d'innovazioni tecnologiche che comportassero un mutamento di fondo nelle modalità di erogazione del servizio, le concessioni dovevano riservare espressamente ai comuni la fa-

<sup>59</sup> Interpretando le esclusive, dinanzi a innovazioni tecniche, come un diritto a essere preferiti a parità di condizioni. V. Cons. d'État, 10 gennaio 1902, in *Sirey*, 1902, 3, 17, con nota di M. Hauriou. Sugli sviluppi di questa giurisprudenza, v. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, 284-286, e la nota di commento in Aa.Vv., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 2005, 58-60.

<sup>60</sup> Per la presumibile rilevanza di questi interessi nelle decisioni del giudice amministrativo, v. M. Hauriou, nella nota a Cons. d'État, 8 marzo 1895 e 29 marzo 1895, in *Sirey*, 1897, 17-18.

<sup>61</sup> Cons. d'État, 8 marzo 1895, cit.

<sup>62</sup> Cons. d'État, 11 gennaio 1895, in *S. et P.*, 1896, 3, 129.

<sup>63</sup> Cons. d'État, 26 dicembre 1891, in *S. et P.*, 1894, 3, 1.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

coltà di accordare autorizzazioni ad altri imprenditori «*sans être tenues à aucune indemnité*»<sup>64</sup>.

Solo in un secondo momento, la giurisprudenza elaborò una soluzione di compromesso fra l'interesse del concessionario e le esigenze dell'amministrazione di mutare nel tempo l'organizzazione del servizio pubblico. In presenza di una nuova tecnica di produzione compresa nel diritto di esclusiva, i comuni potevano chiedere al concessionario di estendere anche ad essa il servizio. In caso di rifiuto, il comune avrebbe avuto la facoltà di rivolgersi ad altri soggetti senza dovere alcuna indennità al primo concessionario<sup>65</sup>.

### 6. I poteri di polizia e il controllo dell'accesso al mercato

Taluni servizi richiedevano un uso dei suoli comunali qualitativamente diverso da quello visto in precedenza. I servizi di trasporto in comune, in particolare, oltre che con i *tramways* potevano essere prestati con mezzi che non occupavano stabilmente il suolo pubblico e che si limitavano a circolare per le strade e a effettuare le soste necessarie alla salita e alla discesa dei passeggeri.

I loro antecedenti commerciali – le *carrosses à cinq sols* sopra menzionate – nel corso dell'*ancien régime* erano stati “permessi” in gestione esclusiva con editti reali. Gli *omnibus*, questo era il nome diffuso internazionalmente, pur sorgendo in un ordinamento basato sulla libertà dell'industria erano soggetti ai poteri di polizia dell'ente proprietario delle strade. Essi, inoltre, sebbene non occupassero stabilmente il suolo stradale lo impegnavano in forme particolari che potevano intralciare la circolazione degli altri mezzi e mettere a rischio la sicurezza delle persone.

In ragione di questi due elementi, non vi erano dubbi che il servizio potesse essere reso solo previo atto di assenso dell'autorità pubblica che ne regolasse anche le modalità di esercizio<sup>66</sup>. Il servizio, oltre che con singoli

<sup>64</sup> Cons. d'État, 29 marzo 1895, cit. Quando la giurisprudenza si fece più sensibile alle ragioni di interesse pubblico, non rinunciò, come si è detto, alla logica dell'esclusiva come corrispettivo riconosciuto in vista della cura dell'interesse pubblico.

<sup>65</sup> Cons. d'État, 10 gennaio 1902, in *Recueil Cons. d'État*, 1902, 5. Il principio fu confermato nella decisione *Compagnie générale française des tramways*, Cons. d'État, 21 marzo 1910, in *id.*, 216

<sup>66</sup> V., rispetto alla città di Parigi, L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways a Paris*, cit., 19 ss., ove si descrivono le prime istanze di avvio del servizio. Nel tempo, il regime d'ingresso

atti di autorizzazione, era disciplinato attraverso ordinanze di polizia che definivano in termini generali le condizioni per avviare ed esercitare l'attività<sup>67</sup>. Tali ordinanze potevano limitare il numero di vetture autorizzate alla circolazione ma ciò non impedì che al mercato accedessero numerose imprese, in concorrenza anche sulle medesime tratte<sup>68</sup>. Proprio questa competizione fu tuttavia considerata la causa di un certo disordine nella conduzione del servizio. Nei documenti ufficiali emerge l'idea che la sovrapposizione di più imprese sulle tratte maggiormente profittevoli ostacolasse la circolazione e scoraggiasse i miglioramenti che solo «*l'unité d'exploitation*» poteva garantire<sup>69</sup>. Nel caso specifico di Parigi, la prefettura del dipartimento della Senna decise di promuovere la concentrazione delle imprese in un gestore unico. La vicenda si mosse su due piani. Le imprese concordarono la presentazione di un'offerta per la gestione «*avec privilège*» di tutte le linee esistenti, con l'impegno a versare una somma annuale quale canone oltre ai diritti di stazionamento per le vetture. Il prefetto concluse con le imprese un accordo, sotto forma di *cahier des charges*, con il quale il primo concedeva alle seconde il diritto esclusivo «*de faire circuler, en stationnant sur la voie publique, conformément aux règlements, les voitures employées audit transport*» (art. 1). Le imprese si impegnavano a fondersi in una nuova società (art. 3) e a implementare le nuove linee e le nuove tecniche di locomozione che il prefetto avesse ritenuto necessarie (artt. 6 e 11)<sup>70</sup>. L'accordo regolava anche le caratteristiche delle vetture, le tariffe e altri aspetti di dettaglio.

Il potere di sottoporre il servizio ad autorizzazione – e quindi di vietare l'attività a chiunque non fosse in possesso del titolo – era considerato, come si è detto, un'espressione del potere di polizia. La tenuta di questi meccanismi fu confermata da vari giudizi penali avviati contro imprese che

sul mercato si sarebbe diversificato con la sottoposizione di alcuni trasporti in comune – ad esempio, le linee da e per le stazioni ferroviarie – alla sola «*déclaration*» preventiva. Si v. le conclusioni del commissario di governo Gauvain in Cons. d'État, 7 dicembre 1888, in *Revue générale d'administration*, 1889, I, 63-73, specie 65-66.

<sup>67</sup> Si v. le ordinanze del 30 gennaio e del 18 settembre 1828 descritte nel rapporto Ferey riportato in Cass., 24 febbraio 1858, in *Jurisprudence Générale*, 1858, I, 256-260, specie 257.

<sup>68</sup> A Parigi se ne contavano circa venti nel 1828, scese a circa dieci negli anni sino al 1850. Cfr. L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways a Paris*, cit., 20-21.

<sup>69</sup> Così la memoria del prefetto di polizia di Parigi del 18 maggio 1854, presentata alla commissione municipale della città. Il testo è riportato per esteso in E. Hubault, *Omnibus, tramways, métropolitain. Recueil annoté*, Paris, Imprimerie Municipale, 1902, 3-4.

<sup>70</sup> Il testo dell'accordo si trova sempre in E. Hubault, *Omnibus, tramways, métropolitain. Recueil annoté*, cit., 6-10.



## la nascita dei monopoli comunali in francia

avevano cercato di eludere il regime di autorizzazione. Si trovano casi relativi a vetture che viaggiavano con le portiere aperte e i cui conducenti invitavano i passanti a salire a bordo<sup>71</sup> o a vetture che erano fatte stazionare in rimesse private e che per far salire e scendere i passeggeri si limitavano a rallentare la marcia<sup>72</sup>. In tutte le decisioni, i giudici rammentarono che la libertà dell'industria affermata dalla legge del 1791 doveva essere esercitata nei limiti di quanto previsto dai regolamenti di polizia. Le autorità, secondo i giudici, non avevano ecceduto le loro prerogative le quali comprendevano il potere di prescrivere tutte le precauzioni utili alla libertà, alla comodità e alla sicurezza delle strade pubbliche. Tali prescrizioni potevano anche tradursi nella limitazione del numero di imprese o di vetture che erano autorizzate a circolare<sup>73</sup>.

Il problema principale, tuttavia, non risiedeva nell'esistenza in sé dei regimi di autorizzazione bensì nella eventualità che il diniego di rilasciare nuovi titoli fosse diretto a tutelare l'impresa o le imprese già autorizzate. Nel caso dei trasporti in comune questa eventualità assumeva contorni particolari poiché, sebbene la circolazione delle vetture avvenisse sulle strade pubbliche, essa, a differenza delle occupazioni permanenti, non richiedeva di per sé il consenso dell'ente proprietario. Affinché fosse necessario un atto di assenso, la circolazione doveva essere tale da incidere su un interesse di polizia. Ciò faceva sì che anche l'esercizio del potere di rilascio del titolo fosse poi incanalato nei parametri della *«bonne police»*. Al contempo, le autorità pubbliche – la prefettura nel caso di Parigi, i comuni per le altre città – concludevano con le imprese accordi che avevano una struttura simile a quella vista per i servizi idrici, elettrici ecc. L'autorità affidava al concessionario la gestione in esclusiva di un servizio pubblico, da esercitare anche nell'interesse dell'affidante e della comunità che l'autorità rappresentava. Tra l'affidamento in esclusiva e l'esercizio del potere di polizia vi era però un salto da colmare: gli obiettivi dell'ordine, della sicurezza ecc. giustificavano la previsione di limiti e divieti, meno facilmente l'impegno dell'amministrazione a provvedere negativamente anche al di là di quanto i medesimi obiettivi rendessero necessario.

In un primo periodo, i giudici decisero per lo più nel senso dell'illegittimità dei dinieghi che avessero per motivo un diritto di esclusiva. Le decisioni sottolinearono che il potere delle autorità di regolare la circolazione doveva essere esercitato unicamente nell'interesse della sicurezza e della co-

<sup>71</sup> Cass., 3 settembre 1831, in *Recueil Dalloz*, 1931, 1, 319.

<sup>72</sup> Cass., 4 marzo 1836, in *Recueil Dalloz*, 1936, 1, 188.

<sup>73</sup> Cons. d'État, 2 agosto 1870, in *Recueil Cons. d'État*, 1870, 971.

modità del passaggio sulla via pubblica<sup>74</sup>. Si trattava, nondimeno, di casi nei quali non era contestato che il fine del diniego fosse la tutela di un impegno di esclusiva. Se invece i provvedimenti dichiaravano un fine di polizia, gli spazi di azione per l'amministrazione divenivano più ampi. Ciò non dipendeva dal tipo di sindacato che poteva essere svolto sull'eccesso di potere per sviamento. Era già ammesso che il giudice non si fermasse a quanto ricavabile dell'atto ma tenesse conto «*soit des indiscretions du dossier, soit des circonstances*»<sup>75</sup>. Il limite era semmai che la valutazione di polizia – sulla compatibilità tra l'attività da autorizzare e la circolazione stradale – costituiva un dominio proprio dell'amministrazione. Una volta che tale valutazione fosse stata risolta in senso negativo per il richiedente – caso per caso o in virtù di un limite quantitativo – l'eventuale coincidenza tra l'interesse di polizia e quello del concessionario esclusivo era considerata un fatto incidentale e non rilevante per la legittimità della decisione<sup>76</sup>.

Lo sviluppo di questi argomenti consentì di trovare un fondamento positivo per le esclusive. Già le decisioni sopra rammentate stabilivano una relazione tra il potere di polizia e le esigenze di «*service public*»<sup>77</sup>. Questo riconoscimento rendeva possibile giustificare le esclusive solo che si stabilisse un legame plausibile tra esse e le esigenze di servizio pubblico. Nelle controversie tra le autorità e i concessionari, in secondo luogo, l'impegno di esclusiva fu limitato alla facoltà di stazionamento sulla via pubblica, essendo quella di circolazione una libertà appartenente a tutti<sup>78</sup>. Questa soluzione non era del tutto coerente con le ragioni di esercizio del potere sin lì sostenute, fondate *anche* sui rischi particolari derivanti dalla circolazione dei mezzi di trasporto comune. Nondimeno, essa portava a distinguere un nucleo di facoltà che, in quanto non disponibili alla generalità dei cittadini, potevano essere legittimamente riservate a singoli soggetti per ragioni di interesse pubblico. I giudici conclusero il percorso riconoscendo che l'esclusiva era funzionale agli obblighi di servizio assunti dal concessionario: «*la conces-*

<sup>74</sup> Cons. d'État, 25 febbraio 1864, in *Recueil Cons. d'État*, 1864, 210-213; Cons. d'État, 2 agosto 1870, cit. La Cassazione, al contrario, si era pronunciata per la legittimità delle medesime decisioni con le sentenze del 6 dicembre 1862, 25 agosto 1864 e 1° luglio 1869.

<sup>75</sup> Così le conclusioni del commissario di governo in Cons. d'État, 7 dicembre 1888, cit., 72-73.

<sup>76</sup> Cass., 24 febbraio 1858, cit., 260; Cons. d'État, 7 dicembre 1888, cit., 73. La prima delle due sentenze rigettò anche la censura di difetto di proporzionalità che considerò una questione di merito da rimettere all'autorità superiore attraverso un ricorso amministrativo.

<sup>77</sup> V. Cons. d'État, 25 febbraio 1864, cit.

<sup>78</sup> Cass., 28 febbraio 1872, in *Sirey*, 1872, I, 121-122; Tribunale della Senna, 17 giugno 1903, riportata in L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways a Paris*, cit., 33.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

*sion ... comporte, pour la raison même du danger d'encombrement qui lui a fait imposer l'unité de service, garantie contre toute concurrence...*<sup>79</sup>. In altri termini, i rischi derivanti dalla sovrapposizione degli *omnibus* consentivano di individuare una sola impresa che gestisse tutte le linee e ciò, di per sé, presupponeva che la gestione unitaria non fosse disturbata dalla concorrenza selettiva di altre imprese. L'esclusiva era dunque il tratto di collegamento tra l'organizzazione unitaria del servizio, espressione del potere di polizia, e l'accordo con il concessionario per l'esercizio dell'attività nel suo insieme, anche per le parti non redditizie.

### 7. Le concessioni come uffici di cura degli interessi della collettività locale

Le concessioni per i servizi che richiedevano l'occupazione stabile del suolo comunale erano volte, tra le altre cose, a realizzare infrastrutture che poi, allo scadere della concessione, sarebbero state trasferite al patrimonio dei comuni. Come si è visto, le prime decisioni che si erano interrogate sulla natura giuridica di tali atti li classificarono come concessioni di lavori pubblici. Le opere che ne nascevano erano a beneficio della collettività comunale. I comuni, ai quali spettava di curare questi interessi, per procurarsi l'opera e per assicurare la sua gestione «battevano moneta» con i loro poteri pubblici di disposizione dei suoli. Tali poteri, tuttavia, non si estendevano all'intera rete stradale collocata nel territorio comunale dal che si potevano dare titoli rilasciati da altre autorità – in particolare, i prefetti – che autorizzavano installazioni concorrenti a quelle del concessionario. Intorno ai poteri prefettizi sorse così un gioco di interessi del quale si può trovare traccia negli orientamenti assunti dall'amministrazione centrale.

Le imprese che aspiravano a entrare sul mercato – tra di esse, le imprese elettriche nella fase di transizione dal gas all'elettricità come fonte di illuminazione – sostennero la tesi della distinzione rigida e della indifferenza reciproca delle competenze prefettizie rispetto a quelle comunali. Alcuni uffici prefettizi accolsero questa soluzione e rilasciarono i permessi per la posa delle canalizzazioni sulle strade dipartimentali. Nelle controversie che ne seguirono, i giudici affermarono il principio che gli impegni comunali di

<sup>79</sup> Cons. d'État, 16 dicembre 1921, in *Recueil Cons. d'État*, 1921, 1062-1063. Nel senso della legittimità dell'esclusiva, purché di estensione coerente con la missione affidata, Cons. d'État, 29 gennaio 1932, in *Recueil Cons. d'État*, 117-118.

esclusiva erano circoscritti alle strade dei comuni medesimi e non influivano sulle competenze prefettizie<sup>80</sup>.

Questa conclusione faceva perno sulla competenza a disporre dei suoli e lasciava in secondo piano l'attività che gli occupanti intendevano svolgere. Proprio tale attività fu posta invece al centro dell'orientamento contrario, espresso dai vertici dell'amministrazione ministeriale con argomenti progressivamente perfezionati. Il ragionamento muoveva dalla distinzione, vista in precedenza, tra l'occupazione del suolo pubblico per fini privati e quella per scopi commerciali. Nel secondo caso, l'installazione delle canalizzazioni non era soggetta unicamente al controllo di compatibilità con l'uso ordinario delle strade, controllo espresso dalle *permissions de voirie*. Concedendo l'occupazione il comune costituiva una posizione di privilegio che, anche a causa della limitatezza degli spazi a disposizione, poteva costituire «un *monopole de fait*». Bisognava perciò che l'attività fosse soggetta a controlli specifici e a questo fine occorreva una *concession* «*fixant les tarifs et les conditions de l'exploitation*»<sup>81</sup>. Il passaggio dal governo del bene pubblico alla regolazione dell'attività era dunque giustificato dall'attivazione di una serie di bisogni di tutela che trovavano la loro occasione nell'uso del bene.

La competenza a rilasciare le concessioni, in questa prospettiva, seguiva il soggetto al quale spettava curare gli interessi coinvolti dalla prestazione del servizio. Le autorità detentrici dei suoli, per parte loro, dovevano esercitare le loro competenze in modo da non interferire con le concessioni. Le *permissions de voirie* sulle strade non comunali andavano dunque rilasciate ai concessionari valutando unicamente la compatibilità dell'installazione con gli usi ordinari del bene. Non era ammissibile che le *permissions* fossero attribuite a soggetti diversi i quali si proponessero scopi commerciali. Ciò non solo perché a tal fine sarebbe occorsa una concessione il cui rilascio, ogni qualvolta fossero coinvolti gli interessi delle collettività locali, era riservato ai comuni. A questo motivo formale si aggiungeva una preoccupazione sostanziale. L'ingresso di altre imprese metteva a rischio l'equilibrio economico delle concessioni. Queste ultime erano accordate in esclusiva sull'intero territorio comunale di modo che il concessionario, tenuto ad applicare una tariffa uniforme, potesse compensare «*les chances de gain sur les grandes artères*» con «*les chances de pertes sur les rues éloignées et secondaires*». Le nuove im-

<sup>80</sup> Cass., 8 agosto 1883, cit. V. *supra*, il par. 5 di questo capitolo.

<sup>81</sup> V. la circolare dei Ministeri dell'interno e dei lavori pubblici del 15 agosto 1893, riportata in P. Bougault, *Autorisation et concession administratives pour l'occupation des voies publiques*, cit., 144-152, in particolare 146-147.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

prese, non vincolate dagli impegni del concessionario, si sarebbero concentrate sulle sole aree più remunerative rendendo impossibile questo genere di compensazione. Ciò avrebbe avvantaggiato alcuni clienti, che avrebbero pagato un prezzo inferiore alla tariffa uniforme, ma creato un «grave préjudice» a tutti gli altri abitanti del comune<sup>82</sup>.

La soluzione – che trovò poi formalizzazione nella legge 15 giugno 1906 sulla distribuzione dell'energia (art. 8)<sup>83</sup> – conteneva una forzatura logica giacché il potere-dovere di operare per mezzo di concessioni sorgeva in relazione alla disponibilità dei suoli ma poi si staccava da essa e si giustificava come cura degli interessi della collettività locale. Proprio questo salto, tuttavia, consentiva di assorbire nella concessione del servizio il regime dell'attività il quale sarebbe altrimenti dipeso dalla detenzione del suolo.

Un problema di coordinamento delle competenze si ebbe anche in relazione ai servizi di *tramways*. Inizialmente, per l'attribuzione del servizio si provvedeva con decreti di concessione del capo dello stato senza formalità particolari né *enquêtes publiques*. Ciò perché l'installazione avveniva a titolo temporaneo e su suoli pubblici, non dovendosi espropriare suoli privati<sup>84</sup>. Questa posizione fu superata sul presupposto che si trattasse non tanto di consentire l'occupazione del suolo pubblico e di regolare la viabilità bensì di affidare un lavoro e un servizio pubblico la cui disciplina coinvolgeva «l'intérêt général du public, du commerce et de l'industries»<sup>85</sup>. Nella misura in cui tale interesse generale era imputabile alle collettività locali, l'amministrazione centrale sviluppò la prassi di attribuire la concessione ai dipartimenti e ai comuni con facoltà di retrocessione a una o più imprese private<sup>86</sup>. Le

<sup>82</sup>V. la circolare del 15 agosto 1893 appena citata, 148-149. Nel senso che l'ingresso di nuovi concorrenti potesse «compromettere l'économie des conventions», v. già la circolare del Ministero dei lavori pubblici del 22 giugno 1882, riportata in R. Toutain, *Des autorisations et des contrats portant concession*, cit., 269-270.

<sup>83</sup> La norma consentiva, a certe condizioni, che le concessioni attribuissero il diritto esclusivo di uso del sottosuolo stradale. In tal caso, «Pendant la durée du privilège ainsi institué, les permissions de voirie délivrées par le préfet et les actes de concession passés au nom de l'État devront tenir compte de ce privilège dans les obligations imposées aux permissionnaires et concessionnaires» (art. 8, ult. comma).

<sup>84</sup> Cfr. L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways a Paris*, cit., 61 ss.

<sup>85</sup> Così un parere del *Conseil d'État* (commissione provvisoria facente funzioni) del 22 febbraio 1872, il quale concluse escludendo la competenza prefettizia e riservando il decreto di concessione al capo dello stato nel rispetto delle forme previste dalla legislazione sui lavori pubblici.

<sup>86</sup> Poteva capitare che, per linee da installare su più comuni, il governo attribuisse la concessione a uno solo di essi per tutti i territori coinvolti. In senso favorevole, v. il parere

sub concessioni riflettevano il contenuto della concessione, erano sottoposte ad approvazione e facevano salva la garanzia del concessionario sub cedente nei confronti dello stato<sup>87</sup>. Lo schema fu ripreso con alcune correzioni dalla legge dell'11 giugno 1880 che conteneva una disciplina specifica delle ferrovie di interesse locale e dei *tramways*. Le linee da installare in tutto o in parte sul demanio statale richiedevano una concessione dello stato. Questi, come nella prassi anteriore, poteva accordarla ai comuni o ai dipartimenti con facoltà di retrocessione (art. 27, c. 1). Le concessioni per le linee da installare esclusivamente sulle strade dipartimentali o comunali erano accordate, rispettivamente, dai dipartimenti e dai comuni (art. 27, cc. 2 e 5). Questi enti potevano a loro volta attribuire la concessione a un'altra autorità – stato, dipartimenti e comuni, secondo i casi – con facoltà di retrocessione (art. 28). Le concessioni, anche quelle dello stato ai dipartimenti e ai comuni, dovevano intendersi non esclusive salvo patto contrario (artt. 8 e 39). Nella pratica, le concessioni statali potevano moltiplicarsi solo in circostanze particolari<sup>88</sup> vigendo altrimenti la pratica di attribuire ai comuni e ai dipartimenti una concessione unitaria per la totalità dei territori di rispettiva competenza<sup>89</sup>.

## 8. Conclusioni

Giunti agli inizi del Novecento, il modello di gestione monopolistica dei principali servizi pubblici locali era sostanzialmente consolidato. Le attività propriamente riservate erano poche e di scarsa rilevanza economica. I principali monopoli locali discendevano dalla combinazione tra i poteri di

del Conseil d'État del 9 agosto 1875, in E. Hubault, *Omnibus, tramways, métropolitain. Recueil annoté*, cit., 235-236.

<sup>87</sup> V. l'art. 2 del decreto 9 agosto 1873, recante il *cahier des charges* della concessione al dipartimento della Senna. Il testo è riportato sempre in L. Chaumeil, *Les omnibus et les tramways a Paris*, cit., 72-73.

<sup>88</sup> V. sul punto l'*avis doctrinal* reso dal Conseil d'État il 13 luglio 1875, in E. Hubault, *Omnibus, tramways, métropolitain. Recueil annoté*, cit., 234-235. Il Consiglio si esprime negativamente sull'ipotesi di prevedere nel *cahier des charges* sui *tramways* il parere vincolante dei comuni sul rilascio di altre concessioni. Questa soluzione fu giudicata inopportuna in particolare ove si trattasse di integrare la rete attraverso l'occupazione di strade non comunali.

<sup>89</sup> La successiva legge 31 luglio 1913, artt. 2-12, legò la competenza per l'organizzazione del servizio pubblico direttamente alla estensione territoriale della linea, prevedendo alcuni meccanismi specifici di coordinamento delle competenze per le linee che si estendessero su più dipartimenti o comuni.

## la nascita dei monopoli comunali in francia

polizia e quelli di disposizione dei suoli comunali. In Francia, restò invece sullo sfondo il problema che, nello stesso periodo, ebbe molta rilevanza in ordinamenti nazionali come quello britannico e quello italiano: se il monopolio dovesse essere gestito da un'impresa comunale – e occorresse dunque *municipalizzare* il servizio – o se invece si dovesse preferire in linea di principio l'affidamento a imprese private<sup>90</sup>.

Nelle pieghe del processo che portò alla formazione dei monopoli comunali si possono rintracciare molti temi che sarebbero stati colti e sviluppati dalla dottrina posteriore e che avrebbero contribuito a fondare il diritto amministrativo francese del Novecento.

I comuni, in primo luogo, emergevano non come semplici regolatori della convivenza bensì come agenti collettivi promotori della interdipendenza sociale. I comuni potevano negoziare soluzioni che fossero utili alla comunità locale nel suo complesso, anche se più o meno convenienti per ciascuno degli abitanti singolarmente considerato. Il contributo che forzatamente veniva imposto ad alcuni degli abitanti poteva essere giustificato come espressione del dovere di solidarietà al quale ciascun individuo era tenuto per il bene della comunità<sup>91</sup>.

La nozione di servizio pubblico, pressoché in parallelo, superò lentamente la semplice fruizione collettiva di utilità diffuse – l'illuminazione pubblica, le fontane pubbliche e in generale tutto ciò che fosse fornito sulle strade comunali – per estendersi ai servizi a fruizione individuale che soddisfacevano bisogni particolari. Le vicende della distribuzione individuale del gas e dell'energia elettrica, congiuntamente alla distribuzione per gli usi collettivi, esemplificano questo passaggio.

I percorsi che consentirono all'assetto monopolistico di affermarsi vanno legati, sul piano delle forme giuridiche, all'evoluzione del regime de-

<sup>90</sup> Salve alcune norme che consentivano l'assunzione di servizi specifici da parte dei comuni (es., l'art. 25 della legge 31 luglio 1913), e anche contro previsioni di applicazione generale (decreto del 28 dicembre 1926 sui servizi di interesse pubblico a carattere industriale e commerciale), a lungo pesò la diffidenza della giurisprudenza francese verso l'intrapresa comunale che poteva ammettersi solo in circostanze "*exceptionnelles*" (Cons. d'État 29 marzo 1901, riportata in *Sirey*, 1901, 3, 73) . A partire da Cons. d'État 30 maggio 1930, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1930, 530), queste circostanze divennero "*particulières*" e furono indicate nella carenza di iniziativa privata e nella sussistenza di un interesse pubblico, *in re ipsa* quando si trattasse di occupare beni del demanio comunale. Cfr. J.F. Auby, *Les services publics locaux*, cit., 12-13.

<sup>91</sup> I poteri pubblici, come osservava Leon Duguit, divenivano i "*gérants d'affaires de la collectivité*" (v. *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, 55).

maniale e alla costruzione del diritto amministrativo come espressione della funzione pubblica di erogazione di servizi alla collettività.

Per un verso, ammettendo l'uso esclusivo dei suoli stradali comunali, perse di rilevanza l'articolazione del demanio costruita dalla dottrina dell'Ottocento, sulla base di reminiscenze cinquecentesche a loro volta ispirate dal diritto romano<sup>92</sup>: una componente in proprietà vera e propria che poteva essere messa a profitto e una che era oggetto dei soli poteri di polizia e che andava unicamente conservata e messa nella libera disposizione di tutti. Questa distinzione un tempo era stata giustificata dalla necessità di sottrarre alcuni beni all'arbitrio della corona e aveva trovato rinnovato vigore quando, con la legislazione del periodo rivoluzionario – decreti del 22 novembre-1° dicembre 1970 – era stato messo in discussione il principio di inalienabilità del demanio.

Il nuovo equilibrio fu raggiunto sul piano degli strumenti per consentire l'uso esclusivo del demanio da parte di privati.

L'impegno a escludere la concorrenza aveva due facce. La prima, rivolta all'esterno del rapporto tra il comune e il concessionario, era sufficientemente solida da resistere agli attacchi dei concorrenti potenziali e da offrire difesa contro i disturbi nel godimento. L'uso in esclusiva era difatti la "moneta" che assicurava la prestazione del servizio pubblico<sup>93</sup>. Le uniche deroghe potevano concedersi per chi non operasse commercialmente, in autoproduzione, come si sarebbe poi generalmente ammesso per le riserve legali di attività. I concessionari potevano domandare tutela anche contro le interferenze dei terzi, il che portò una parte della dottrina francese a costruire la teoria dei diritti reali amministrativi<sup>94</sup> (in larga parte ancorata proprio alla giurisprudenza sui concessionari comunali<sup>95</sup>).

L'altra faccia delle esclusive era rivolta verso l'amministrazione comunale. Per lo stesso nesso di strumentalità nei confronti del servizio pubblico, la giurisprudenza esclude che gli impegni di esclusiva fossero coercibili e, come si è visto, costruì nel tempo una soluzione che salvaguardasse la di-

<sup>92</sup> Cfr. R. Pelloux, *Le problème du domaine public*, cit., 33 ss. e 110 ss., e M. Lagrange, *L'évolution du droit de la domanialité publique*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1974, 5 ss.

<sup>93</sup> Il demanio tornava a essere «une richesse économique source de revenus» acquisendo «dans cette mesure l'aspect d'une "chose dans le commerce"». Così F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., 353.

<sup>94</sup> Si v. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, cit., 863, dove si distingue il rapporto tra il concessionario e l'amministrazione da quello tra il concessionario e i terzi.

<sup>95</sup> R. Pelloux, *Le problème du domaine public*, cit., 262.



## la nascita dei monopoli comunali in francia

screzionalità dei comuni nell'adottare formule di organizzazione del servizio al passo con le evoluzioni della tecnica. I contratti di concessione assunsero i connotati di specialità e di funzionalità al servizio pubblico che ne avrebbero poi consentito la classificazione come *contrats administratifs* per natura.

In questo modo, gli usi esclusivi e produttivi del demanio divenivano concettualmente ammissibili in quanto funzionali e costantemente sottoposti alle esigenze del servizio pubblico<sup>96</sup>.

Quanto al regime dei servizi pubblici comunali, esso nasceva oggettivamente ambiguo, al confine tra l'esercizio dell'autorità e l'erogazione di benefici ai cittadini. Se quest'ultima era la manifestazione esteriore del servizio, e in tal senso si spiegavano le ricostruzioni della scuola che dal *service public* prese il proprio nome, i mezzi con i quali esso era garantito erano per lo più espressione del potere comunale: di escludere selettivamente dall'uso dei suoli demaniali, di strutturare i contenuti degli atti di polizia in modo da permettere ad alcuni e vietare ad altri. Tutto si teneva su una funzione di cura degli interessi della collettività locale che, come si è detto, si sganciò progressivamente dal potere di governo dei suoli che pure era stata il suo fondamento originario.

Non ebbe seguito la soluzione di immaginare i nuovi usi produttivi dei suoli comunali come forme moderne di circolazione, da consentire a tutti nei limiti fissati dai poteri di polizia per governare le interferenze, le congestioni, ecc.<sup>97</sup>, e di stringere i poteri di polizia in un ben preciso vincolo di proporzionalità rispetto ai fini tipici che essi avrebbero dovuto perseguire<sup>98</sup>. Per questa via, i servizi locali sarebbero stati aperti alla concorrenza ma i comuni avrebbero perso la leva principale con la quale potevano indirizzarli verso obiettivi di interesse generale. Come modello di produzione per tali attività, inoltre, la concorrenza incontrava un crescente disfavore anche nelle scienze economiche<sup>99</sup>.

Conclusioni che, una volta che si siano individuate le loro premesse, potrebbero oggi essere riesaminate per verificare se il modello tenga ancora nella sua struttura originaria o se, al contrario, sia in qualche modo sopravvissuto alle ragioni che ne avevano giustificato la nascita.

<sup>96</sup> V. G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, III ed., 1926, t. 2, 77 (ristampa Paris, Dalloz, 2004).

<sup>97</sup> Cfr. M. Hauriou, *Dangers des monopoles de fait*, cit., 85-86.

<sup>98</sup> Si v. la giurisprudenza citata alla nota 20.

<sup>99</sup> Cfr., in sintesi, M. Mosca, *On the origins of the concept of natural monopoly: Economies of scale and competition*, in *European journal of the history of economic thought*, 2008, 317-353.

*Abstract*

*The article reconstructs the birth and the initial development in France of the monopolies on the management of local services in the 19th century. After the brief description of the rules governing the municipalities and their functions, with their various developments, the article examines the activities reserved by law to the municipalities. It then proceeds to illustrate how, by using their policing powers and their powers of disposition of the roads, they extended the exclusive management model to other activities. This model was not the result of a conscious decision by the legislator, but arose instead from an empirical process of response and adaptation to new problems. This process moved in the same direction as the forms of public action that emerged in that period.*

# OPINIONI

MARCO DUGATO

## CONSIDERAZIONI GIURIDICHE SUL TEMA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA AD USO DELL'ECONOMISTA

SOMMARIO: 1. La società a partecipazione pubblica: l'ascesa e la perdita nobiltà. – 2. La classificazione delle società pubbliche tra confusione della natura e ibridazione del diritto. – 3. Costituzione e attività delle società a partecipazione mista e delle società *in house providing*. – 4. Che cosa farebbe il giurista?

### **1. La società a partecipazione pubblica: l'ascesa e la perdita nobiltà**

Chi pratica l'argomento sa perfettamente che i giuristi del diritto amministrativo e quelli del diritto civile e commerciale hanno difficoltà nel trovarsi d'accordo quando trattano delle società a partecipazione pubblica. Ad essere onesti, fu così anche nel passato meno recente, come ben si comprende leggendo gli studi di Ascarelli, il quale, rimeditando nel 1959 la sua tesi originale di vent'anni prima, dava conto della necessità di tenere in considerazione ciò che gli amministrativisti avevano scritto in merito e che i commercialisti avevano fino ad allora per lo più contestato. È stato così in un passato più prossimo ed è così oggi, tanto che, per evitare di alimentare antipatiche diatribe, hanno sostanzialmente scelto di ignorarsi, scrivendo ognuno per la famiglia che sente sua.

La premessa, da un lato, consente all'economista di cominciare ad orientarsi, sapendo che nella letteratura giuridica troverà ricca eterogeneità di temi e di impostazioni; dall'altro, impone a chi scrive l'onestà di confessare la propria appartenenza al novero degli amministrativisti e di anticipare così al lettore delle scienze economiche che nelle pagine che seguiranno troverà riferimenti all'interesse pubblico, ai meccanismi di relazione tra l'ente socio e la società partecipata, al difficile rapporto tra le società pubbliche e quelle interamente private.

Per il giurista, un discorso che abbia la pretesa di offrire un panorama generale ed attuale sulle società degli enti pubblici non può che partire da

due riferimenti normativi. Il primo è rappresentato dall'art. 41 Cost. che di fatto riconosce pari dignità all'impresa pubblica e all'impresa privata. Come accade in molte esperienze dell'Europa continentale, anche in Italia lo Stato fa impresa. Quel che ha segnato come peculiare la nostra realtà, quindi, non è l'attività economica svolta dagli enti pubblici, ma *quanta* attività economica essi hanno svolto e *come* vi hanno provveduto. Ancora una volta, il confronto con gli altri ordinamenti permette di comprendere che lo Stato imprenditore è in Italia assai più presente (invadente, secondo i più) nel complessivo gioco economico e che ha per molto tempo giocato ignorando il *fair play* del contendente leale, riservando a sé armi più potenti e carte migliori di quelle a disposizione delle imprese private.

Certo, le condizioni dell'Italia postbellica avevano prima suggerito e poi alimentato il ruolo pubblico di supplenza nella creazione delle infrastrutture necessarie allo sviluppo economico, così che l'area destinata al monopolio statale finì con l'essere, ad un tempo, vasta e ben protetta dalla generosa giurisprudenza costituzionale. Le imprese pubbliche, alcune delle quali nate già in epoca fascista, operavano in un regime di favore e crescevano per importanza e dimensione. Per lo più, la forma giuridica con la quale lo Stato giocava il suo ruolo nell'economia era quella, ibrida e, come ha insegnato Giannini, in gran parte indefinita, dell'ente pubblico economico.

Con grande accelerazione a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, accanto ai compiti svolti nei settori strategici, lo Stato intensificò la sua azione imprenditoriale (nelle forme più che nello spirito sostanziale) attraverso l'assunzione di numerose e cospicue partecipazioni in imprese private. Ciò, come emerge significativamente dalle sentenze della Corte costituzionale, per fini di sostegno all'occupazione e di volano alla presenza italiana in settori in cui i nostri operatori economici avevano mostrato difficoltà. È questo il periodo dello Stato-*holding*, gestore (mai troppo brillante) diretto (attraverso il Ministero delle partecipazioni statali) o indiretto (per mezzo degli enti di gestione) di partecipazioni e pacchetti azionari.

Quel che ne è seguito è storia nota, soprattutto al lettore economista. La trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, essenzialmente finalizzata alla loro cessione o alla liquidazione, e la dismissione delle loro partecipazioni nelle imprese industriali controllate o partecipate.

Per capire che cosa oggi rappresentino le società a partecipazione pubblica e come funzionino, tuttavia, è necessario tenere conto di altri due fenomeni, altrettanto noti e in parte contemporanei. Il primo, quantitativamente meno rilevante ma qualitativamente significativo, attiene alle società dello Stato. Se è vero che la trasformazione dei vecchi enti economici in so-

## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

cietà per azioni ha conservato al controllo statale poche soltanto delle vecchie imprese pubbliche (non irrilevanti, peraltro, solo che si pensi a Poste e a Trenitalia), è altrettanto vero che, tra la fine degli anni Novanta e la prima metà del primo decennio di questo secolo, ha avuto impulso un processo di costituzione (o di trasformazione) in forma societaria di soggetti dedicati non all'esercizio di attività propriamente d'impresa, bensì di vere e proprie funzioni amministrative. Nascono così Consip, Patrimonio e Infrastrutture e viene trasformata in società per azioni la Cassa depositi e prestiti.

Si tratta, come avremo modo di considerare in seguito, di società davvero peculiari (il modello della società di capitali viene impiegato per attività istituzionalmente non finalizzate alla produzione di profitto), caratterizzate non tanto da un diritto speciale, quanto da un vero e proprio diritto "singolare". Molte di esse, infatti, sono disciplinate da testi normativi *ad hoc*, fortemente derogatori rispetto all'ordinario diritto delle società, che li consacra come soggetti sottoposti ad intenso controllo pubblico ed alle direttive del socio Stato.

Il secondo dato è quello della nascita (e poi dell'ipertrofia) del sistema delle partecipazioni degli enti locali. Singolarmente, proprio mentre lo Stato dismetteva le proprie partecipazioni, comuni e province iniziavano a costituire società di capitali, nuove o risultanti dalla trasformazione delle vecchie aziende municipalizzate e speciali. Inizialmente il fenomeno fu confinato al settore tradizionale dei servizi pubblici locali (acqua, rifiuti, trasporti, gas) e fu fortemente alimentato dal legislatore, ispirato alla ragionevole intenzione di fornire agli enti uno strumento più funzionale alle nuove esigenze di miglioramento della qualità di gestione e di raccolta delle risorse finanziarie necessarie all'ammodernamento delle reti ed infrastrutturale. Successivamente, esso ha investito ambiti di vera e propria attività d'impresa, portando i comuni ad immettersi in settori nuovi alla loro azione (tecnologia e servizi informatici, manutenzione e *building management*, progettazione, ristorazione, parcheggi ed altri ancora).

Nel loro percorso di trasformazione in imprenditori e azionisti, i comuni sono stati per almeno quindici anni fortemente incentivati dal legislatore statale che, probabilmente convinto che la forma privata generasse di per sé virtù, ha facilitato, sollecitato e a volte imposto l'assunzione di attività per mezzo di società di capitali. Per altro verso, gli enti stessi, alla ricerca di nuove risorse finanziarie da destinare ai propri fini istituzionali, si sono avventurati in attività meramente economiche mai svolte o gestite prima. Si è così generata una singolare situazione in cui al vecchio azionista pubblico (lo Stato) sono succeduti molti azionisti pubblici (comuni e province), gestori di partecipazioni totalitarie, di controllo o di minoranza.

Tre i risultati. Il primo è che il fenomeno è andato assumendo proporzioni di tale rilevanza che anche comuni di piccole dimensioni si sono trovati a dover gestire un significativo numero di partecipazioni. Il secondo è che dopo l'entusiasmo iniziale e l'acquisita familiarità con lo strumento societario sono talvolta arrivate criticità economiche e gestionali che hanno caricato i soci pubblici degli oneri derivanti dalle passività di bilancio a cui fare fronte e della responsabilità verso i cittadini e l'utenza. Il terzo è che il modo con cui i comuni azionisti hanno operato nel mercato non è sempre stato ispirato alle regole della leale concorrenza, dapprima privilegiando le società partecipate nei propri affidamenti e contratti; poi, competendo all'esterno con le società private con un vantaggio derivante non dalle capacità imprenditoriali ma dagli affidamenti diretti da parte degli enti soci.

Un ulteriore dato di particolare sensibilità, che si vedrà di forte impatto sulle politiche legislative degli ultimi cinque anni, emerge non dall'analisi giuridica ma dall'esame della prassi diffusa nella relazione tra enti soci e società partecipate. Accanto ai casi di sano e fisiologico rapporto tra azionista e *management*, che sono assai più numerosi di quanto la *vulgata* pretende, si sono creati dei circuiti malati di sovradimensionamento degli organi gestionali delle società e di intercambio di posizioni, così che i consigli di amministrazione hanno assunto dimensioni e costi del tutto ingiustificati ed *ex* amministratori locali al termine del loro mandato sono divenuti amministratori delle società partecipate dal loro comune.

L'intensità della risposta del legislatore alla situazione descritta è stata pari a quella che aveva caratterizzato il lungo periodo del *favor* per lo strumento societario. A partire dalla metà del decennio appena trascorso e con forte progressione si sono succedute norme che hanno limitato, ostacolato o impedito la costituzione di società da parte degli enti locali, arrivando ad imporre con rigore draconiano persino la dismissione delle partecipazioni esistenti in determinati ambiti d'intervento. Così, nel 2006, da un lato si sono ridotti per composizione e compenso gli organi amministrativi delle società partecipate, dettando un nuovo e severo regime di incompatibilità (art. 1, cc. 718 ss., l. n. 296/2006); dall'altro, si è fortemente limitato lo spettro d'azione delle società di regioni, comuni e province operanti nei settori differenti da quello dei servizi pubblici locali, dettandosi per le stesse il divieto di operare contemporaneamente per gli enti soci e per la committenza esterna e obbligando gli enti a dismettere le partecipazioni in società non "ortodosse" rispetto alla volontà della legge. L'anno successivo, con la legge finanziaria per il 2008 (art. 3, c. 27, l. n. 244/2007) si è vietato ai comuni di costituire o partecipare a società non direttamente finalizzate alla soddisfazione dei loro fini istituzionali e si è fatto loro obbligo di dismettere le partecipazioni non necessarie.

## **le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista**

Nel 2008, con l'art. 23-bis del decreto legge n. 112 (successivamente abrogato con *referendum* del giugno 2011) e con il d.P.R. n. 168 del 2010 (normative tornate in buona parte a vivere nell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011) sono state introdotte regole severe in materia di incompatibilità, di reclutamento del personale delle società partecipate, avendo il legislatore mostrato chiaramente l'intenzione di favorire la dismissione delle partecipazioni degli enti locali e la retrocessione di questi dall'azione economica diretta.

Sin qui il panorama giuridico nazionale. Il secondo riferimento normativo, che nella storia giuridica recente delle società pubbliche assume decisivo rilievo, è rappresentato dal diritto comunitario ed europeo. L'ordinamento comunitario, come noto, non pone ostacoli pregiudiziali all'impresa pubblica, a condizione che essa agisca senza falsare l'ordinario assetto del mercato e nel rispetto del principio della concorrenza. Così, sono del tutto conformi ai principi ed alle regole comunitarie tanto l'esternalizzazione con gara di attività dall'amministrazione agli operatori economici privati, quanto l'autoproduzione da parte dell'amministrazione di beni e di servizi per mezzo di società *in house providing*. Al contempo, è considerata del tutto legittima (e per certi aspetti addirittura favorita) la *partnership* (anche in forma societaria) tra pubbliche amministrazioni ed imprese private, a condizione che nella loro costituzione e nel loro modo di operare le società di partenariato non determinino un'alterazione o una compressione della concorrenza.

## **2. La classificazione delle società pubbliche tra confusione della natura e ibridazione del diritto**

Alla luce del sintetico *excursus* condotto e nell'ottica dell'amministrativista, per riandare alle prime righe di questa analisi, si possono disegnare alcune classificazioni delle società a partecipazione pubblica, fondate su differenti parametri. Esistono così società a partecipazione statale che gestiscono servizi pubblici o attività meramente economiche con criterio d'impresa (Poste e Trenitalia ad esempio); società a partecipazione statale che gestiscono funzioni amministrative (Consip); società a partecipazione statale che gestiscono attività strumentali (Invitalia); società a partecipazione regionale di natura strumentale e società regionali che gestiscono attività puramente economiche; società degli enti locali di gestione di servizi pubblici e società locali di gestione di attività strumentali. Esistono poi società partecipate da autonomie funzionali (Università, Camere di commercio) e da altri enti pubblici differenti da quelli territoriali. Passando da un canone di-

stintivo di tipo misto, soggettivo (per la natura dell'ente socio) e oggettivo (per la natura dell'attività svolta), ad un canone "strutturale", possono distinguersi società a partecipazione mista pubblico-privata, società a partecipazione totalitaria pubblica *in house providing* e società interamente pubbliche prive dei caratteri dell'*in house*.

All'eterogeneità dei tipi corrisponde poi una significativa eterogeneità del regime giuridico. Le società statali incaricate dello svolgimento di funzioni pubbliche si caratterizzano per una disciplina sostanzialmente "singolare", fortemente derogatoria rispetto a quella del libro quinto del codice civile, il cui tratto maggiormente rilevante è la creazione di un ruolo di forte dipendenza funzionale dall'ente socio (a volte si tratta di una dipendenza simile alla vera e propria gerarchia), a cui corrisponde una pressoché totale dipendenza economica della società dallo Stato, così che la prima vive principalmente di trasferimenti del secondo, anziché dei diretti proventi delle proprie attività.

Anche le regole giuridiche che governano le società *in house* degli enti differenti dallo Stato, sia che siano affidatarie di servizi pubblici sia che siano incaricate dello svolgimento di attività meramente economiche, non coincidono con l'ordinaria disciplina del diritto commerciale. La necessità che sia garantito all'ente socio e sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni ha dato vita ad una relazione socio-società assai più stretta di quella prevista (e consentita) per le società per azioni dal codice civile, tanto da immettere l'ente socio nei poteri più classici e riservati all'organo amministrativo per ottemperare alle rigorose prescrizioni della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, in C-26/03; 13 ottobre 2005, in C-458/03; 11 maggio 2006, in C-340/04), che non considera sussistente il controllo analogo laddove la società e il suo organo amministrativo godano di significativi poteri di autonomia rispetto all'ente controllante.

Nel caso delle società a partecipazione mista le distonie rispetto ai modelli civilistici sono assai meno marcate. Non sono tuttavia inesistenti. Il loro assoggettamento al patto di stabilità, le forti limitazioni nella composizione dell'organo sociale e nella sua retribuzione (gravanti anche sugli amministratori nominati dal socio privato), l'obbligo di ricorrere a procedure comparative tanto nell'affidamento dei propri appalti quanto nella selezione del proprio personale, le stringenti limitazioni nel ripianamento delle perdite non sono dettagli trascurabili nella descrizione del quadro giuridico di riferimento.

Il dato normativo non è del resto il più rilevante nell'opera di costruzione del regime particolare delle società pubbliche. È il lavoro della giuri-



## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

sprudenza amministrativa e contabile a segnare nel profondo il loro presente. Prendendo spunto dalle deroghe legislative al regime ordinario, la giurisprudenza amministrativa, alimentata e sorretta da una parte autorevole della dottrina, ha talvolta finito per squarciare il velo della forma privatistica delle società per affermarne la sostanza pubblica. Riscoprendo la teorica sanduliana degli indici rivelatori della natura pubblica degli enti e nell'intento di far prevalere la sostanza sulla forma, il giudice l'ha applicata alle società partecipate per affermarne in alcuni casi la natura pubblica *tout court*. Ecco nati gli enti pubblici in forma societaria.

Ancor più avanti si è spinta la Corte dei conti, che, nonostante i fermi richiami della Corte di cassazione, continua oggi a classificare come enti pubblici perfino società a partecipazione pubblica di minoranza, assoggettando i loro amministratori alla responsabilità per danno erariale.

Si ebbe modo di rilevare altrove l'imperfezione giuridica del ragionamento che conduce alla pubblicizzazione delle società partecipate (Cammelli e Dugato, 2008). Basti qui dire che l'assunto della prevalenza della sostanza pubblica sulla forma privata non convince. Da un lato, la forma civilistica, nel caso delle società di capitali, è essa stessa sostanza, essendo la disciplina del codice ricca di tutele e garanzie per il socio e gli interessi sociali. Dall'altro, molte delle garanzie del diritto amministrativo, come si è poco sopra visto, sono dalla legge estese alle società partecipate senza alcuna necessità di "entificarle".

Quel che più interessa all'economista, tuttavia, è indagare la ragione di questo curioso percorso all'indietro che riporta dalla società e dalla forma privata all'ente pubblico economico e alla forma pubblica, dopo che con la fatica di cui in precedenza si è dato conto il legislatore aveva percorso la strada opposta.

Alla base c'è la convinzione, a volte dichiarata, che l'interesse pubblico non possa adeguatamente essere soddisfatto e garantito dagli istituti e dalle regole del diritto privato, ma debba essere invece protetto dal potere e dallo sbilanciamento nei rapporti tra amministrazione e privato. È la storia degli ordinamenti a diritto amministrativo "forte", dirà il lettore; di quegli ordinamenti che muovono dall'assunto che la priorità dell'interesse collettivo debba tradursi nella supremazia del soggetto a cui è affidata la sua cura, rappresentata dal potere amministrativo. Da questo punto di vista, la riconduzione delle società partecipate al "tipo" dell'ente pubblico e l'estensione ad esse dell'intero statuto dell'ente pubblico altro non sono che la riconduzione dell'azione volta al perseguimento dell'interesse pubblico all'unico ambito che gli è proprio: quello del diritto amministrativo.

La trasformazione, tuttavia, non è indolore. Poiché nemmeno la forma

privata è indifferente per l'applicazione delle norme, le società partecipate, che l'orientamento descritto e criticato pretende ibride creature private per forma e pubbliche per sostanza (moderne centauresse, per dirla con Gianini), finiscono per essere regolate tanto dalle norme sulle società quanto da quelle proprie degli enti pubblici; norme che per ontologia e principi fondamentali appartengono ad ambiti diversi, non riconducibili ad unità. Così, la disciplina delle società non è costituita da un regime speciale risultante dalla combinazione tra diritto privato e diritto amministrativo, bensì dalle regole dell'uno e dell'altro, tra loro spesso inconciliabili e confliggenti. Si pensi, ad esempio al regime della responsabilità degli amministratori, che la forma societaria pretende soggetti alla responsabilità previste dal codice civile verso la società, i soci e i creditori sociali e che, in ragione della presunta sostanza pubblica, soggiacciono alla responsabilità contabile per danno erariale, fondata su presupposti del tutto diversi. L'ibridazione del diritto, i cui pericoli Merusi (2007) ha messo in evidenza, li adagia sul pericoloso letto di Procuste, in cui le azioni volte a liberarli dall'una responsabilità li espongono fatalmente all'altra.

Il prodotto del processo di privatizzazione iniziato negli anni '90 è dunque singolare; quasi il proiettile di una fionda stravagante. Invece di ridurre l'ambito del diritto pubblico ai settori suoi più propri, concentrando lì potere pubblico e garanzie, limitando l'azione economica pubblica e lasciandola alle regole del diritto privato, si è finito per espandere l'intervento pubblico nell'economia oltre ogni confine, compensando l'espansione con i pesi e le tutele del diritto amministrativo.

### **3. Costituzione e attività delle società a partecipazione mista e delle società *in house providing***

Quello delle società pubbliche è un ambito paradigmatico del cambiamento significativo nei principi ispiratori dell'azione amministrativa per contratti. Nell'ottica tradizionale del diritto amministrativo del secolo scorso, l'interesse pubblico rappresentava il parametro dominante dell'attività contrattuale dell'amministrazione, così che il doveroso rispetto del principio dell'imparzialità attraverso la selezione concorsuale del contraente rappresentava più un limite nel perseguimento del fine istituzionale che il canone principale di giudizio. Con l'assunzione di centralità del principio comunitario della concorrenza, il rapporto appare oggi invertito. Il centro rigido della disciplina dei contratti pubblici è rappresentato dal fermo rispetto della competizione tra operatori economici e il contratto pubblico

## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

assume rilievo non tanto come lo strumento di soddisfazione dell'interesse collettivo, quanto come un'occasione di profitto per le imprese con riferimento alla quale la principale preoccupazione è evitare alterazioni della corretta concorrenza.

Nell'ambito delle società a partecipazione pubblica è facile leggere la trasformazione. Dal 1990 al 1998 la dottrina e la giurisprudenza erano in buona parte orientate a ritenere che nella costituzione delle società a partecipazione pubblica la scelta del socio privato potesse avvenire senza gara o con un confronto concorrenziale più blando di quello proprio dei contratti sinallagmatici, poiché solo l'*intuitus personae* garantiva l'individuazione di un *partner* adeguato alla soddisfazione del fine perseguito dall'amministrazione attraverso lo strumento societario. Al contempo, poiché la società rappresentava uno strumento funzionale al perseguimento dei suoi scopi, si riteneva che l'ente potesse rapportarsi alla società direttamente (senza gara, quindi) e per tutto ciò che reputava utile, affidandole (anche per un tempo sostanzialmente illimitato) ogni attività ritenuta opportuna anche a distanza di tempo dalla sua costituzione. Da ultimo, nella competizione con gli operatori privati, proprio in ragione del fatto che la società era lo strumento utilizzato dall'amministrazione per la soddisfazione dell'interesse pubblico, era tollerata (forse anche fisiologica) che essa godesse di prerogative speciali e privilegi.

Nella mutata ottica di un sistema che fa della concorrenza il perno dell'intera relazione amministrazione-mercato, un assetto siffatto non è ovviamente tollerabile. Se dalla partecipazione alla società pubblica deriva un'utilità economica diretta o un'occasione di profitto, il socio privato non può che essere scelto attraverso una gara. Non solo. Poiché la presenza del privato in società, affinché il partenariato sia effettivo e perché la società possa esercitare la sua attività d'impresa, non può essere giustificata soltanto in ragione dell'apporto di capitale ma deve trovare anche ragione nelle specifiche capacità operative, la gara deve adeguatamente premiare le qualità professionali degli aspiranti soci, oltre che valutarne le offerte economiche. È così che il Consiglio di Stato ha dapprima chiarito l'obbligatorietà della gara per l'individuazione del socio privato (sez.V, n. 192 del 1998); in seguito, ha specificato che la selezione deve consistere tanto nell'apprezzamento delle offerte economiche, quanto nella valutazione delle capacità professionali, imponendo peraltro la temporaneità della presenza del socio selezionato (ad. plen., n. 1 del 2008). Il *partner* privato è dunque un socio gestore ed un socio a termine.

Sempre in armonia con il principio di concorrenza e al fine di evitare di creare aree sottratte alla competizione, le società a partecipazione mista

non possono costituire uno strumento *bon a tout faire*. Ad esse gli enti soci possono affidare soltanto le attività previste fin dall'origine e relativamente alle quali si sia svolta la competizione in sede di gara per la selezione del socio privato. Gli enti soci non possono assegnare alla società alcuna attività ulteriore rispetto a quelle oggetto espresso dalla gara. La partecipazione pubblica, in tal modo, non è sufficiente a creare una relazione privilegiata tra l'ente socio e la società a partecipazione mista. Quest'ultima diviene sostanzialmente l'appaltatore del primo, soggetto alle regole proprie dell'ambito dei contratti pubblici: nessun affidamento può esserle fatto se non previo confronto concorrenziale con gli altri operatori economici.

Così ridisegnate, le società miste sono divenute oggi un vero e proprio modello di quella che l'ordinamento comunitario chiama "partenariato istituzionalizzato"; vale a dire uno strumento attraverso il quale un privato professionale svolge a termine la propria attività per un ente pubblico o verso l'utenza ed in luogo di un ente pubblico, assumendo inoltre l'onere di condividere in modo stabile con l'ente affidante il momento gestionale. Si tratta, a bene vedere, di un modello assai più simile a quello dell'*outsourcing* che non a quello della cosiddetta "amministrazione indiretta" rappresentato dalle società miste dell'origine di cui si è detto poco sopra.

Tuttavia, se le società a partecipazione pubblico-privata non sono più uno strumento di organizzazione indiretta dell'amministrazione, non sarebbe però corretto dichiarare conclusa l'esperienza dell'amministrazione "in forma societaria". Si è già avuto modo di parlare delle società *in house*, rilevando come sia proprio attraverso di loro che si è andato rafforzando il *trend* di entificazione delle società pubbliche. Si è avuto modo di chiarire che l'applicazione *tout court* dello statuto dell'ente pubblico a società di capitali non convinca e determini problemi giuridici di impossibile soluzione. È però vero che, per come è oggi configurato, l'*in house* rappresenta senza dubbio un modello di organizzazione amministrativa. L'espulsione del privato dal capitale sociale, il controllo analogo, la necessità che la società operi esclusivamente (o prevalentemente) in favore degli enti controllanti, la compressione dell'autonomia dell'organo amministrativo rispetto all'azionista, la soggezione della società alle regole sugli appalti pubblici sono elementi che di per sé rendono evidente che la ragione stessa dell'esistenza della società non consiste nell'indiretto perseguimento dell'interesse pubblico, ma nella diretta soddisfazione *dell'interesse dell'ente*.

La distinzione può apparire sottile, ma è dogmaticamente (e praticamente) rilevante. Attraverso la partecipazione alle ordinarie società di capitali, l'ente pubblico, ritenendo che i suoi fini istituzionali possano essere perseguiti meglio per mezzo dell'azione economica di un soggetto esterno,

## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

assume la partecipazione confidando che dall'autonoma azione della società sia garantito il raggiungimento del fine. Nel caso delle *in house*, invece, l'ente non si attende che dall'autonoma azione economica della società consegua un vantaggio per l'interesse collettivo rappresentato, ma *direttamente lo persegue*, esattamente come farebbe attraverso la propria organizzazione interna. Tant'è che si è avuto modo di parlare di "organo amministrativo in forma societaria" e che parte della giurisprudenza e della dottrina ne hanno tratto come conseguenza la natura sostanzialmente pubblica delle società. Non ritengo di dover tornare sulle ragioni dogmatiche che m'inducono (in eccellente compagnia, peraltro) a diffidare dell'entificazione delle società in questione e mi limito a segnalare i difetti che essa produce sul piano concreto.

Si è detto degli amministratori, stretti tra la responsabilità contabile e quella civilistica in una morsa in cui non c'è condotta che possa liberarli e garantirli dall'una e dall'altra. Il cielo si fa ancor più scuro se si pensa che le società di capitali sono soggette al fallimento, mentre gli enti pubblici sono sottratti alle procedure concorsuali. Che accade, dunque, nei casi di patologica insolvenza delle *in house*, società-enti? Falliscono come le società o non falliscono come gli enti pubblici? Ed in quest'ultima ipotesi, che garanzia costituisce per i creditori il capitale sociale? Sono essi tenuti, prima di contrattare con una società, ad informarsi sulla struttura societaria e farsi acuti giuristi per comprendere se esse stiano davvero in un rapporto *in house providing* rispetto agli enti controllanti?

La realtà, poi, non è soltanto complicata, ma anche beffarda nella sua inutilità. Se la spinta verso la loro entificazione veniva in origine dall'intenzione di evitare che la forma privata consentisse all'amministrazione di sottrarsi ad alcune regole discendenti dai principi di imparzialità e buon andamento che regolano l'azione amministrativa, oggi quel pericolo è stato ampiamente scongiurato dal legislatore, che ha imposto alle società *in house* di procedimentalizzarle i propri contratti, di assumere il proprio personale con modalità trasparenti e paraconcorsuali, di rispettare il diritto di accesso ai documenti amministrativi. In tal quadro, il rischio del classificarle come enti pubblici in forma societaria è quello di andare ben oltre l'intento di garanzia e di giungere in un ambito magmatico di disciplina, in cui le regole del diritto privato e quelle del diritto amministrativo non si combinano e non si mescolano dando vita ad un terzo diritto, ma convivono come l'acqua e l'olio nel medesimo bicchiere: separate e inconciliabili.

L'errore, da molti espressamente censurato, ha una spiegazione e una causa: l'atteggiamento schizofrenico di un ordinamento che dagli anni '90 ha ritenuto che la privatizzazione fosse necessaria ma non si è mai fidato delle forme del diritto privato come veicolo dell'interesse collettivo. Invece

di stabilire quando e cosa restituire all'ambito privato, mantenendo pubblico ciò che pubblico doveva restare, si è invece scelto di privatizzare tutto o quasi tutto per poi rendersi conto delle conseguenze giuridiche e sostanziali che la scelta comportava. Di lì, prima la retromarcia; poi, il pentimento, traddotto nella riconduzione delle nuove forme alle vecchie regole. Forme e regole che mal si combinano.

#### 4. Che cosa farebbe il giurista?

L'economista avrà aggiunto dubbi e incertezze a quelli che già aveva. Ad ognuno il suo compito, però. Descritto il panorama e lasciata all'economista l'individuazione delle strade da percorrere per raggiungere l'efficienza del mercato nel rispetto dell'interesse pubblico, che cosa farebbe il giurista, fingendosi tecnico libero da ideologie, per risolvere i suoi problemi ed avere qualche certezza tra i molti dubbi? Innanzitutto, tornerebbe al punto di partenza per interrogarsi su quali debbano essere i presupposti per la costituzione di società a partecipazione pubblica o per la trasformazione di enti in società. Col senno di poi, sarebbe assai cauto nell'estendere il modello societario fuori del suo ambito naturale, ormai consapevole che esso non rappresenta la fornace alchemica in cui gli elementi vili si trasformano in oro.

Così, probabilmente rinunciarebbe a costituire società di diritto singolare a cui attribuire funzioni amministrative, in cui il capitale sociale altro non rappresenta che la dotazione patrimoniale del soggetto (e non la garanzia verso i terzi) e in cui la relazione con l'ente unico azionista si caratterizza in modo totalmente diverso da quello ordinario. Sarebbe invece indotto, anche in ragione del fatto che l'ordinamento comunitario è attento nel riportare il bilancio delle società ad intera partecipazione pubblica nell'alveo più vasto del bilancio dell'ente socio, a distinguere tra attività economiche suscettibili di essere organizzate in forma d'impresa e funzioni amministrative, lasciando l'esercizio di queste ultime all'organizzazione amministrativa diretta.

Tra le attività strettamente economiche, poi, distinguerebbe ancora tra servizi pubblici in senso tecnico e attività *meramente economiche*. Con riferimento alle prime e non volendosi sostituire al legislatore nella sua legittima discrezionalità politica, si limiterebbe ad avvertire che l'ordinamento comunitario e le norme nazionali ad esso ispirate già impongono deroghe sufficienti all'ordinario agire delle società private (le procedure concorsuali nell'individuazione del contraente privato, ad esempio), così che la finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico può dirsi garantita dagli atti

## le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista

amministrativi che precedono e accompagnano la costituzione della società o l'assunzione della partecipazione pubblica (tra tutti, le delibere in cui si dà conto delle ragioni e degli obiettivi della partecipazione ed i contratti di servizio) e dal controllo sull'andamento delle società, senza alcuna necessità di cedere alla tentazione di trasformarne il complessivo regime d'azione.

Per quel che attiene al campo delle attività meramente economiche, vale a dire quello dell'azione imprenditoriale pubblica, arrestandosi di fronte alla scelta politica del limite da porvi, sarebbe indotto a suggerire di lasciare per intero la disciplina dell'azione sociale al diritto comune e quella dell'ente socio al dominio del canone europeo della concorrenza e dell'ordinario operatore economico.

### *Abstract*

*This article debates on the theoretical conceptualization of public shareholding companies in Italian law and economics. Starting from the public-private divide in legal science, the author reconstructs the opposite views on state-owned enterprises and main developments in regulation of public companies in Italian economic history with the administrative-law perspective. That is to say, he takes as main focus the theories of public interest, the relationship between public ownership and holding company, the different schemes of public companies and privately-owned ones.*

*The legal analysis is developed by examining two sets provisions arising from, respectively, the Italian Constitution and EU Treaties.*

*Article 41 of the Italian Constitution recognizes economic freedom and guarantees the right to private initiative, but also equalize private and public enterprises. However, the history of public companies in Italy is described by following two parallel lines drawn by different implementation schemes at the national and local level. Having identified the constitutional basis of public ownership of companies in Italy, the author argues that what is peculiar in Italian history is not the legal recognition of public companies, but the extent to which State intervention has developed since the mid-seventies and led to an increasing number of public corporations in several economic-strategic sectors. Most of these companies were eventually privatized as a result of market liberalization processes, while new public entities have been established in the form of State-owned companies to perform administrative functions.*

*On the other side, there is a distinctive pattern in public shareholding of companies by local authorities. This is a relatively new trend in Italian economic history, which traditionally involves public utilities (i.e. water and waste management, transports, etc.) but in more recent years has developed also in typical enterprise activities, including innovation-intensive sectors such as IT services and building management.*

*Such an extensive use of public companies has given rise to financial, managerial and competition issues which, in turn, have required new legislation addressing the limits for local authorities to establish or maintain public ownership and participation of companies.*

*The public provision of services by local authorities is however not in contrast with the EU law, as long as public ownership of companies does not affect market competition. As the EU law sets out specific requirements for in-house providing and public-private partnerships, the author therefore presents a classification of the various forms of public companies in Italy, with the aim to verify if they meet the EU competition rules and match with the nature of Civil-law enterprises. By examining the most relevant developments in recent case law, the author emphasize that Administrative judges in Italy have played a significant role in bringing most of public companies under the umbrella of Public-law rules, and thus suggesting that the pursue of a public interest may justify their public nature and require a special regime. If this is true for state-owned companies which perform administrative functions, and for in house providing, public-private partnership is by contrast designed as an “institutionalized” and temporary outsourcing. Such a development contradicts with the original scope of public-private holding in that it does not fall anymore within the concept of “indirect administration”. Although there is a clear distinction between in house providing and public shareholding of private companies, which lies in how the public interest is pursued, the author argues against the definition of such companies as public-law entities. The increasing “hybridization” of rules governing public companies, indeed, not only reveals mistrust in a genuine entrepreneurial management of public companies, but may also give undue incentives to hypertrophic use of state intervention in the economy.*



ANDREA BOITANI

CONSIDERAZIONI ECONOMICHE  
IN TEMA DI PROPRIETÀ PUBBLICA E PRIVATA  
NELLE *UTILITIES*

SOMMARIO: 1. Le origini del dibattito. – 2. La questione della proprietà nella riflessione degli economisti. – 3. I costi e i benefici della privatizzazione. – 4. Quanto conta la forma societaria? – 5. Cosa farebbe l'economista.

### **1. Le origini di un dibattito**

Devo confessare che, rispetto alla media degli economisti italiani, sono assai ignorante nelle materie giuridiche. Contrariamente alla maggioranza dei miei colleghi, non ho mai sostenuto un esame di diritto privato, né uno di diritto commerciale, né uno di diritto amministrativo. Tuttavia, mi sono spesso trovato professionalmente a confronto sia con giusprivatisti che con giuspubblicisti, per non parlare delle pubbliche amministrazioni e degli uffici legislativi di qualche ministero. Mi ci è sempre voluto del tempo a cogliere la logica degli argomenti. Qualche volta ne sono rimasto affascinato, qualche volta sorpreso, qualche volta ho pensato che stessimo parlando di realtà parallele.

Ma veniamo al punto che ha stimolato questo mio intervento. Dopo aver assistito, a Rovereto (nell'ambito del Festival dell'Economia), a un animato dibattito pre-referendario sul tema dell'acqua, ho avuto modo di discutere con uno dei partecipanti al dibattito: Ugo Mattei, Professore di diritto civile, intransigente sostenitore dell'"acqua pubblica". Ciò che ha suscitato il mio interesse e la mia sorpresa non è stata però la specifica posizione del mio interlocutore sulla gestione dei servizi idrici, quanto la sua affermazione – buttata lì come si trattasse di ovvietà – che la "privatizzazione" delle Ferrovie dello Stato e delle Poste non aveva sortito alcun effetto positivo. Come "privatizzazione" – ho subito obiettato? Come fai a parlare di privatizzazione quando si tratta, notoriamente, di società controllate al 100% dallo Stato, e il loro azionista unico è il Ministro dell'Economia della Repubblica Italiana? Secondo te – ho sibilato con malcelata iro-

nia – anche l’Atac di Roma o l’Atm di Milano o l’Atan di Napoli, al 100% controllate dai rispettivi comuni, sono dunque private!

Credevo di aver messo in luce una palese assurdit , quando mi sono sentito dire, piatto piatto, che s  certo quelle societ  comunali sono private, come FS e Poste italiane, perch  sono societ  per azioni, ovvero societ  di diritto privato e non gestori pubblici di un “bene comune”. La mia stupefatta replica   stata che per discriminare tra propriet  pubblica e privata non credevo rilevante la forma societaria e quale branca del diritto si applichi ma la natura privata o pubblica dei soggetti che hanno il controllo della societ , a cui entrano in tasca i soldi degli eventuali profitti e che sopportano le eventuali perdite. E che di “privatizzazione” si pu  parlare solo se il soggetto pubblico perde il controllo della societ . Quanto all’interesse pubblico, questo   semmai un problema dello Stato o dell’ente locale, che pu  perseguirlo tramite il controllo societario di un’azienda, ma anche in forme molto diverse, come la regolazione e/o il rapporto contrattuale con il soggetto (anche al 100% privato) che gestisce il servizio. Al che il mio interlocutore mi ha sbrigativamente invitato a ri-leggermi il codice civile. A mia volta ho raccomandato la lettura di alcune pietre miliari della letteratura economica sugli incentivi e sui costi e i benefici della propriet  pubblica e della privatizzazione. E la discussione si   conclusa con un pieno disaccordo sui “fondamenti”.

## **2. La questione della propriet  nella riflessione degli economisti**

Nello scrivere queste ultime parole, mi rendo conto di aver rivelato la differenza di fondo tra la prospettiva economica e quella giuridica o almeno una delle prospettive giuridiche (non credo che tutti i giuristi condividano le tesi estreme di Ugo Mattei). Gli economisti guardano agli incentivi per i soggetti pubblici e privati che un certo assetto della propriet  e una certa forma societaria implicano. In breve: se, mantenendo il controllo pubblico della propriet , il passaggio dalla forma dell’ente pubblico a quella della societ  per azioni non modifica sostanzialmente la natura degli incentivi per i vari soggetti coinvolti, per un economista non si pu  parlare di privatizzazione.

Prover  ora a dare un po’ di sostanza a questi argomenti, chiarendo subito che far  riferimento all’ambito delle imprese che producono servizi di pubblica utilit . Il chiarimento   necessario perch  in questi settori il rapporto tra soggetti pubblici e imprese, generalmente, non si interrompe con

la privatizzazione: rimarrà comunque una qualche forma di regolazione, quando non rimane anche una forte contribuzione pubblica a sussidio di servizi i cui costi (per scelta politica, quindi, ancora una volta, pubblica) non si ritiene opportuno far gravare interamente sui consumatori. Si tratta perciò di valutare tanto gli incentivi del management aziendale sia quelli dei soggetti pubblici, nazionali o locali che siano che con le aziende mantengono relazioni di lungo periodo, siano esse di *command and control* o di tipo regolatorio.

La prospettiva con cui oggi buona parte degli economisti guarda al tema della proprietà è quella dei “contratti incompleti” (Hart, Moore, 1990; Hart, 1995). Con incompletezza contrattuale si intende che le parti non sono in grado di specificare in modo completo e verificabile da terzi tutte le caratteristiche del prodotto o del servizio oggetto del contratto. Nel caso di un servizio pubblico, per esempio, la qualità non è pienamente specificabile e quindi è impossibile scrivere e soprattutto garantire l’esecuzione di un contratto pienamente contingente al raggiungimento di livelli di qualità mal definibili e ancor peggio misurabili. Quando si verificano circostanze che non sono previste nel contratto incompleto è cruciale capire chi abbia i diritti residuali di controllo, perché il fatto che tali diritti siano in mano di un’impresa privata o di un’impresa pubblica modifica gli incentivi e quindi i comportamenti e il potere contrattuale dei soggetti nella fase di esecuzione del contratto.

Una prospettiva come quella cui si è accennato consente di astrarre da dalle asimmetrie informative, dal grado di concorrenzialità del mercato in cui il servizio viene prestato, dai costi di transazione e anche dall’essere l’autorità politica più o meno “benevolente”, cioè più o meno orientata al bene comune o ai suoi interessi privati. In altri termini, si tratta di una prospettiva che consente di isolare le ragioni fondative dei vantaggi della proprietà pubblica e di quella privata da tutte le imperfezioni del mercato e della politica diverse dalla semplice impossibilità di scrivere contratti completi.

In una prospettiva così “depurata” è stato mostrato (Hart, Shleifer, Vishny, 1997; Shleifer, 1998) come la proprietà privata rafforzi gli investimenti volti a migliorare l’uso del capitale impiegato, introducendo innovazioni che ne aumentino la produttività e ne riducano i costi. Gli azionisti privati – godendo pienamente dei diritti residuali di controllo – possono appropriarsi completamente dei benefici cui quelle innovazioni danno luogo e non devono chiedere autorizzazione e soldi a nessuno per introdurle. Al contrario, la proprietà pubblica implica che il manager debba sempre chiedere al proprietario (soggetto pubblico) l’autorizzazione e l’investimento necessario ad attuare l’innovazione. Con ogni probabilità, allora, il manager dell’impresa

pubblica dovrà dividere con il proprietario i benefici derivanti dall'innovazione e quindi il suo incentivo a introdurla sarà inferiore a quello che opera nel caso dell'impresa privata.

Ma l'incentivo privato a ridurre i costi può rivelarsi troppo forte, dal momento che tenderà a ignorare l'effetto negativo che la riduzione dei costi ha sulla qualità (anch'essa molto spesso non contrattabile). D'altra parte, gli effetti negativi sulla qualità del forte incentivo a ridurre i costi da parte delle imprese private possono essere più che contro-bilanciati dalla loro maggior propensione all'innovazione tecnologica – che può anche significare miglioramento dei servizi – nonché dalla loro esigenza di costruirsi una solida reputazione di qualità. In generale, dunque, la privatizzazione condurrà a costi più bassi, mentre gli effetti sulla qualità sono in genere ambigui. Tale ambiguità implica che non esista un semplice *trade-off* tra qualità ed efficienza, quindi tra i benefici della proprietà pubblica e di quella privata. A sua volta ciò significa che in alcuni casi la privatizzazione può comportare *sia* costi più bassi *sia* maggiore qualità.

Si noti, infine, che l'efficienza, talvolta coincide con la socialità, intesa come accesso universale ai servizi a prezzi contenuti. In effetti, la produzione dei servizi si realizza a costi inferiori, è possibile garantire il medesimo livello di accesso al servizio con meno sussidi pubblici (e quindi meno tasse per i cittadini) o – a parità di sussidi – è possibile addirittura accrescere il livello di socialità aumentando i servizi e/o riducendo le tariffe per i cittadini.

### 3. I costi e i benefici della privatizzazione

Questi argomenti, apparentemente astratti, opportunamente declinati mantengono il loro peso con riferimento a situazioni assai concrete<sup>1</sup>. Per esempio, l'incentivo dell'impresa pubblica a ridurre i costi, anche in presenza di contratti *fixed price* (che prevedono, per esempio, il *price cap* e/o il *subsidy cap* e non il ripianamento delle perdite *ex post*, in base ai costi effettivamente sostenuti), risulta molto debole perché l'impresa – in questo caso – non avendo diritti residuali di controllo non è *residual claimant* dei profitti e delle perdite. La cosa è particolarmente grave per quei servizi dove il sussidio pubblico rappresenta una quota ampiamente maggioritaria dei ricavi

<sup>1</sup> Un'analisi unificata dei costi e dei benefici della privatizzazione che utilizza le recenti acquisizioni della teoria degli incentivi si trova in Martimort (2006).

(come nel settore dei trasporti pubblici locali). Laddove il regolatore volesse affiancare al *price-cap* un *subsidy-cap*, al fine di contenere la spesa pubblica e accrescere l'efficienza produttiva, si scontrerebbe col fatto che i manager pubblici sanno che, *ex post*, l'azionista pubblico non lascerà fallire la sua impresa e ripianerà comunque le perdite eventualmente derivanti dal mancato guadagno di efficienza. In altri termini, la credibilità del contratto *fixed price* sarebbe molto ridotta, mentre verrebbe favorito il *cost-padding* (cioè l'artificioso incremento dei costi).

All'atto pratico, in Italia non risultano azioni legali intraprese da ex municipalizzate trasformate in s.p.a. nei confronti dei comuni azionisti-committenti (o viceversa) per inadempienze contrattuali. Sono invece noti i casi di amministrazioni locali che riescono a far "tornare i conti" a fine anno riducendo unilateralmente gli stanziamenti previsti nei contratti di servizio (senza che, appunto, le s.p.a. reagiscano in alcun modo). Noti sono anche i casi di richieste di aumento dei servizi fatte da questo o quell'assessore senza prevedere il corrispettivo. E mai che una s.p.a. comunale si rifiuti perché, per esempio, la richiesta comporterebbe perdite da portare a bilancio: in ogni caso, infatti, quelle perdite ricadrebbero sul comune azionista, cioè sullo stesso soggetto che le provoca.

Inoltre, con la privatizzazione si "rompe" una relazione di tipo collusivo che si instaura tra burocrazia pubblica (locale o nazionale che sia) e impresa; relazione che – per vari motivi legati alla incompletezza contrattuale – determina performance insoddisfacenti, pur in presenza di perfetta informazione della burocrazia nei confronti dell'impresa. Privatizzando (totalmente o parzialmente) l'impresa e sottoponendola a regolamentazione, si sostituisce una relazione più articolata, che comporta costi informativi sotto forma di rendita da garantire alla proprietà (privata) oltre che al management. Il soggetto pubblico è disposto a "legarsi le mani" affidandosi ad un regolatore che, sebbene disinformato sui costi e sulla domanda, è incaricato di "disegnare" contratti (di servizio e di programma) efficienti ma non eccessivamente esigenti sotto il profilo informativo.

Secondo alcuni autori poi, (Shapiro-Willig, 1990) il *cost-benefit* della privatizzazione deve confrontare i *costi dell'incentivazione dell'impresa privatizzata* con i *benefici della riduzione della discrezionalità del regolatore*, per cui la scelta a favore della privatizzazione e della regolamentazione è tanto più desiderabile rispetto ad avere un'impresa pubblica quanto maggiore è il peso dell'"agenda privata" del soggetto pubblico e meno significativo è il possesso delle informazioni private sulla tecnologia e la profittabilità da parte dell'impresa. Ne segue che tanto meno incisivo è il controllo politico sul comportamento della burocrazia (cioè tanto meno efficace è il sistema po-

litico) e tanto più desiderabile è la privatizzazione e la conseguente riduzione della discrezionalità del regolatore.

Secondo altri autori (Boycko-Shleifer-Vishny, 1996), con la privatizzazione si attua una riallocazione dei diritti di controllo sull'impiego di lavoro dai responsabili della spesa (ministri o assessori) all'impresa. I vantaggi sociali di questo spostamento derivano dal fatto che, per i ministri o per gli assessori, diviene più costoso perseguire i loro obiettivi di consenso politico tra i lavoratori e i sindacalisti. Si dovrebbero infatti introdurre sussidi per spingere le *imprese privatizzate* a sopportare esuberi di mano d'opera, sussidi più costosi (e più "evidenti") di quanto non sia lasciar "nascondere" e assorbire a tal fine i profitti di un'*impresa pubblica* senza trasferirli all'erario. In altri termini la privatizzazione tende ad eliminare il *controllo politico* dell'impresa e a rendere più trasparenti i suoi conti e le sue scelte manageriali. È evidente la rilevanza dei punti appena sottolineati per il settore del trasporto pubblico locale, in cui il costo del lavoro ha una parte preponderante e in cui la tendenza a nascondere gli extra-costi è stata per molti decenni pratica costante.

Altri autori ancora (Laffont, Tirole, 1993, cap. 17) hanno messo in luce come il governo centrale o locale può incontrare, in un contesto in cui non tutte le grandezze sono *verificabili* e quindi *contrattabili*, problemi di credibilità nello sviluppare una politica di regolamentazione volta al massimo benessere sociale. In un simile contesto, l'inevitabile incompletezza dei contratti tra regolatore e impresa privata può contribuire a rendere più credibile l'impegno del regolatore rispetto alla situazione che prevede la presenza di un'impresa pubblica. Gli investimenti (in senso lato) dei *manager* sono infatti *espropriabili*: possono essere, una volta attuati, "utilizzati" per compiti diversi ("oneri impropri"), esterni all'impresa (es. riduzione del risultato di una nuova tecnologia forzandola a sopportare esuberi di mano d'opera con finalità anti-cicliche o sociali). Ma – come si è già detto in precedenza – il grado di espropriabilità differisce tra proprietà pubblica e privata: con la *proprietà pubblica* il manager è incentivato a non effettuare l'investimento in quanto l'impegno da parte del governo (locale o centrale) a non espropriarlo *ex-post* non è credibile. Con la *proprietà privata* invece l'impegno è credibile dato che gli azionisti non hanno alcun interesse a distogliere l'investimento del manager dalle finalità proprie. L'aumento di surplus che ne deriva determina un aumento netto di benessere. Il costo della *proprietà privata* deriva – per questi autori, come per Shapiro-Willig (1990) – dall'introduzione di una barriera informativa e di uno schema di incentivazione per i proprietari che si aggiunge a quello di incentivazione del manager disegnato dai proprietari.

Fin qui i potenziali benefici della concorrenza sono stati ignorati, perché in gran parte dei servizi pubblici la concorrenza – intesa come libera competizione tra diverse imprese su un mercato aperto all’entrata di quanti nuovi operatori trovino conveniente farlo – appare di limitata applicabilità. Qualora la concorrenza fosse perfetta (il che implica anche che i consumatori siano in grado di valutare la qualità dei servizi per conto proprio) il problema della proprietà pubblica non si porrebbe neppure, dal momento che la libera interazione tra le imprese private condurrebbe sempre a esiti efficienti dal punto di vista Paretiano, mentre le imprese pubbliche sarebbero comunque gravate da quel disincentivo a innovare di cui si è discusso prima. Ma, appunto, la concorrenza perfetta è fuori questione nei comparti dei servizi pubblici. C’è da chiedersi allora se le due forme proprietarie incidano diversamente su un’altra forma di concorrenza che spesso è invocata nel caso dei servizi pubblici: la concorrenza *per* il mercato, che si sostanzia in gare periodiche per l’aggiudicazione del diritto a servire in esclusiva il mercato di un determinato servizio.

In questo contesto si pongono una serie di delicati problemi qualora l’amministrazione locale sia proprietaria di un’azienda che produce il servizio messo a gara. In questi casi la proprietà pubblica è fonte di potenziali conflitti d’interesse, che si sostanziano sia nella riluttanza dell’autorità politica locale a bandire la gara per non sottoporre la “propria” azienda al confronto competitivo, sia (quando la gara venga infine bandita) nella formulazione di criteri di aggiudicazione ritagliati su misura per le aziende “della casa”, oppure in una base d’asta che prevede sussidi troppo bassi (se sussidi ci devono essere), che soltanto i vecchi *incumbent* possono accettare, fiduciosi che il proprietario-pagatore non li lascerà in ogni caso fallire. La conseguenza è che molti potenziali concorrenti rifiutano di partecipare a “gare” distorte dalla contiguità di uno dei partecipanti con il banditore-pagatore e dal conseguente *soft budget constraint* di cui quel partecipante nei fatti può godere.

#### 4. Quanto conta la forma societaria?

Vengo al punto della forma societaria. Nella prospettiva dell’economista la questione che si pone è se la forma “società per azioni” (giuridicamente privatistica, a quanto mi è dato di capire) modifichi o meno la struttura degli incentivi rispetto alla forma “ente pubblico economico” o alla “azienda speciale”. In breve, la risposta è che, laddove il pacchetto azionario rimanga interamente nelle mani del soggetto pubblico la struttura degli in-

centivi è la stessa che si avrebbe con forme societarie tipicamente pubbliche. Basti riflettere al fatto che il controllo dell'intero pacchetto azionario rende la s.p.a. pubblica quanto di più lontano si possa immaginare da una *public company* e consente al soggetto politico di nominare tutti i componenti del consiglio di amministrazione e di indicare il presidente e l'amministratore delegato dell'azienda; indicazioni queste ultime che il consiglio di amministrazione non può, di fatto, che ratificare. È ben vero che tutti questi soggetti dovranno operare per il bene della società, ma è altrettanto vero che la loro permanenza al comando è legata al rispetto del mandato affidato loro dal soggetto politico che li ha nominati. Devono far sì che l'azienda si comporti al fine di perseguire gli obiettivi del soggetto pubblico (compreso il consenso politico) e ne rispetti i vincoli (compresi quelli relativi all'occupazione). Per non dire dei diritti residuali di controllo, che rimangono saldamente nelle mani dei politici che guidano l'amministrazione pubblica. Il rischio che il management venga "espropriato" non si riduce. Né si riduce la tentazione per i politici di non far comunque fallire la "propria" azienda, che verrà quindi ricapitalizzata tutte le volte si prospetti la possibilità che essa "porti i libri in tribunale". Il *soft budget constraint*, dunque, non scompare solo perché l'azienda pubblica è una s.p.a.

Se le cose stanno così, l'evoluzione delle regole relative alle s.p.a. pubbliche che Marco Dugato illustra tanto chiaramente nel suo intervento appaiono all'economista comprensibili. La scelta compiuta negli anni Novanta dello scorso secolo a favore di una trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni era propedeutica alla privatizzazione, quantomeno parziale, delle aziende. L'estensione di tale trasformazione ad aziende (nazionali o locali) che di fatto mai sono state collocate sul mercato e di cui il soggetto politico ha mantenuto il controllo totalitario ha fatto emergere le contraddizioni tra gli obiettivi del soggetto politico, azionista unico, e la forma societaria privatistica ma contemporaneamente impedita dall'essere veicolo per reperire capitali privati. La progressiva "ibridazione" tra diritto civile e diritto amministrativo di cui parla Dugato è, a mio parere, la cartina di tornasole di una strada (quella della privatizzazione) che si è rinunciato a percorrere o che, forse, non si aveva fin dall'inizio intenzione di percorrere. A ciò va aggiunto, con specifico riferimento ai servizi di pubblica utilità, che gli amministratori pubblici (locali o nazionali che siano) sono finora stati assai diffidenti nei confronti del rapporto di regolazione, talvolta affidato ad autorità semi-indipendenti, talaltra affidato a contratti di servizio con le aziende produttrici. È ben noto che la regolazione incentivante deve far leva proprio sui diritti residuali di controllo dell'impresa privata e sull'*hard budget constraint*, cioè esattamente su ciò che il proprietario pubblico che de-



tiene il controllo totalitario non vuole e non può ammettere. Di pari passo con la sfiducia nei confronti della regolazione è cresciuta la popolarità dell'*in house providing* e il conseguente desiderio di “entificazione” delle società pubbliche di cui parla Dugato. Si tratta di una tendenza che smentisce la precedente trasformazione in s.p.a. e, al contempo, ne certifica il fallimento rispetto all’esigenza del controllo proprietario.

## **5. Cosa farebbe l’economista**

L’economista, si sa, tende a semplificare le questioni complesse e ha un’innata fiducia nel mercato concorrenziale, nonostante sia cosciente dei suoi molti difetti e delle sue molte imperfezioni. È inoltre fortemente sospettoso dell’effettiva dedizione dei soggetti politici al perseguimento del “bene comune”. Quindi, in genere, raccomanda di restituire al mercato quante più attività produttive possibile, mantenendo saldamente in mano pubblica i compiti di programmazione e regolazione laddove il mercato si allontani dal canone della concorrenza. Ne segue che l’economista raccomanda spesso di privatizzare, di liberalizzare, di regolamentare, possibilmente in modo incentivante. Per questo è spesso additato come liberista, anche se appare difficile indicare qualcosa di più “costruttivista” (e quindi anti-liberista) del disegno di mercati e regole che privatizzazione, liberalizzazione e regolamentazione comportano.

Quanto alle forme societarie, accertato che di per sé non modificano la struttura fondamentale degli incentivi, l’economista tende a raccomandare la struttura societaria che minimizza i costi di governance e più si adatta agli obiettivi che all’azienda si vogliono dare. Se dunque si vuole privatizzare, liberalizzare e affidare l’interesse pubblico alla regolazione è necessario avere delle società per azioni. Se invece si intende mantenere il controllo pubblico totalitario di un’azienda che opera in regime di monopolio, è forse meglio avere degli enti pubblici economici limitati a fornire servizi nel territorio di un unico ente proprietario, al fine di evitare che qualcuno inventi gli enti pubblici economici a controllo di una molteplicità di amministrazioni pubbliche territoriali di uguale o differente livello.

**Riferimenti bibliografici**

- Boycko M., Shleifer A. e Vishny R. W. (1996), *A theory of privatization*, *Economic Journal*, 106: 309-319.
- Hart O. (1995), *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford University Press.
- Hart O., Shleifer A. e Vishny R.W. (1997), *The proper scope of government: theory and an application to prisons*, in *Quarterly Journal of Economics*, 112: 1127-1161.
- Hart O. e Moore J. (1990), *Property rights and the nature of the firm*, in *Journal of Political Economy*, 98: 1119-1158.
- Laffont J.J. e Tirole J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Martimort D. (2006), *An agency perspective on the costs and benefits of privatization*, in *Journal of Regulatory Economics*, 30: 5-44.
- Sappington D. E. e Stiglitz J. E. (1987), *Privatization, information and incentives*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 6: 567-582.

*Abstract*

*Costs and benefits of private versus public ownership in utilities depend on differences in incentives, in turns attributable to different allocations of residual control rights. The corporate structure of the production unit is, under this perspective, of secondary importance. It is argued that, as for incentives, it is irrelevant whether the state owned enterprise is a corporate company (plc) or an in house provider. Whatever the corporate structure, the public monopolist suffers from soft budget constraint and lack of incentives for efficiency. Contracts between local authorities and publicly owned providers lack credibility and enforceability, whilst command and control can be more effective. Transforming an in house provider into a plc is wise only as a preparatory step when privatization is firmly planned.*

## COMMENTI

CORTE COSTITUZIONALE, 9 giugno 2010, n. 215 – Pres. Amirante, Red. Mazzella.

*Sono costituzionalmente illegittime, per violazione degli articoli 117, c. 3, e 118, cc. 1 e 2, Cost., le norme che prevedono la realizzazione di interventi urgenti relativi alla produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia da effettuarsi da parte di uno o più Commissari straordinari del Governo, con ricorso a capitale prevalentemente o interamente privato.*

*Ai sensi dell'art. 118 Cost., l'individuazione degli interventi può essere effettuata a livello centrale. Tuttavia, trattandosi di interventi urgenti e strategici, questi devono essere effettuati direttamente dallo Stato. La previsione che tali interventi debbano essere realizzati con capitale prevalentemente o interamente privato viola il principio di proporzionalità: se le presunte ragioni dell'urgenza non sono tali, secondo le norme in oggetto, da far sì che lo Stato se ne faccia carico per ragioni di esercizio unitario, non c'è ragione di ritenere che alle regioni vada sottratta la realizzazione degli interventi.*

CORTE COSTITUZIONALE, 23 giugno 2010, n. 278 – Pres. Amirante, Red. De Siervo.

*L'impiego della delega legislativa è possibile anche nelle materie a potestà legislativa ripartita: il grado di determinatezza proprio dei principi e dei criteri direttivi della delega è nettamente diverso da quello dei principi fondamentali di materia concorrente, qualitativamente distinto e perciò non necessariamente coincidente.*

*Le procedure di cooperazione o di concertazione possono rilevare, ai fini dello scrutinio di legittimità di atti legislativi, solo in quanto l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione: nel caso di materie di competenza esclusiva dello Stato ciò non si verifica.*

*La previsione di una duplice forma di partecipazione del sistema regionale all'esercizio della funzione amministrativa chiamata in sussidiarietà non impone di escluderne una terza, ritenuta costituzionalmente necessaria, ovvero l'intesa con la regione interessata, ai fini della localizzazione, nel dettaglio, del sito nucleare. Pertanto, alla luce della doverosa interpretazione costituzionalmente conforme della delega, le regioni interessate non hanno titolo ad impugnare le norme della legge delega in questione.*

*L'art. 117, c. 2, lett. h), Cost., giustifica una disciplina statale finalizzata alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico, con particolare riferimento ai siti ove viene trattata l'energia nucleare, ovvero dove sono depositati i rifiuti radioattivi, attesi i gravi rischi che notoriamente conseguono ad un indebito trattamento di tali fonti*

e di tali materiali. È pertanto legittimo che una disposizione di legge rimetta allo svolgimento normativo di spettanza del legislatore delegato la più puntuale determinazione del contenuto delle misure necessarie.

La potestà affidata al CIPE in materia di standard nucleari non comporta la produzione di norme generali ed astratte. Essa, invece, esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge, individuando le tipologie di impianti idonei in concreto, con un atto la cui sfera di efficacia si esaurisce e si consuma entro i limiti, obiettivi e temporali, della scelta stessa. Si è pertanto in presenza dell'esercizio di una funzione amministrativa, rispetto al quale non è conferente il richiamo a parametro dell'art. 117, c. 6, Cost. Inoltre, in merito ad attività eminentemente tecniche come quella che la legge sul nucleare affida al CIPE, deve ritenersi sufficiente il coinvolgimento della Conferenza Stato-regioni nella forma dell'espressione di un parere obbligatorio al posto dell'intesa.

CORTE COSTITUZIONALE, 3 novembre 2010, n. 331 – Pres. De Siervo, Red. De Siervo.

Sono costituzionalmente illegittime le norme regionali che precludono, salvo intesa con lo Stato, la localizzazione e l'installazione sul territorio regionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di fabbricazione del combustibile nucleare, di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché di depositi di materiali e di rifiuti radioattivi.

La disciplina dell'intesa tra Stato e regioni spetta al legislatore statale titolare della competenza in materia, se chiamato a dettarne una disciplina esaustiva in relazione alle materie di competenza legislativa esclusiva come la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema o se chiamato a dettarne i principi fondamentali in relazione alle materie di competenza legislativa concorrente come la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia.

In nessun caso una regione può utilizzare la sua potestà legislativa per rendere inapplicabile sul proprio territorio una legge dello Stato che ritenga incostituzionale, ancorché dannosa e inopportuna. Nessuna regione potrebbe, infatti, sottrarsi unilateralmente dal sacrificio che da questa potrebbe derivare in ragione degli inderogabili doveri costituzionali di solidarietà economica e sociale.

CORTE COSTITUZIONALE, 26 gennaio 2011, n. 33 – Pres. De Siervo, Red. De Siervo.

Il Parlamento, in veste di legislatore delegante, ha declinato il canone della leale collaborazione tra Stato e regioni in tema di energia nucleare nei termini dell'attività consultiva della sola Conferenza unificata. Tale condizione legittima costituzionalmente il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31: le regioni hanno presentato le proprie istanze al Governo

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

*in maniera irrituale, fuori dall'ipotesi prevista dalla legge delega, ossia in sede di Conferenza delle regioni e delle province autonome. Pertanto, sebbene il contenuto del decreto ridondi sul riparto di competenze legislative e le regioni ricorrenti abbiano indicato la specifica competenza regionale oggetto del ricorso, il mancato parere espresso nelle sedi indicate dal legislatore legittima il governo a soprassedere.*

*È incostituzionale la norma che non prevede l'ottenimento dalla regione interessata di un parere obbligatorio, non vincolante, nella fase di certificazione dei siti nucleari. La regione interessata deve poter esprimere la propria definitiva posizione, potenzialmente distinta da quella successivamente espressa dalla Conferenza unificata, in merito al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari.*

*Il potere sostitutivo del governo nei confronti delle regioni che non manifestano il proprio consenso all'installazione di impianti di produzione nucleare è costituzionalmente legittimo: esso, infatti, non determina l'immediato trasferimento del potere decisivo in capo allo Stato, bensì prevede la costituzione di un soggetto terzo, il Comitato interistituzionale, nominato dalla parti paritariamente. A tale organo è affidato il compito di superare l'eventuale stallo decisionale. Le regioni interessate dall'installazione, in tal modo, sono adeguatamente coinvolte nei processi decisionali in materia di impianti nucleari.*

FABIO DI CRISTINA

### LA CONTESA TRA STATO E REGIONI PER IL NUCLEARE

SOMMARIO: 1. Il «rilancio del nucleare» in Italia al vaglio della Consulta. – 2. Gli interventi urgenti in materia di produzione di energia e l'apporto di capitali privati: i prodromi della contesa. – 3. Le coordinate costituzionali e le competenze legislative. – 4. Il «principio del sacrificio». – 5. Le intese «forti» e «deboli» ed il «diritto di veto» regionale. – 6. Il potere sostitutivo atipico. – 7. L'interesse nazionale e le scelte di politica energetica oltre il referendum abrogativo.

#### **1. Il «rilancio del nucleare» in Italia al vaglio della Consulta**

L'impianto normativo che attua il cd. «rilancio del nucleare» in Italia<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Si vedano, *ex multis*, S. Grassi, *La normativa in materia di energia nucleare in Italia*, in *Dir. econ.*, 2006, 119 ss.; A. Clò, *Il rebus energetico: tra politica, economia e ambiente*, Bologna, Il Mulino,

è stato posto al vaglio della Corte costituzionale per via dell'impugnazione della legge delega e del decreto attuativo da parte delle regioni e di alcune norme regionali da parte dello Stato. La Consulta si è pronunciata, in particolare, sulla forma, pubblica o privata, degli interventi urgenti sulle reti energetiche per la realizzazione di nuova capacità di generazione, sulla definizione del riparto di competenze legislative in merito alla produzione di energia elettrica da fonte nucleare e alla gestione dei rifiuti radioattivi, al sistema delle intese, «forti» o «deboli», tra Stato e regioni sul tema, all'esercizio dei poteri sostitutivi in caso di stallo decisionale e alla possibilità che le regioni vietino, con propria legge, l'installazione di impianti nucleari sul proprio territorio.

La storia del nucleare in altri Paesi europei, come il Regno Unito<sup>2</sup>, è stata definita una «*often depressing story*», contraddistinta dal consolidamento, tramite il processo di *devolution*, di un riparto di competenze legislative ed amministrative estremamente rigido, fonte di contese tanto sul piano della legittimità costituzionale quanto su quello del merito prettamente politico. Proprio nel Regno Unito, ad esempio, la ricerca di una via più rapida per la costruzione degli impianti nucleari di maggiore potenza è stata in cima all'agenda di politica energetica nel tentativo di rendere maggiormente rapide le procedure e facilitare l'acquisizione del consenso: «*During recent years, there has been increasing disquiet in government and industry circles as to the cumbersome and time-consuming processes for consenting major infrastructure projects in areas such as energy [...]*»<sup>3</sup>.

2008; F. Iaccarino, *Resurgence of Nuclear Energy in Italy*, in *Nea Nuclear Law Bulletin*, 2009, n. 84, 65 ss.; P.M. Putti, *La prospettiva del riavvio dell'industria elettronucleare in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2404 ss.; *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2011. Il diritto dell'energia nucleare*, a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2011. Sulla disciplina e sulla regolazione amministrativa del settore, L. Ammannati, A. Spina, *Il «ritorno» al nucleare. Il contesto regolatorio e l'Agenzia per la sicurezza nucleare*, in *Amministrare*, 2009, 236-237; P.M. Putti, *Le nuove regole del diritto nucleare italiano*, in *Quaderni Darwin*, n. 1, 2010, 90 ss. Per una disamina generale delle caratteristiche del mercato dell'energia nucleare, si vedano *L'evoluzione delle industrie ad alta tecnologia in Italia: entrata tempestiva, declino e opportunità di recupero*, a cura di C. Bussolati, F. Malerba e S. Torrisi, Bologna, Il Mulino, 1996; J.A. Lake, *L'energia nucleare della prossima generazione*, in *Le risorse energetiche*, a cura di E. Bellone, Milano, Le Scienze, 2002; A. Stillo, *Energia nucleare*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. Alpa, Torino, Utet, 2006; M. Cumo, *L'energia nucleare*, in *Le fonti di energia*, a cura di S. Carrà, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>2</sup> Si veda S. Taylor, *Privatisation and Financial Collapse in the Nuclear Industry*, Oxford, Routledge, 2007, passim. Sulla ricostruzione delle tappe che hanno condotto l'Italia a dotarsi di impianti nucleari e sul sostanziale fallimento della politica energetica da fonte nucleare, A. Clò, *Si fa presto a dire nucleare*, Bologna, Il Mulino, 2010, in part. 93 ss.

<sup>3</sup> S. Tromans, *Nuclear Law. The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in its Historic Context*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, 127.

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

I giudici costituzionali italiani hanno delineato i contorni di un delicato bilanciamento tra politica energetica, scelte strategiche di governo ed interessi locali, così come tra ricerca del consenso e prevalenza dell'efficienza procedurale. Se, da un lato, i giudici hanno stabilito che lo Stato deve farsi carico con i propri mezzi finanziari della realizzazione di nuovi impianti energetici, essi hanno, dall'altro, sancito la legittimità costituzionale dell'intera disciplina statale, salvo alcune eccezioni di sorta, circa il coinvolgimento delle regioni nei processi decisionali alla base della localizzazione e dell'installazione degli impianti nucleari<sup>4</sup>.

La procedimentalizzazione di quei «*time-consuming processes*» che contraddistinguono l'intera filiera del settore nucleare<sup>5</sup> ha, pertanto, superato il vaglio costituzionale: gli interessi regionali ne sono risultati compresi in ragione della prevalenza dell'interesse nazionale al «rapido sviluppo» dell'approvvigionamento energetico da fonte nucleare e alla ricerca di vie istituzionali per raggiungere il consenso.

Sebbene l'intervenuta abrogazione referendaria abbia determinato l'impossibilità di costruire impianti nucleari sul territorio italiano, nonché la perdita di interesse per la costituzionalità della disciplina di settore<sup>6</sup>, un duplice profilo degli itinerari argomentativi della Consulta merita attenzione. In primo luogo, il profilo attinente al bilanciamento di cui si è detto, tutto giocato tra scelte politiche e vincoli costituzionali. In secondo luogo, il profilo della partecipazione alle decisioni di politica energetica e della collaborazione tra Stato e regioni, il quale riceve una precisa caratterizzazione di natura procedimentale ad opera dei giudici costituzionali.

## 2. Gli interventi urgenti in materia di produzione di energia e l'apporto di capitali privati: i prodromi della contesa

Con il d.l. 1 luglio 2009, n. 78<sup>7</sup> (art. 4, cc. 1, 2, 3 e 4), il Governo ha

<sup>4</sup> Salvo prevedere la necessità di un parere regionale circa il rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari, obbligatorio ma non vincolante, prima di quello della Conferenza unificata, previsto dal decreto attuativo.

<sup>5</sup> *Ex multis*, P.D. Cameron, *The revival of nuclear power: an analysis of the legal implications*, in *Journal of Environmental Law*, 2007, 71-87; M.E. Ricotti, «Rinascita» nucleare? *Sfida e opportunità per il paese*, in *Energia*, n. 3, 2008, in part. 10 ss.

<sup>6</sup> Sottolinea il punto A. Battaglia, *La fugace comparsa del nucleare in Italia: quel che resta delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 869 ss.

<sup>7</sup> Recante «Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione

inteso disciplinare nuovi interventi relativi alla produzione di energia, da realizzare d'intesa con le regioni e le province autonome, grazie a capitale prevalentemente o interamente privato<sup>8</sup>. La necessità degli interventi aveva alla radice «particolari ragioni di urgenza», tali da renderne necessaria l'attuazione con «mezzi e poteri straordinari» affidati a uno o più Commissari straordinari del Governo. L'ampiezza ed i limiti dei poteri affidati ai Commissari erano già chiariti nel testo del decreto: questi, sentiti gli enti locali interessati, avrebbero potuto emanare atti e provvedimenti di competenza delle amministrazioni che non avessero rispettato i tempi previsti dagli stessi Commissari per l'autorizzazione e l'effettiva realizzazione degli interventi<sup>9</sup>. Inoltre, avrebbero potuto avvalersi di poteri di sostituzione o deroga ai sensi della normativa sulla velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale<sup>10</sup>.

italiana a missioni internazionali», convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, come modificato dall'art. 1, c. 1, lett. a), d.l. 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 ottobre 2009, n. 141.

<sup>8</sup> Sul ruolo dei privati nel finanziamento degli impianti di futura costruzione, R. Pardolesi, *La produzione nucleare tra segnali di mercato e preferenze pubbliche*, in *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2011. Il diritto dell'energia nucleare*, cit., 213, secondo il quale «Sarebbe istintivo pensare allo schema della *public private partnership*, che evoca l'impresa pubblica partecipata [...]. Ma questa via non è praticabile alla luce del d.lgs. n. 31/2010, sì che occorre volgersi all'altra epifania del P3, quella contrattuale. Col che, però, si entra [...] in una sorta di terra di nessuno, promettente quanto straniante (quale *project financing* potrebbe mai ingabbiare l'incontenibile audacia finanziaria del progetto nucleare?), comunque tutta da inventare sul piano pratico».

<sup>9</sup> Sulle procedure di costruzione e gestione delle centrali elettriche, si veda C. Viviani, *L'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione dell'energia elettrica*, in *Urb. app.*, 2009, 1420 ss.

<sup>10</sup> Art. 20, c. 4, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, il quale rimanda all'art. 13, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito dalla l. 23 maggio 1997, n. 135. L'art. 20 dispone che «Il Commissario nominato ai sensi del comma 2 monitora l'adozione degli atti e dei provvedimenti necessari per l'esecuzione dell'investimento; vigila sull'espletamento delle procedure realizzative e su quelle autorizzative, sulla stipula dei contratti e sulla cura delle attività occorrenti al finanziamento, utilizzando le risorse disponibili assegnate a tale fine. Esercita ogni potere di impulso, attraverso il più ampio coinvolgimento degli enti e dei soggetti coinvolti, per assicurare il coordinamento degli stessi ed il rispetto dei tempi. Può chiedere agli enti coinvolti ogni documento utile per l'esercizio dei propri compiti. Quando non sia rispettato o non sia possibile rispettare i tempi stabiliti dal cronoprogramma, il commissario comunica senza indugio le circostanze del ritardo al Ministro competente, ovvero al Presidente della regione. Qualora sopravvengano circostanze che impediscano la realizzazione totale o parziale dell'investimento, il Commissario straordinario delegato propone al Ministro competente ovvero al Presidente della regione la revoca dell'assegnazione delle risorse».



## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

Gli interventi contenuti nel decreto legge cd. «sblocca reti» avrebbero dovuto gettare le basi per la costruzione di nuove infrastrutture energetiche sul territorio italiano<sup>11</sup>: lo scopo degli interventi non era stato chiarito nel decreto e, nel timore che questo potesse nascondere interventi prodromici all'installazione di impianti nucleari, alcune regioni hanno intrapreso la via del ricorso in via diretta alla Corte costituzionale.

In merito alla disciplina sommariamente descritta, infatti, la regione Umbria, unitamente alle regioni Toscana ed Emilia-Romagna e alla provincia autonoma di Trento<sup>12</sup>, ha promosso questioni di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 117, c. 3, e 118, cc. 2 e 3, Cost. Le doglianze della regione si sono attestate su tre differenti profili: lo Stato non avrebbe previsto procedure adeguate ad assicurare la partecipazione dei livelli di governo in caso di «chiamata in sussidiarietà» di funzioni statali<sup>13</sup>, in particolare, in merito all'atto di individuazione degli interventi di trasmissione e distribuzione da realizzare<sup>14</sup>, soggetti ad intesa in quanto inerenti attività di localizzazione e realizzazione di opere gestite da organi centrali<sup>15</sup>, all'atto di nomina dei Commissari, agli atti susseguenti adottati da questi; gli interventi urgenti in materia di energia non potrebbero essere realizzati con capitale prevalentemente o interamente privato poiché «la disponibilità del capitale privato è per definizione non garantita»; l'urgenza non è causa sufficiente che giustifichi la sottrazione delle competenze amministrative spettanti alle regioni e agli enti locali in materia di energia, governo del territorio e tutela della salute.

L'Avvocatura dello Stato ha ritenuto infondate le questioni di legittimità sollevate dalla regione Umbria. La disciplina contenuta nell'art. 4, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, si sarebbe resa necessaria per superare situazioni di stallo

<sup>11</sup> F. Di Dio, *La Consulta boccia (a metà) il nucleare (nota a Corte cost. n. 215/2010)*, in *Amb. svil.*, 2011, 56 ss. Per una breve nota sulla sentenza, M.T. Sempreviva, *Interventi urgenti per le reti dell'energia*, in *Urb. app.*, 2010, 947. Sulla disciplina europea delle reti energetica, *ex multis*, M. Roggenkamp, G. Redgwell, I. Del Guayo, *Energy Law in Europe: National, EU, and International Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>12</sup> La Provincia autonoma di Trento ha sollevato questioni di legittimità costituzionale per violazione delle norme statutarie in tema di energia. Poiché la sentenza in esame ha determinato la caducazione dell'art. 4, c. 1, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, tutti le altre questioni di legittimità costituzionale ne sono risultate assorbite.

<sup>13</sup> La ricorrente ha richiamato, a tal proposito, la sentenza Corte cost. n. 6/2004.

<sup>14</sup> Per quanto attiene agli interventi di produzione, il succitato decreto legge prevede che sia necessario il raggiungimento di un'intesa con le regioni interessate.

<sup>15</sup> La ricorrente ha richiamato, sotto questo profilo, le sentenze Corte cost. n. 303/2003, 6/2004, 383/2005.

riferibili alla realizzazione, necessaria ed urgente, di impianti privati di produzione di energia, anche con l'ausilio di poteri *extra ordinem*. L'attrazione delle funzioni amministrative sarebbe stata affidata, ragionevolmente, allo Stato, a tutela dell'interesse strategico in materia di trasporto e distribuzione dell'energia: la fase esecutiva è quella che determina il concreto ed effettivo soddisfacimento delle esigenze unitarie che rendono necessario l'intervento statale. Le norme a disciplina di «situazioni critiche» in tema di trasporto e distribuzione dell'energia, ha sostenuto l'Avvocatura dello Stato, «mirano a superare difficoltà e gelosie locali in ordine alla fruizione di un bene già esistente che una non razionale distribuzione potrebbe disperdere».

L'Avvocatura ha trattato l'impiego di capitali privati, punto nevralgico della questione, in maniera incidentale, considerandolo non fondamentale secondo i profili di legittimità costituzionale: «Irrilevante sarebbe [...] la forma, pubblica o privata, dell'intervento da realizzare, decisiva essendo invece la finalità pubblicistica che si intende celermente perseguire». Proprio l'irrilevanza della forma rispetto alla sostanza del fine è stata censurata dalla Corte costituzionale. Questa, al fine di dichiarare sproporzionata l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni amministrative spettanti alle regioni in tema di energia, ha statuito che il carattere strategico ed urgente degli interventi avrebbe dovuto comportare, da un lato, l'assunzione diretta da parte dello Stato della realizzazione degli interventi e, dall'altro, l'impiego di capitale non privato. Per la Corte, infatti, il capitale privato «è aleatorio, sia quanto all'*an* che al *quantum*»<sup>16</sup>.

Le argomentazioni in merito sono state svolte dai giudici costituzionali in concreto: questi non hanno negato, in astratto, che l'individuazione e la realizzazione degli interventi potesse risolversi con l'attribuzione delle relative competenze a livello centrale. Conseguentemente, se le motivazioni alla base dell'attrazione in sussidiarietà di funzioni sono state individuate nell'urgenza, questa, per essere giustificata, avrebbe dovuto comportare la piena congruenza dei mezzi rispetto ai fini. Se le ragioni d'urgenza sono state tali da indurre lo Stato a ricorrere a privati, seppur in ossequio a ragioni di unitarietà e coordinamento, la sottrazione alle regioni di competenze per la realizzazione degli interventi è stata, nella sostanza, illegittima.

<sup>16</sup> Nulla di nuovo: in alcuni Stati extraeuropei, quali ad esempio gli Stati Uniti, i finanziamenti per la realizzazione degli impianti nucleari vengono affidati, da almeno un trentennio, a forme di integrazione tra finanza pubblica e privata (mai unicamente a privati, dunque). Sugli effetti della privatizzazione dell'industria elettrica da fonte nucleare in alcuni Paesi europei quali il Regno Unito, negativi sia in termini di *performance* economico-finanziaria che di efficienza produttiva, si veda S. Tromans, *Nuclear Law*, cit., 18-20.

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

La Consulta, con la sentenza n. 215/2010, ha elevato l'oggetto del contendere tra Stato e regioni a rango costituzionale: il Governo, infatti, ha dovuto disciplinare nuovamente la realizzazione di interventi per la costruzione di nuove infrastrutture energetiche e la legittimità delle scelte statali è stata sottoposta al giudizio di costituzionalità in successive occasioni. In assenza di una tale pronuncia, alle regioni sarebbero rimasti ben pochi rimedi avverso i provvedimenti emanati dai Commissari straordinari. Inoltre, il loro coinvolgimento nella definizione di scelte strategiche che ne toccano direttamente gli interessi ne sarebbe risultato notevolmente limitato. Pertanto, i giudici costituzionali hanno, da un lato, rimandato il giudizio sui profili di legittimità delle nuove norme in materia di energia ad un momento di concreta definizione delle stesse e, dall'altro, hanno rimarcato la posizione forte delle regioni in merito all'attuazione degli interventi e all'esercizio delle relative funzioni amministrative.

### 3. Le coordinate costituzionali e le competenze legislative

La sentenza n. 278/2010 riveste assoluta importanza ai fini della definizione del ruolo dello Stato e delle regioni in tema di energia nucleare poiché la Corte vi delinea le esatte coordinate costituzionali del tema<sup>17</sup>: al fine di orientare Stato e regioni e di giustificare la disciplina del coinvolgimento orizzontale regionale nelle procedure di localizzazione e messa in opera degli impianti nucleari, la Corte ha svolto una serie di argomentazioni che è utile ripercorrere.

Essa ha statuito, negando quanto asserito dall'Avvocatura generale dello Stato in merito all'assorbimento delle norme in materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato<sup>18</sup>, che i principi in base ai quali le regioni hanno sollevato la questione di costituzionalità di alcune norme della legge delega attengono alla materia concorrente della produzione dell'energia. Da un lato, questi rendono palese la scelta del legislatore nazionale di rilanciare una peculiare forma di approvvigionamento energetico, dall'altro, costituiscono il necessario fondamento della nuova disciplina.

<sup>17</sup> Una disamina della normativa sul nucleare, vigente fino all'abrogazione per via referendaria, è contenuta in F Di Cristina, F Di Porto, *The Legal Regime Applying to Nuclear Energy in Italy*, in *Italy* (voce), a cura di F Di Porto, *International Encyclopaedia of Laws: Energy Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, 309-341.

<sup>18</sup> Cfr. il n. 12 del «Considerato in diritto».

Le competenze legislative in tema di energia nucleare vengono distinte dai giudici costituzionali in base alla prevalenza o alla concorrenza degli interessi dello Stato e delle regioni. La Corte ha considerato i rilievi delle regioni in merito alla costruzione e all'esercizio di impianti per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi e per lo smantellamento di impianti nucleari a fine vita (cd. «back-end»<sup>19</sup>), alle garanzie di tipo sostitutivo utili al fine di superare il mancato raggiungimento delle intese con gli enti locali nei procedimenti di autorizzazione unica, alla definizione dei criteri circa le tipologie di impianti nucleari realizzabili, alla possibilità di dichiarare i siti quali aree di interesse strategico nazionale, soggette a speciali forme di vigilanza e protezione.

Nel primo caso, alla competenza in materia di tutela dell'ambiente si affianca la convergenza di quella sul governo del territorio, determinando le opportune forme di collaborazione tra Stato e regioni che il principio di leale collaborazione impone. Nel secondo e nel terzo caso, spetta al legislatore la definizione dei principi fondamentali della materia<sup>20</sup>, di contenuto estremamente pervasivo poiché sottesi non solo al riavvio dell'approvvigionamento energetico da fonte nucleare ma anche al suo rapido sviluppo. Nel quarto caso, è indiscussa la competenza esclusiva circa la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (art. 117, c. 2, lett. h), Cost.).

Con la sentenza n. 331/2010, la Corte ha ripreso la definizione delle competenze legislative in tema di energia nucleare ribadendo che il trattamento dei rifiuti nucleari<sup>21</sup>, inteso in tutte le fasi del suo espletamento, rien-

<sup>19</sup> Si veda G. Manfredi, *La Corte Costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome Nimby*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 543-547.

<sup>20</sup> «[...] si può concludere che l'art. 25, comma 2, lettere g) e h), nella parte in cui disciplina la costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica nucleare; l'art. 25, comma 2, lettera f), nella parte di cui appronta garanzie di tipo sostitutivo per superare il mancato raggiungimento delle necessarie intese con gli enti locali coinvolti nel procedimento di autorizzazione unica; ed infine l'art. 26, comma 1, nella parte in cui reca criteri per la definizione delle tipologie degli impianti di produzione, siano disposizioni attribuibili, con carattere di prevalenza, alla materia produzione dell'energia, di cui all'art. 117, comma 3, Cost., giacché con esse il legislatore ha concretizzato normativamente l'intento non solo di riavviare l'approvvigionamento energetico da fonte nucleare, ma al contempo di favorirne un rapido sviluppo, attraverso le tappe che conducono all'autorizzazione unica [...]».

<sup>21</sup> La consolidata esperienza degli Stati Uniti in tema di produzione di energia nucleare può rappresentare un utile riferimento sul punto. Diversamente da quanto deciso in Italia, le corti statunitensi hanno stabilito che le competenze in materia di stoccaggio e trasporto di rifiuti radioattivi sono rimesse ai singoli Stati, i quali possono stabilire *standard* di sicurezza più stringenti di quelli federali (si veda, a tal proposito, il documento redatto dall'Ocse

tra nella materia di competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. s), Cost. («tutela dell'ambiente e dell'ecosistema») e che la costruzione degli impianti di produzione rientra nel riparto concorrente di cui all'art. 117, c. 3, Cost. («produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»). I giudici costituzionali hanno altresì ribadito che, in tal caso, la disciplina normativa delle dovute forme collaborative, delle intese e dei procedimenti per superare l'eventuale stallo decisionale, spetta sempre al legislatore nazionale, sia nel caso in cui questi debba definirne esaurientemente la disciplina di dettaglio, che nel caso in cui debba limitarsi alla statuizione dei principi fondamentali che regolano la materia.

### 4. Il «principio del sacrificio»

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 331/2010, ha sancito l'incostituzionalità delle norme regionali emanate da Puglia, Basilicata e Campania che avevano vietato l'installazione di impianti di produzione di energia nucleare o stoccaggio di rifiuti radioattivi sul loro territorio a meno che non si fosse pervenuti preventivamente ad un'intesa «forte» in materia con lo Stato<sup>22</sup>. Le regioni, nel corso del giudizio, hanno richiamato la violazione dei principi di sussidiarietà, ragionevolezza e leale collaborazione<sup>23</sup>. La difesa della regione Puglia, così come quella della regione Campania, è stata interamente incentrata sulla necessità dell'intesa, postulata dal principio di sus-

*Nuclear Legislation in OECD Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities – United States 1999*, in part. 6 ss., disponibile sul sito [www.oecd-nea.org/law/legislation](http://www.oecd-nea.org/law/legislation)). Le scelte di politica energetica dell'Amministrazione rimangono intangibili, i singoli Stati possono intervenire sul controllo degli impianti e sulla sicurezza degli stessi al fine di minimizzare i rischi legati al loro funzionamento. In Italia, questa funzione, così come stabilito dalla Corte costituzionale con la sent. n. 278/2010, rientra nell'alveo della competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Si veda, *amplius*, J. Doyle, *Nuclear Safeguards, Security and Non-Proliferation*, Burlington, Butterworth-Heinemann, 2008.

<sup>22</sup> «La sentenza in esame ha avuto ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, c. 2, della legge della regione Puglia 4 dicembre 2009, n. 30 (Disposizioni in materia di energia nucleare), dell'art. 8 della legge della regione Basilicata 19 gennaio 2010, n. 1 (Norme in materia di energia e Piano di Indirizzo Energetico Ambientale Regionale d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – l. r. n. 9/2007) dell'art. 1, c. 2, della legge della regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Campania – Legge finanziaria anno 2010)».

<sup>23</sup> Si veda C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 2007.

sidiarietà così come contenuto nell'art. 118 Cost. L'art. 25, c. 2, lett. g), l. 23 luglio 2009, n. 99, renderebbe possibile l'installazione di impianti nucleari sul territorio regionale previo raggiungimento dell'intesa con la sola Conferenza unificata. La regione aveva ugualmente approvato la legge contenente le norme impugnate dallo Stato: il contenuto politico dell'atto è stato forte, poiché la regione stessa ha inteso rivendicare la paternità di scelte programmatiche in tema di energia ad effetti diffusivi sull'intero territorio nazionale e ad incidenza diretta sull'approvvigionamento energetico.

La regione Basilicata, costituitasi in giudizio, ha ritenuto che la disciplina della localizzazione degli impianti energetici, così come strutturata nella propria legge regionale, avesse costituito disciplina di dettaglio relativa alla materia concorrente dell'energia. La regione ha riconosciuto altresì che la materia avrebbe potuto esplicitare effetti anche riguardo ad altre, di competenza esclusiva dello Stato, quali governo del territorio, urbanistica, protezione civile e tutela della natura. La regione Basilicata ha sostenuto, dopo aver arditamente inteso le proprie norme impugnate come semplice disciplina di dettaglio rientrante in materie di competenza legislativa concorrente, che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di localizzazione degli impianti, presupponendo la necessità di intesa preventiva tra Stato e regione, potesse costituire un utile precedente per dirimere la questione.

L'Avvocatura dello Stato ha sottolineato un primo profilo di incostituzionalità delle suddette norme regionali, ossia la violazione degli artt. 117, c. 2, lett. s), e 120 Cost.: la disciplina regionale dei depositi dei rifiuti e dei materiali radioattivi non avrebbe potuto intaccare una competenza legislativa esclusiva dello Stato come quella della tutela dell'ambiente.

Il secondo profilo di incostituzionalità delle norme regionali in questione avrebbe riguardato, in violazione del riparto di competenze tra Stato e regioni, l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (per ciò che concerne la sicurezza degli approvvigionamenti), la tutela dell'ambiente (per ciò che riguarda lo stoccaggio dei rifiuti) e la competitività del sistema produttivo (per ciò che attiene alla localizzazione degli impianti produttivi).

Il terzo profilo avrebbe inciso sulla necessità di intesa tra Stato e regioni: sebbene la competenza legislativa su produzione, trasporto e distribuzione dell'energia e governo del territorio sia concorrente, le norme impugnate avrebbero violato ugualmente l'art. 117, c. 3, Cost., poiché la necessaria intesa con lo Stato in caso di attrazione di funzioni al centro avrebbe permesso a questo di disciplinarne l'ampiezza, le procedure, i limiti, nonché i principi generali, in maniera puntuale. Principi che, sebbene non esplicitamente affermato dalla Corte, possono essere rintracciati nella legislazione

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

nazionale già all'interno della l. 23 luglio 2009, n. 99<sup>24</sup>. Le norme oggetto del ricorso avrebbero inibito, inoltre, l'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost. in caso di mancato raggiungimento dell'intesa con la regione interessata<sup>25</sup>.

La sentenza n. 331/2010 ha evidenziato almeno tre questioni rilevanti. In primo luogo, la politica di ritorno al nucleare involge profili decisionali interamente rimessi allo Stato, almeno sul piano della legittimità, ma di cui le regioni rivendicano parte della contitolarità in base ai principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. In secondo luogo, l'ampiezza delle intese tra Stato e regioni sembra contrarsi, fino ad annullarsi, se sono in gioco decisioni strategiche di politica energetica. In terzo luogo, il bilanciamento degli interessi di fronte a tale scelta pende a favore della centralizzazione e a netto sfavore della partecipazione delle regioni nelle sedi istituzionali.

La Corte, dopo aver inquadrato il riparto di competenze in materia di rifiuti nucleari ed installazione e funzionamento degli impianti<sup>26</sup>, ha sommarariamente ribadito la necessaria collaborazione tra Stato e regioni nelle forme dell'intesa quale punto fermo dei rapporti concernenti le questioni ambientali e di produzione energetica. Tuttavia, essa ha indicato che le forme dell'intesa devono essere dettate dal legislatore che detiene la potestà normativa, sia che essa presupponga una disciplina esaustiva dell'intesa, come nel caso della tutela dell'ambiente, sia che essa debba limitarsi a disciplinarla in via di principi generali, come nel caso della produzione di energia. Anche in questo ultimo caso, ha argomentato la Corte, la determinazione «delle forme e dei modi della collaborazione, nonché le vie per superare l'eventuale stallo ingenerato dal perdurante dissenso tra le parti» costituisce di per sé un principio fondamentale necessario affinché il legislatore statale possa conseguire efficacemente obiettivi prioritari che la stessa Costituzione gli affida.

La Consulta ha rimarcato altresì che la previsione di un'intesa all'interno di norme regionali non può in alcun modo sostituire la mancata pre-

<sup>24</sup> L'art. 25, l. 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», contiene le norme che disciplinano per il cd. «ritorno al nucleare», nonché, in particolare, le norme per l'installazione degli impianti di produzione di energia e di stoccaggio dei rifiuti.

<sup>25</sup> Sui presupposti dei poteri sostitutivi, si veda S. Papa, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>26</sup> Le norme sui rifiuti nucleari sarebbero rientrate nella «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», quelle sull'installazione e funzionamento di impianti nucleari sarebbero state riconducibili alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia».

visione della stessa in norme statali. Le regioni, infatti, mai potrebbero rendere inefficaci sul proprio territorio norme di legge ritenute incostituzionali mediante la propria legislazione senza adire la Corte: «Del resto, non è immaginabile che ciascuna regione, a fronte di determinazioni di carattere evidentemente ultraregionale, assunte per un efficace sviluppo della produzione di energia elettrica nucleare, possa sottrarsi in modo unilaterale al sacrificio che da esse possa derivare, in evidente violazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale». Sembra però evidente che non siano i doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale ad imporre il «principio del sacrificio» a presidio delle relazioni tra Stato e regioni in questo caso, bensì le scelte di politica energetica.

Il temperamento del sacrificio cui nessuna regione può sottrarsi unilateralmente potrebbe rinvenirsi nella previsione di un'intesa «forte»: tuttavia, la Corte ha statuito in maniera netta che la disciplina delle intese tra Stato e regioni deve essere dettata dal primo. La necessità che questa sia disciplinata da fonte statale rappresenta un limite invalicabile all'eventuale «inerzia» legislativa, anche se questa ricade sui principi generali delle intese stesse. In altri termini, l'attività legislativa delle regioni non può sostituire quella dello Stato se questo non provvede a regolare le modalità delle intese, siano esse riferibili a materie di potestà legislativa esclusiva o concorrente. Rimaneva nelle mani delle regioni la possibilità di impugnare le norme del decreto attuativo nel caso in cui le avessero ritenute lesive dei principi costituzionali di leale collaborazione o sussidiarietà.

Le decisioni strategiche di politica energetica nazionale, la cui base legislativa era stata già costruita nel 2008<sup>27</sup> ed integrata dalla definizione della «Strategia del Governo in materia di nucleare»<sup>28</sup>, vengono rimesse interamente allo Stato. Nel caso di specie, la *querelle* sulla localizzazione degli impianti nucleari ha visto le regioni escluse dai processi decisionali che la riguardano. In tal senso, a seguito della sentenza n. 331/2010, la partecipazione delle regioni interessate ai circuiti decisionali propri delle intese è stata esclusa.

Se, da un lato, la Corte ha affermato il necessario ed ineluttabile sacrificio delle regioni interessate dalla localizzazione degli impianti nucleari, facendo pendere l'ago della bilancia verso la piena libertà decisionale del Governo sul tema, essa ha, dall'altro, favorito lo spostamento della contesa dalla costituzionalità della legislazione regionale a quella della legislazione nazio-

<sup>27</sup> Legge 6 agosto 2008, n. 133.

<sup>28</sup> Art. 3, d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31.



nale, provvedendo ad indicare alle regioni la possibilità di impugnare norme contenute nel decreto attuativo, in quanto *sedes materiae* della partecipazione delle regioni al processo di rilancio del nucleare italiano.

### 5. Le intese «forti» e «deboli» ed il «diritto di veto» regionale

Come noto, lo Stato può svolgere funzioni amministrative in materie di competenza legislativa concorrente tramite la «chiamata in sussidiarietà»<sup>29</sup>: in settori essenziali e strategici, quali la produzione dell'energia, le istanze unitarie e le esigenze di coordinamento sono sovraordinate al decentramento decisionale e agli interessi locali. La valutazione dell'interesse pubblico alla base della «chiamata» deve essere proporzionata, ragionevole e deve prevedere uno specifico accordo con le regioni in base al principio di leale collaborazione. L'intesa «forte», secondo la giurisprudenza costituzionale, non può essere sinonimo di veto: se così fosse, la stessa nozione di intesa «forte», che richiama la convergenza della volontà dello Stato e della regione interessata, risulterebbe evidentemente degrada.

In merito all'individuazione dei siti presso i quali localizzare gli impianti di smaltimento dei rifiuti radioattivi, la Corte, con la sentenza n. 62/2005, ha precisato che «[...] non si prestano a censure le previsioni secondo cui, in caso di mancata intesa, l'individuazione del sito è rimessa [...] ad un provvedimento adottato dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, e dunque col coinvolgimento del massimo organo politico amministrativo, che assicura il livello adeguato di relazione tra organi centrali e autonomie regionali costituzionalmente garantite». La previsione del Comitato interistituzionale qualifica l'intesa tra Stato e regioni in materia di localizzazione degli impianti nucleari come «forte»: la chiamata in sussidiarietà è bilanciata da una procedura improntata alla leale collaborazione. Questa presuppone che l'interesse nazionale sotteso possa determinare il superamento dell'eventuale stallo decisionale.

Con la sentenza n. 33/2011, la Consulta ha ribadito con forza i principi appena esposti, affermando che l'impianto del decreto attuativo, in merito all'intera attività preordinata alla localizzazione degli impianti nucleari,

<sup>29</sup> *Ex multis*, «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta e P. Veronesi, collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, Esi, 2006; *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di L. Vandelli e A. Pioggia, Bologna, Il Mulino, 2006.

è scandita da molteplici momenti di attuazione del principio di leale collaborazione. Al fine del rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione dell'impianto, ad esempio, la compenetrazione degli interessi ultraregionali e locali ha indotto il legislatore a prevedere l'intesa con la Conferenza unificata, concepita dagli stessi giudici costituzionali quale «sede privilegiata per la rappresentazione delle istanze e delle esigenze proprie di tutti i livelli di governo», ivi comprese, evidentemente, le regioni interessate dalla localizzazione. L'intesa con le regioni interessate è prevista per la fase anteriore di certificazione dei siti: la previsione di un'intesa ulteriore con le singole regioni interessate costituirebbe, da un lato, un onere procedimentale sproporzionato e, dall'altro, un inefficiente sistema di partecipazione e codecisione paritaria.

Tuttavia, proprio sul punto, la Corte ha aperto uno spiraglio, seppur minimo, all'intesa tra Stato e singola regione interessata in merito al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 4, d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, nella parte in cui non prevede il rilascio del parere regionale per il rilascio summenzionato.

La Consulta ha comunque confermato che l'adeguato coinvolgimento regionale è necessario: nella fase successiva all'elaborazione dei criteri tecnici degli impianti la regione interessata ha un certo spazio per concorrere alla codeterminazione dell'atto di localizzazione degli stessi. La regione, tuttavia, nulla potrà eccepire sul decreto che stabilisce i criteri tecnici *ex ante* (i decreti legislativi possono devolvere a fonti secondarie lo sviluppo delle norme che contengono e la sola Conferenza unificata potrebbe svilupparne deduzioni di incostituzionalità), così come sulla procedura di valutazione ambientale strategica e sul giudizio di compatibilità ambientale *ex post* («Alla pretesa regionale di vedersi riconoscere forme più pregnanti di coinvolgimento, sembra opporsi la rilevanza prevalentemente nazionale degli interessi considerati dalla disciplina in oggetto, che concerne il regime di sola sottoposizione alla VAS», e ancora, come già statuito nella sentenza n. 221/2010, nei procedimenti di tutela ambientale «la competenza dello Stato non è limitata alla fissazione di standard minimi di tutela [...] ed individua in concreto i limiti di tutela ambientale che devono essere rispettati»).

Sulla scia di quanto affermato a proposito dei procedimenti di tutela ambientale, la Corte ha escluso che le regioni debbano essere coinvolte nella gestione e nello smantellamento degli impianti di trattamento e smaltimento dei rifiuti e del combustibile nucleare: la Costituzione, infatti, non impone l'adozione di meccanismi ispirati al principio di leale collaborazione se non c'è concorrenza di competenze statali e, allo stesso tempo, regionali.

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

Il d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, contiene forme di partecipazione nel caso in cui ci sia coesistenza di materie di competenza esclusiva e concorrente. Infatti, l'insediamento del Parco tecnologico e l'intesa tra Stato e regioni per la sua realizzazione riguardano sia il governo del territorio che la tutela della concorrenza e le norme in questione contemplano il raggiungimento di un'intesa (art. 27, cc. 7 e 9, del decreto).

Come è stato autorevolmente affermato<sup>30</sup>, il decreto ha tracciato un percorso decisionale in cui il sistema delle intese tra Stato e regioni sulla localizzazione degli impianti nucleari tempera il rischio di stallo e di ingiustificata interdizione regionale, potenzialmente pernicioso per la Repubblica. L'esistenza di un vero e proprio diritto di veto regionale in merito alle scelte che attengono la localizzazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari non sussisterebbe per due ragioni fondamentali: in primo luogo, il legislatore ha costruito un impianto normativo che non lo prevede *tout court* e che ha passato, indenne, il vaglio di costituzionalità; in secondo luogo, i momenti della collaborazione tra Stato e regioni, così come i rimedi istituzionali previsti per l'eventuale interdizione regionale, hanno superato l'esame di costituzionalità senza eccessive integrazioni ad opera della Corte<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> «La procedura delineata dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, [...] costituisce un tentativo di elaborare un processo decisionale coerente che tenga conto di tutti gli interessi rilevanti, di tutti gli attori pubblici e privati implicati e che giunga alla decisione in tempi ragionevoli». Così A. Catricalà, *La produzione nucleare e la concorrenza nei mercati dell'energia*, in *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2011. Il diritto dell'energia nucleare*, cit., 291. Ancora sul punto, M. D'Alberti, *La localizzazione degli impianti nucleari: il difficile percorso per decidere*, ibidem, 174, secondo il quale: «[...] può ritenersi che il d.lgs. n. 31/2010 abbia introdotto un procedimento amministrativo per la realizzazione delle centrali nucleari che, in materia di localizzazione degli impianti nei siti certificati, disegna una via legittima per agevolare la definizione dell'intesa stato-regione e per giustificare come *extrema ratio*, il potere sostitutivo del governo. Si possono, in tal modo, attenuare quei rischi di stallo e di interdizione che impediscono il pieno dispiegarsi del processo decisionale e che, alla fine, sono perniciosi per la Repubblica».

<sup>31</sup> «La lettura [...] data dalla Corte [...] trova alcuni precedenti nella giurisprudenza amministrativa. In una questione simile per la materia trattata, il giudice amministrativo ha riconosciuto l'equivalenza degli effetti del parere rilasciato dalla Conferenza unificata in luogo di quello che, secondo l'espresso dettato della norma, avrebbe dovuto essere rilasciato dalla Conferenza stato-regioni. Anche in quella occasione, pur riconoscendo la diversità degli organi, il giudice ha valutato gli effetti dell'ottenuto contemperamento degli interessi regionali in sede statale». Il riferimento a Tar Lazio, sez. II-bis, n. 5481/2005, è contenuto in A. Battaglia, cit., p. 871.

## 6. Il potere sostitutivo atipico

Con la già citata sentenza n. 33/2011, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dei poteri sostitutivi disciplinati dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, esercitabili dal Governo in caso di mancata intesa con le regioni<sup>32</sup>. In particolare, le norme impugnate si riferivano a tre differenti poteri<sup>33</sup>: l'acquisizione forzata dell'intesa mediante atto unilaterale nelle ipotesi in cui questa non sia raggiunta a causa della mancata collaborazione con lo Stato, nonché l'obbligo per le regioni di adeguare i propri piani energetici rispetto al contenuto dell'atto di approvazione dei siti su cui costruire le centrali (art. 11, cc. 10, 11 e 12); l'acquisizione forzata dell'intesa in merito all'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari e lo stoccaggio del combustibile e dei rifiuti radioattivi, nonché in merito alla fase autorizzatoria per la costruzione e l'esercizio del deposito nazionale e delle opere connesse (art. 13, cc. 11 e 12, e art. 27, c. 15); la richiesta di parere per il funzionamento del Comitato interistituzionale alla sola Conferenza unificata (art. 11, c. 6, e art. 27, c. 8).

Per le regioni ricorrenti, segnatamente la Toscana, l'Emilia-Romagna e la Puglia, i poteri sostitutivi straordinari affidati al Governo avrebbero contrastato con le ipotesi tassative di attivazione degli stessi contenute nell'art. 120 Cost. A detta della ricorrenti, infatti, le disposizioni impugnate avrebbero introdotto «un meccanismo di superamento unilaterale ed autoritativo del dissenso regionale in ordine all'intesa».

La Corte, riconoscendo che la vertenza aveva ad oggetto una materia di potestà legislativa concorrente, ha riconosciuto la sussistenza del binomio «attrazione in sussidiarietà-raggiungimento dell'intesa con la regione». Il legislatore delegato, hanno argomentato i giudici costituzionali, ha compiutamente disciplinato l'ipotesi del mancato raggiungimento dell'intesa prevedendo una prima fase in cui viene nominato *ad hoc* il Comitato interistituzionale ed una seconda in cui un decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri a cui prende parte il Presidente della regione interessata, sostituisce l'intesa.

La «chiamata in sussidiarietà» delle funzioni in materia di energia nu-

<sup>32</sup> Per un'analisi della disciplina contenuta nel decreto attuativo, si veda L. Ammannati, M. De Focatiis, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. n. 31/2010*, disponibile sul sito [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>33</sup> Sulla nozione, si rimanda a C. Barbati, *I poteri sostitutivi*, in *Il decentramento amministrativo: la complessa attuazione del d.lgs. 112/1998*, a cura di G.C. De Martin et al., Rimini, Maggioli, 2000, 89-102.

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

clear, così come chiarito dalla sentenza n. 278/2010, si è resa necessaria in base ad una precisa scelta di politica energetica. La Corte ha implicitamente sostenuto che le ipotesi di attivazione di poteri sostitutivi atipici, cioè non contenute nel testo della Costituzione, ricorrono nel caso in cui «si determini un insuperabile stallo» decisionale. Al legislatore, a fini di legittimità della scelta normativa, è bastato prevedere l'attivazione di un procedimento finalizzato ad ulteriori trattative e la costituzione di un comitato terzo, nominato dallo Stato e dalle regioni in maniera paritaria. Le disposizioni impugnate dalle regioni non prevedono un superamento «secco», un automatico trasferimento del potere decisorio dalle regioni allo Stato in casi di mancato raggiungimento dell'accordo, bensì consentono ulteriori trattative istituzionalizzate.

Per quanto attiene al funzionamento del Comitato, questo è previsto mediante un decreto del Ministro dello sviluppo economico, previo parere della Conferenza unificata<sup>34</sup>. Le istanze e gli interessi regionali sono «sufficientemente tutelati» dall'espressione del parere preventivo. La Corte ha ribadito in più circostanze, ad esempio nel «Considerato in diritto» della sentenza n. 33/2011, che tali previsioni sono risultate rispettose del sistema regionale, adeguate e non lesive dell'autonomia delle regioni, tutelanti gli interessi locali<sup>35</sup>. Inoltre, i giudici costituzionali hanno più volte affermato che l'adeguato coinvolgimento regionale risiede nella previsione che la mancanza dell'accordo non prevede l'automatico trasferimento del potere decisorio in capo allo Stato, ossia nessun «superamento secco del dissenso regionale», bensì l'attivazione di un procedimento curato da un soggetto terzo nominato dalle parti in maniera paritaria.

### **7. L'interesse nazionale e le scelte di politica energetica oltre il referendum abrogativo**

Al n. 12 del «Considerato in diritto» della sentenza n. 278/2010, la Consulta ha richiamato la ben nota sentenza n. 303/2003 che inverte l'eclissi dell'equazione elementare «interesse nazionale–competenza statale» a seguito della riforma costituzionale del 2001<sup>36</sup>. I limiti alla competenza legi-

<sup>34</sup> Per un recente profilo generale, G. Carpani, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione a oggi*, Bologna, Il Mulino, 2006.

<sup>35</sup> Sull'opportunità del sistema dei poteri sostitutivi, si veda A. Tonetti, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5 ss.

<sup>36</sup> Sul venir meno dell'interesse nazionale in seguito alla riforma del Titolo V, Parte II,

slativa regionale possono essere riconosciuti in forza dell'esercizio di specifici poteri legislativi statali assegnati dalla Costituzione stessa. La scelta del legislatore di rilanciare lo sviluppo delle fonti energetiche nucleari<sup>37</sup> attiene, secondo la Corte, alla materia concorrente della produzione di energia. Tuttavia, se l'interesse nazionale non rappresenta più la linea di confine tra competenza legislativa statale e regionale, lo è la scelta politica, rappresentativa essa stessa di un interesse nazionale forte<sup>38</sup>.

A riprova di quanto appena affermato, va rilevato che i giudici costituzionali hanno già riconosciuto, con la sentenza n. 383/2005, che «l'espressione utilizzata nel terzo comma dell'art. 117 Cost. deve ritenersi corrispondente alla nozione di "settore energetico" di cui alla l. n. 239 del 2004, così come alla nozione di "politica energetica nazionale" utilizzata dal legislatore statale all'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112». Appare evidente che la stessa Corte costituzionale abbia utilizzato un criterio definitorio dettato dallo stesso legislatore statale del 1998 al fine di dare legittimità costituzionale alle scelte di politica energetica, oggetto di specifica tutela e rifulite sotto l'ombrello delle materie concorrenti. Le scelte inerenti la produzione di energia sul territorio nazionale, così come gli interessi statali sottesi, sono condensate nei nuovi principi fondamentali della materia, adeguati, secondo la Corte, alle evidenti specificità di questo settore.

Come già ribadito<sup>39</sup>, la Consulta non dubita che l'individuazione e la concreta realizzazione di interventi strategici nel settore energetico possano essere effettuate a livello centrale con l'utilizzo di specifici poteri amministrativi, finanche straordinari, in materie di competenza concorrente<sup>40</sup>.

La Corte, in conclusione, ha fatto leva sulle argomentazioni sommariamente esposte per affermare che le norme che disciplinano la costruzione

della Costituzione, è scettico A. Barbera, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, 345 ss. Di diverso parere C. Pinelli, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 194 ss.

<sup>37</sup> F. Iaccarino, *Nuclear renaissance in Italy. Maintaining momentum*, in *Nea Nuclear Law Bulletin*, 2010, n. 1, 3 ss.

<sup>38</sup> Sugli interessi alla base delle scelte di politica energetica, si veda C. D'Orta, *La programmazione energetica*, in *Il governo dell'energia*, a cura di S. Cassese, Rimini, Maggioli, 1992.

<sup>39</sup> Si veda, in particolare, il n. 4 del «Considerato in diritto» della sentenza n. 215/2010.

<sup>40</sup> *Ex multis*, F. Donati, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2007, e *Il governo dell'energia tra stato e regioni*, a cura di D. Florenzano e S. Manica, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Trento, 2009.

## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica nucleare, allorché prevedono poteri di tipo sostitutivo al fine di superare il mancato raggiungimento delle necessarie intese con gli enti coinvolti nel procedimento di autorizzazione unica ed i criteri per la definizione delle tipologie di impianti di produzione<sup>41</sup>, non sono costituzionalmente illegittime. L'opposizione potenziale degli interessi regionali con quelli statali, e la contesa che deriva nelle sedi istituzionali previste dal legislatore nazionale, viene evidentemente risolta a favore dei secondi.

A riprova della forte persistenza, almeno fino all'abrogazione della disciplina per effetto del referendum, di un interesse nazionale circa il ritorno al nucleare, così come della sua incerta definizione, curioso è l'intervento di Enel s.p.a. nelle more del giudizio di costituzionalità sulla legge delega (sentenza n. 278/2010): sebbene questo sia stato giudicato inammissibile dalla Corte, contiene elementi utili a far comprendere la temperie politica sottostante agli interessi dello Stato sul tema. Secondo il principale fornitore di energia elettrica in Italia, l'energia nucleare atterrebbe ad un ambito materiale «che pone questioni ben più articolate e complesse di quelle volte all'astratta soluzione delle incertezze definitorie in ordine ai confini tra competenze legislative regionali e statali». L'eventuale scure dell'incostituzionalità sulla legge delega avrebbe impedito a Enel di soddisfare «interessi che trascendono la sfera meramente privata per assurgere ad una dimensione spiccatamente pubblicistica». Oscuri rimangono, pertanto, i contorni dell'interesse nazionale di cui si discute: si tratta dell'interesse alla diversificazione delle fonti di produzione energetica, nonché ai benefici per gli utenti finali, oppure di un più generico interesse industriale ritenuto strategico?

A fronte della giurisprudenza costituzionale in materia, l'impianto normativo come detto, supera pienamente il vaglio della Consulta che, tuttavia, ha riconosciuto la necessità che eventuali interventi urgenti in materia di energia siano condotti con risorse finanziarie statali e che la disciplina di attuazione debba necessariamente prevedere l'acquisizione di un parere della regione interessata dall'installazione di nuovi impianti nucleari, anteriormente all'intesa con la Conferenza unificata, in merito all'autorizzazione unica. A ciò si affianca un giudizio forte sull'adeguatezza del coinvolgimento regionale in merito a tutte le fasi di costruzione e gestione degli impianti e all'impossibilità che le regioni interessate possano sottrarsi al sacrificio imposto dalle scelte di politica energetica statale.

<sup>41</sup> Art. 25, c. 2, lett. g), h) e f), e art. 26, c. 1, l. 23 luglio 2009, n. 99.

Il piano della contesa si è spostato dal piano squisitamente costituzionale a quello referendario. Con la sentenza n. 28/2011, la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità del referendum abrogativo<sup>42</sup> avente ad oggetto le norme fondamentali del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, della legge delega sulla disciplina del nucleare e del relativo decreto attuativo<sup>43</sup>. La Corte ha stabilito che, in primo luogo, né le norme comunitarie né quelle internazionali contengono un preciso e circostanziato obbligo di realizzare o mantenere in esercizio impianti nucleari<sup>44</sup> e che, in secondo luogo, il referendum è non manipolativo poiché mira ad ottenere l'ablazione della nuova disciplina della produzione di energia nucleare.

Con il d.l. 31 marzo 2011, n. 34 (cd. decreto «*omnibus*»), il Governo ha disposto la sospensione dell'efficacia delle norme del decreto attuativo<sup>45</sup>, salvo quella delle norme inerenti la localizzazione, costruzione ed esercizio del Parco tecnologico e del deposito nazionale (art. 5, c. 2), attività esclusiva

<sup>42</sup> Sulla conformità della richiesta di referendum popolare, si era pronunciato l'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione, con l'ordinanza 6-7 dicembre 2010.

<sup>43</sup> Il referendum è stato indetto dal d.P.R. 23 marzo 2011.

<sup>44</sup> Da un lato, le norme del Trattato Euratom, la cui interpretazione è stata oggetto della sentenza della C. cost. n. 278/2011, non impongono agli Stati di dotarsi di impianti nucleari. Una volta effettuata tale scelta, gli Stati saranno obbligati a proteggere l'ambiente e la popolazione secondo specifici criteri di sicurezza standard. Dall'altro, il Trattato di Lisbona ha introdotto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea un Titolo dedicato all'energia: questo dispone che ogni Stato membro mantenga assoluta discrezionalità nella scelta della propria politica energetica, delle proprie fonti e del proprio sistema di approvvigionamento, a meno che il Consiglio non deliberi all'unanimità e previa consultazione con il Parlamento europeo, con il Comitato economico e sociale e con il Comitato delle regioni. Sugli obblighi discendenti dai Trattati europei, G. Caia, *La nuova strategia nucleare e la coerenza del quadro legislativo*, in *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2011. Il diritto dell'energia nucleare*, cit., 57-58. Sulle norme del Trattato Euratom, J. Usher, *International competence of Euratom*, in *European Law Review*, 1979, 306 ss.; T.F. Cusack, *A tale of two treaties: an assessment of the Euratom treaty in relation to the EC treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, 117-142; C. Trüe, *The Euratom Community treaty's prospects at the start of the new millennium*, in *International Journal of Nuclear Law*, 2006, 247-260; A.A. Fatouros, *An international legal framework for energy*, in *Recueil des cours*, 2007, 355 ss.

<sup>45</sup> Artt. 3-24; 30, c. 2; 31; 32, d.l. 15 febbraio 2010, n. 31. Il decreto è stato modificato dal d.lgs. 23 marzo 2011, n. 41, recante «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 15 febbraio 2010, n. 31, recante disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché benefici economici e campagne informative al pubblico, a norma dell'articolo 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99.»



## la contesa tra stato e regioni per il nucleare

dello Stato sulla cui competenza legislativa ed amministrativa la Corte costituzionale si è pronunciata in maniera netta. La sospensione, secondo quanto disposto dal decreto, avrebbe avuto effetto fino al 31 marzo 2012. L'orientamento del Governo di sospendere *sine die* il programma di rilancio del nucleare è stato espresso dal Consiglio dei ministri<sup>46</sup>. In sede di conversione del decreto, l'art. 5 è stato emendato: la moratoria nucleare è stata sostituita da una dettagliata abrogazione di norme relative alla realizzazione degli impianti nucleari.

L'approvazione della legge di conversione del decreto «*omnibus*», su cui il Governo ha posto la questione di fiducia in occasione del voto alla Camera del 25 maggio 2011, non ha vanificato il referendum abrogativo, svoltosi il 12 e 13 giugno 2011. Sebbene non abbiano beneficiato di particolari forme di partecipazione<sup>47</sup> alla definizione del programma di «rilancio del nucleare», la definitiva affermazione o negazione dell'interesse nazionale al nucleare è stata stabilita, alla fine, dagli stessi cittadini, che si sono pronunciati per l'abrogazione della disciplina<sup>48</sup>. Inoltre, il legislatore ha cercato di fare un deciso passo indietro sulla scelta di politica energetica oggetto della contesa, riportando l'assetto degli interessi strategici allo *status quo ante*. Ciò nonostante, l'Ufficio centrale per il referendum costituito presso la Corte di cassazione si è pronunciato sull'attualità del referendum il 1° giugno 2011<sup>49</sup>.

Sul rapporto tra interessi dello Stato in tema di energia, delle autonomie e dei cittadini, l'esempio tedesco si è dimostrato un efficace mezzo per coniugare interesse nazionale e partecipazione in merito a scelte che impongono, allo stesso tempo, rischi<sup>50</sup> e benefici per la comunità. La Germa-

<sup>46</sup> Nel «Documento di economia e finanza 2011, sez. III, Programma nazionale di riforma», deliberato dal Consiglio dei ministri il 13 aprile 2011, si legge che «La profonda riflessione che si è aperta a livello europeo e anche mondiale sulla sicurezza dell'energia nucleare a seguito della tragedia di Fukushima in Giappone ha indotto il Governo, pur ritenendo che non siano venute meno le ragioni che avevano portato a riconsiderare l'opzione nucleare, a non procedere, per il momento, all'attuazione del programma nucleare fino a che le iniziative già avviate al livello di Unione europea non forniranno elementi in grado di dare piene garanzie sotto il profilo della sicurezza».

<sup>47</sup> Sulla partecipazione delle regioni nelle sedi istituzionali quale «surrogato» di quella delle popolazioni interessate, G. Napolitano, *Il nucleare come fattore di innovazione istituzionale*, in *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2011. Il diritto dell'energia nucleare*, cit., 310.

<sup>48</sup> La risposta affermativa al terzo quesito referendario, riguardante l'abrogazione delle nuove norme in materia di produzione di energia nucleare, ha conseguito il 94,05% delle preferenze, per un totale di 27.624.922 voti affermativi.

<sup>49</sup> La Corte di cassazione ha infatti trasferito il quesito dalle norme abrogate a quelle residue (art. 5, c. 1, d.l. 31 marzo 2011, n. 34, convertito dalla l. 26 maggio 2011, n. 75)

<sup>50</sup> A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 133 ss.

nia, infatti, ha scelto con ferma determinazione la via costituzionale per stabilire i confini delle competenze legislative, il bilanciamento degli interessi in gioco, il rapporto tra scelte politiche ed istanze diffuse<sup>51</sup>. La via meno impervia del giudizio di costituzionalità<sup>52</sup>, o quelle politicamente più instabili del voto parlamentare su legge ordinaria o dell'abrogazione per via democratica diretta, sono state opportunamente scartate.

*Abstract*

*The Italian Constitutional Court evaluated the new legal discipline of nuclear energy balancing national and regional interests in energy policy. The Constitutional Court's decisions brought out the prevalence of national interests over local ones, the constitutional legitimacy of the procedures for horizontal collaboration between the State and the regions and of the substitute power in case of «regional veto».*

*In particular, the Court, by decision n. 215/2010, declared Art. 4(1, 2, 3 and 4) of Decree-Law n. 78/2009 (converted by Law n. 103/2009) to be unconstitutional because, by contravening Arts. 117.3, 118.1 and 118.2 of the Italian Constitution, the State put private economic operators in charge of the construction of new nuclear plants. The State, as the Court affirmed, is responsible of the unitary exercise of the normative power for such a strategic task.*

*Moreover, by decision n. 331/2010, declaring some regional norms unconstitutional, the Court established that the Region cannot challenge decisions of the State which deal with national production, transport, and distribution of energy, or which concern the protection of the environment. As decision n. 331/2010 established, a Region is not free to deny approval for the siting of new nuclear plants within its territory.*

<sup>51</sup> Il *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 28 agosto 2006 ha emendato la Costituzione federale: le competenze legislative in materia di energia nucleare sono passate dalla potestà concorrente a quella esclusiva dello Stato federale che ha amplissima facoltà di esercitarle a prescindere dall'approvazione del *Bundesrat*. Impregiudicata è rimasta la possibilità di delegare (*Bundesauftragsverwaltung*) i singoli *Länder* ad attuare la disciplina generale della produzione di energia elettrica da fonte nucleare, di cui lo Stato federale controlla l'adeguatezza, la proporzionalità e la legittimità. I singoli *Länder* possono poi legiferare nella misura in cui lo Stato federale non abbia esercitato la competenza tramite legge.

<sup>52</sup> V. il documento, redatto dall'Ocse, *Nuclear Legislation in OECD Countries, Regulatory and Institutional Framework for Nuclear Activities – Germany*, 2011, in part. 4 ss., disponibile sul sito [www.oecd-nea.org/law/legislation](http://www.oecd-nea.org/law/legislation).

## **la contesa tra stato e regioni per il nucleare**

*The legal regime of cooperation in siting matters, setting out by Law n. 99/2009 and especially by Legislative Decree n. 31/2010, was declared constitutional by decision n. 278/2010. Nevertheless, decision n. 33/2011 declared Art. 4 of Legislative Decree n. 31/2010 to be unconstitutional: the Single Authorization cannot be issued unless the Region involved in the siting procedure expresses its own non-binding opinion. Stated briefly, a Region cannot deny the siting of new nuclear plants contrary to the decision of the State; however, in light of the principle of fair cooperation, the involved Region must express its opinion.*

*Despite a specific abrogation coming from the Italian Parliament, the popular referendum of June, 12 and 13, 2011, deleted all the key-norms of the new Italian nuclear regime. The abrogation did not erase the legacy of the Constitutional Court in terms of energy policy and national interests, relations between different levels of government, institutional forms of collaboration and their decisional limits.*



CONSIGLIO DI STATO, sez.VI, 9 febbraio 2011, n. 876.

*L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) ha il potere di determinare i criteri per la negoziazione dei prezzi di cessione del gas naturale sottoposti al regime di sorveglianza.*

*Le dinamiche della concorrenza e la tutela dell'utenza finale devono essere salvaguardate dall'Autorità anche nei settori interamente liberalizzati. La liberalizzazione, proprio perché non comporta il passaggio alla concorrenza in maniera automatica, deve essere accompagnata proprio dall'Aeeg che ha, tra i suoi compiti, quello di tutelare la concorrenza fino al momento in cui la formazione dei prezzi avverrà con meccanismi di mercato.*

*Non è fondata la pretesa dell'Autorità di escludere da qualsiasi protezione i dati relativi all'esercizio dell'attività imprenditoriale poiché la suddetta è in contrasto con l'art. 13, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217. Il comma 2, infatti, limita l'accesso a informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario.*

*In generale, una parte non può rifiutarsi di garantire l'accesso agli atti e di fornire la documentazione richiesta ad una autorità di regolazione invocando lo "schermo" rappresentato dai propri rapporti negoziali con terzi. La soluzione contraria consentirebbe di non ottemperare la richiesta opponendo semplicemente la provenienza dei dati da soggetti terzi, non vincolati dalla disciplina nazionale.*

MARIA DE BENEDETTO

## LA "GIUSTA MISURA" DELLA REGOLAZIONE

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La decisione del Consiglio di Stato. – 3. Le questioni rilevanti: *quomodo* e *quantum* della regolazione. – 4. Le alternative regolatorie entrano nel procedimento: consultazione e analisi d'impatto della regolazione. – 5. Giustificazione, supervisione e "giusta misura" della regolazione.

### 1. Il fatto

Il 14 ottobre 2004 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) ha adottato la delibera n. 178 con cui avviava il procedimento di revisione delle modalità di aggiornamento della componente da riconoscere agli operatori

del settore per la copertura dei costi di approvvigionamento della materia prima (gas)<sup>1</sup> aprendo, altresì, un più ampio processo di consultazione<sup>2</sup>. Nell'ambito del procedimento, con successiva delibera n. 188/2004 l'Aeeg ha avanzato una richiesta di informazioni e documenti alle imprese operanti nel settore, per una verifica delle condizioni di approvvigionamento del gas naturale sui mercati internazionali.

La seconda delibera è stata oggetto di numerose impugnative. Le imprese regolate hanno adito il Tar Lombardia eccependo diversi profili d'illegittimità: la brevità del termine riconosciuta per ottemperare alla richiesta di informazioni e documenti; l'eccessiva ampiezza delle informazioni richieste; la disparità di trattamento con altre, analoghe situazioni verificatesi in precedenza.

Il Tar Lombardia, con sentenze «identiche nel tessuto motivazionale»<sup>3</sup>, ha in parte accolto la posizione delle imprese annullando parzialmente la delibera n. 188/2004. In particolare, l'annullamento si è diretto alle richieste di informazioni indicate ai punti *a)* e *b)* dell'allegato A alla delibera, riguardanti la connotazione dei contratti in corso e i prezzi base acquisto *Fob* (*free on board*)<sup>4</sup>. Anche se non sensibili, queste informazioni sono, infatti, state considerate dati attinenti alla sfera commerciale delle imprese e pertanto reputati non necessari all'esercizio del potere regolatorio (come definito all'art. 2, l. n. 481/1995), oltre che espressione di una richiesta istruttoria sproporzionata (ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 196/2003, codice in materia di protezione dei dati personali). Diversamente, le richieste dell'Aeeg relative alle altre informazioni che erano state oggetto della delibera sono state considerate pienamente legittime, in quanto funzionali all'esercizio dei poteri di regolazione dell'Autorità.

A seguito dell'annullamento parziale, in Consiglio di Stato sono stati

<sup>1</sup> In particolare, l'Aeeg definisce le condizioni economiche di fornitura per i clienti in regime di tutela, e nell'ambito di questa attività ha avviato un procedimento per la «formazione di provvedimenti in materia di revisione delle modalità di aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale, in funzione delle condizioni del suo approvvigionamento sui mercati internazionali».

<sup>2</sup> Il processo di consultazione è stato avviato con delibera del 30 novembre 2004, n. 209, e riguardava l'«Aggiornamento della componente materia prima delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale e revisione del corrispettivo variabile relativo alla commercializzazione all'ingrosso».

<sup>3</sup> Tar Lombardia, sentenze n. 4273, 4274, 4275, 4276, 4830 del 2005.

<sup>4</sup> Il punto *a)* era relativo al «fornitore, data di attivazione, durata del contratto (annuale o pluriennale) e punto di consegna della fornitura». Il punto *b)*, al «prezzo base di acquisto *Fob* con indicazione della data di riferimento».

## la “giusta misura” della regolazione

presentati diversi appelli, tanto dall’Aeeg che dalle imprese, appelli poi riuniti ai sensi dell’art. 96 del codice del processo amministrativo.

Dal punto di vista dell’Aeeg, la delibera impugnata sarebbe stata pienamente legittima, in quanto attuativa di precedente delibera (la già richiamata n. 178/2004) e in quanto necessaria all’esercizio del potere di revisione delle modalità di aggiornamento della componente materia prima, per cui era necessario verificare le condizioni di approvvigionamento sui mercati internazionali del gas. Le informazioni previste nell’allegato alla delibera n. 188/2004 (allegato A, punto 1, lett. *a*) e *b*), erano – secondo l’Aeeg – indispensabili per l’esercizio del potere di regolazione, e dunque potevano essere richieste ai sensi dall’art. 2, c. 12, lett. *g*)<sup>5</sup>, e c. 20, lett. *a*)<sup>6</sup>, della l. n. 481/1995.

Dal punto di vista delle imprese, invece, la delibera sarebbe stata illegittima anche nelle parti non censurate dalla sentenza del Tar Lombardia. In particolare, veniva lamentata la scarsa protezione accordata alla componente prezzo *FOB* che – anche a seguito all’annullamento delle lett. *a*) e *b*) dell’allegato A, punto 1, della delibera Aeeg – sarebbe stato comunque ricostruibile attraverso un procedimento matematico. Le imprese hanno inoltre eccepito che l’Aeeg era, in passato, ricorsa a fonti di informazione alternative proprio al riguardo del costo della materia prima (delibera n. 52/1999). Ancora, è stata lamentata l’extrapetizione della sentenza con riguardo al riferimento ai dati e alle informazioni coperte dalla riservatezza. Infine, è stato notato che le imprese le quali avessero reso all’Aeeg le informazioni richieste avrebbero, tra l’altro, fornito dati relativi a operatori esteri i quali non sono soggetti alla regolazione dell’autorità nazionale e ben avrebbero potuto non essere d’accordo con la diffusione di informazioni che li riguardassero.

Alcune tra le imprese appellanti, comunque, di fronte all’annullamento parziale della sentenza in primo grado avevano provveduto a comunicare all’Aeeg i prezzi medi, ma secondo modalità tali da non rivelare i prezzi base, senza però riuscire ad evitare l’apertura di un procedimento sanzionatorio da parte della stessa Aeeg<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Con cui sono attribuiti poteri istruttori all’Autorità che «controlla lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili [...]».

<sup>6</sup> «Per lo svolgimento delle proprie funzioni, ciascuna Autorità: a) richiede, ai soggetti esercenti il servizio, informazioni e documenti sulle loro attività».

<sup>7</sup> Sulle sanzioni a tutela dei poteri istruttori dell’A, v. R. Perez, *Informazione e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1997, 647 ss.

## 2. La decisione del Consiglio di Stato

Gli appelli presentati e riuniti riguardavano essenzialmente tre questioni: le modalità di aggiornamento del costo della materia prima e le tariffe di fornitura del gas naturale; l'obbligo di trasmettere informazioni sui prezzi medi mensili; la richiesta di informazioni agli importatori di gas naturale.

La conclusione cui il Consiglio di Stato (con sentenza della VI sezione, 9 febbraio 2011, n. 876) perviene è di conferma della sentenza del Tar Lombardia (che viene giudicata «equilibrata») e di rigetto degli appelli presentati.

Una prima serie di argomentazioni si concentrano sulla sussistenza del potere regolatorio dell'Autorità: tanto gli appelli principali che quelli incidentali sarebbero al riguardo infondati e pertanto sono stati respinti. Infatti, il potere istruttorio esercitato dall'Aeeg sarebbe strumentale all'esercizio del potere di regolazione (che come noto opera in una condizione di asimmetria informativa del regolatore nei confronti del regolato). Questo potere non sarebbe, peraltro, limitato dall'intervenuta liberalizzazione, anzi sarebbe pienamente sussistente anche nei settori liberalizzati «affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione dei prezzi in una reale competizione»<sup>8</sup>.

Una diversa serie di argomentazioni si concentra sul *quomodo* del potere regolatorio. Da questo punto di vista, il Consiglio di Stato non ha mancato di riconoscere alcune delle ragioni poste a fondamento degli appelli presentati dalle imprese. Così, ha riconosciuto che l'Autorità di regolazione deve tenere presente, nell'esercizio dei suoi poteri, la natura riservata o commerciale di alcune informazioni (come, peraltro, già affermato con la sentenza Consiglio di Stato, VI, 9 gennaio 2004, n. 14).

Il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del Tar Lombardia e rigettando gli appelli, ha inteso muoversi lungo una linea di prudenza ed equilibrio. L'impianto sostanziale della delibera AEEG viene fatto salvo, e pertanto si conferma che le imprese non possono rifiutarsi di fornire dati e informazioni che siano strumentali all'esercizio del potere di regolazione. Per altro verso, il Consiglio di Stato conferma l'esistenza di vincoli di pro-

<sup>8</sup> Così già Consiglio di Stato, VI, 5 giugno 2006, n. 3352.



## la “giusta misura” della regolazione

porzionalità nell’esercizio del potere istruttorio strumentale alla regolazione, sulla linea di un filone giurisprudenziale che era stato ben espresso dalla sentenza Consiglio di Stato, VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

### 3. Le questioni rilevanti: *quomodo* e *quantum* della regolazione

La sentenza annotata si presta a considerazioni, per la verità più relative al *quomodo* che all’*an* del potere regolatorio esercitato dall’Autorità. In seguito, si vedrà, anche consentendo di trarre alcune conclusioni relativamente al *quantum* della regolazione.

Non è, infatti, oggetto di una vera contestazione che l’Autorità disponga del potere di regolare all’interno dei settori liberalizzati: infatti, la regolazione è necessaria proprio nei settori liberalizzati, quale strumento in grado di accompagnare il mercato verso un assetto concorrenziale<sup>9</sup>.

Né sono realmente in discussione il fondamento o l’esercizio di poteri istruttori, a protezione dei quali sono previste specifiche sanzioni<sup>10</sup>.

Anche la questione attinente alla riservatezza dei dati di natura commerciale, quali dati che limiterebbero il potere di regolazione, appare tutto sommato secondaria<sup>11</sup>.

Di certo interesse è, piuttosto, la riflessione intorno al modo in cui sono stati esercitati i poteri di regolazione. Si è, infatti, lamentato un “ardore” (o “fervore”) regolatorio che avrebbe caratterizzato l’attività dell’Aeeg

<sup>9</sup> Sul punto v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D’Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 11 ss.; v. anche R. Caiazza, *Antitrust. Profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2007, 23 ss.V., in generale, F. Di Porto, *La regolazione “geneticamente modificata”: c’è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 947 ss.; v., inoltre, F. Fracchia, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Dir. econ.*, 2007, 634 ss., il quale in proposito richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 5 maggio 2006, n. 3352. Al riguardo, v. G. Simone, *Processo di liberalizzazione del mercato interno del gas naturale in corso: come cambia il potere regolatorio dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Foro amm. – CdS*, 2007, 1023 ss. Sul punto, v. anche V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D’Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, 98 ss. Per considerazioni di ordine generale sul rapporto fra liberalizzazioni e regolazione, v. M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, 34 ss.

<sup>10</sup> Cfr. M. De Benedetto, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, 203.

<sup>11</sup> Cfr. C. Belella, *Il potere regolatorio delle Autorità indipendenti e il diritto alla riservatezza*, in *Rass. trim. – Osservatorio Air*, aprile 2011, 31 ss.

per alcuni anni<sup>12</sup>. In questa stagione, si sarebbe concretizzato il rischio – sempre presente – di “abuso” del ruolo di regolazione, di eccesso nell’uso dei poteri attribuiti<sup>13</sup>. Il rapporto tra regolatore e regolato è stato informato ad un certo grado di tensione che – in un circolo vizioso – a partire dal “clima delle procedure” o, in altri termini, dalla *fairness* procedurale<sup>14</sup>, si è trasferito nel livello di contenzioso, complice la rilevanza degli interessi economici in gioco<sup>15</sup>. Forse, proprio questo “clima” procedurale è una delle ragioni che meglio contribuisce a spiegare la lamentata sproporzione nella richiesta di informazioni alle imprese da parte della Aeeg.

Dunque, i prezzi *Fob* e le altre informazioni richieste, erano veramente indispensabili per l’esercizio del potere regolatorio? Oppure, questo avrebbe potuto utilmente essere esercitato attraverso informazioni alternative? E il giudice amministrativo quali strumenti ha a disposizione per valutare “la giusta misura” della regolazione?

Nel tessuto della stessa sentenza del Consiglio di Stato si rintracciano due diverse (e apparentemente contraddittorie) risposte. Innanzi tutto, viene richiamata la delibera dell’Aeeg n. 52/1999, con cui l’Autorità aveva a suo tempo seguito un diverso percorso ricorrendo a fonti alternative di informazione per esercitare il suo potere regolatorio: in altri termini, si sottende che l’obiettivo regolatorio poteva essere raggiunto con una diversa e meno intrusiva richiesta di informazioni. Per altro verso, nella sentenza si rammenta che con una delibera successiva dell’Autorità – la n. 89/2010 – sono state rese necessarie informazioni assai più approfondite di quelle a suo

<sup>12</sup> Di “ardore regolatorio” ha parlato M. Clarich, *Il contenuto di indipendenza delle Autorità di settore*, in S. Mariotti, P.G. Torrani (a cura di), *Energia e comunicazioni. Le Autorità indipendenti a dieci anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 432. Sul punto v. l’analisi quantitativa, anche comparata, svolta da F. Fracchia, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, cit., 635.

<sup>13</sup> Cfr. G. Simone, *Processo di liberalizzazione del mercato interno del gas naturale in corso: come cambia il potere regolatorio dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, cit., 1031.

<sup>14</sup> Cfr. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, Bologna, Il Mulino, 133, parla al riguardo di «forti tensioni con il management dell’operatore dominante che caratterizzano i primi anni di vita dell’istituzione». Sulla tutela dell’affidamento, v. A. Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, cit., 79.

<sup>15</sup> Cfr. A. Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, cit., 78.V., anche, V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 98. L’argomento, in chiave generale, è stato trattato da G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 677 ss.

## la “giusta misura” della regolazione

tempo richieste per effetto della delibera n. 188/2004<sup>16</sup>: in altri termini, l’obiettivo regolatorio è stato perseguito anche attraverso richieste istruttorie ancora più onerose.

A questo punto si pone la questione degli orientamenti della giurisprudenza riguardo alla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti e, più in particolare, riguardo all’Aeeg, che – come noto – sono stati informati ad oscillazioni «inevitabili»<sup>17</sup>, alternando “sindacato forte” e “sindacato debole”<sup>18</sup>.

Un profilo problematico che si è imposto all’attenzione di dottrina e giurisprudenza è, in proposito, quello del rapporto fra principio di legalità e “poteri impliciti”<sup>19</sup> dell’Autorità, che sarebbero stati riconosciuti dal giudice amministrativo quale necessaria estrinsecazione della funzione regolatoria in un contesto in cui il quadro delle regole non giunge mai a definire e a tipizzare compiutamente tutto il ruolo del regolatore. Il giudice amministrativo ha utilizzato al riguardo la formula «programma legislativo aperto»<sup>20</sup>, così che la potestà normativa dell’Aeeg, considerata come fondata su «formulazioni legislative generiche e indeterminate»<sup>21</sup>, potesse trovare una base legittimante. Tale orientamento non ha però rimosso l’interrogativo: «è sufficiente il compito di creare un mercato concorrenziale per rendere tipici, e perciò legittimi, i provvedimenti dell’autorità oppure è necessario

<sup>16</sup> In realtà, questo è stato l’effetto anche di ulteriori provvedimenti normativi, nel frattempo intervenuti (d.l. 1 luglio 2009, n. 78).

<sup>17</sup> G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, cit., 682.

<sup>18</sup> Cfr. V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 98 e 102. Sul punto v. F. Fracchia, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, cit., 655, ha parlato di un giudice amministrativo «molto presente ed incisivo».

<sup>19</sup> Cfr. F. Roversi Monaco, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, cit., p. 69-70, il quale sostiene che «non è interesse della stessa Autorità rivendicare poteri impliciti» (p. 70). Per una critica alla teoria dei poteri impliciti, v. E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, ivi, 177.

<sup>20</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827. Sul punto, V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., ancora 98 e 102, e F. Sclafani, L. Zanettini, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, ivi, 384.

<sup>21</sup> F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, in N. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 246. Sul problema v. anche M. Passaro, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in D. Florenzano e S. Manica (a cura di), *Il governo dell’energia tra Stato e regioni*, Università degli Studi di Trento, 2009, 89.

che i singoli provvedimenti siano espressamente nominati dalla legge?»<sup>22</sup>. Il nodo della questione sembra essere, pertanto, la difficoltà di esercitare un sindacato sull'eccesso di potere<sup>23</sup> nella materia della regolazione indipendente e di rintracciare parametri alla stregua dei quali ancorarlo.

Altre considerazioni potrebbero essere svolte, ad esempio, sul possibile uso di poteri istruttori in luogo del ricorso a una regolazione troppo intrusiva. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas può procacciarsi informazioni attraverso una pluralità di modi (comunicazioni obbligatorie di dati, richieste di informazioni, ispezioni)<sup>24</sup>. In particolare, in alcuni casi ricorrendo al controllo ispettivo (proprio per «controllare che le conoscenze comunicate o esibite siano esatte»<sup>25</sup>) si sarebbe potuto probabilmente ridurre gli oneri informativi a carico delle imprese. Nell'uso dei poteri istruttori occorre, infatti, considerare che «l'acquisizione dei dati attraverso forme di collaborazione» non può essere «data per scontata», ma dovrebbe piuttosto configurarsi come «una ipotesi cui può seguire l'esperimento anche di mezzi diversi»<sup>26</sup>.

Inoltre, potrebbe essere posto in discussione l'uso dei poteri sanzionatori, i quali rappresentano l'*extrema ratio* dell'azione regolatoria. Pur essendo stata «particolarmente attenta nel prevenire qualsiasi tentativo di elusione dei vincoli regolativi e molto severa nel sanzionare le violazioni della disciplina adottata»<sup>27</sup>, l'Aeeg ha sanzionato, nel caso che si annota, la mancata comunicazione di informazioni da parte delle imprese senza tener conto del fatto che queste avessero richiesto assicurazioni. Le imprese, infatti, erano preoccupate delle «conseguenze relative alla possibile esposizione alla altrui politica commerciale “predatoria” in ipotesi di ostensione dei medesimi dati» (Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 876/2011) e hanno portato argomenti specifici rispetto ai quali «non sono stati forniti dall'Autorità elementi contrari».

<sup>22</sup> F. Merusi, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, cit., 264.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione v. F. Ferrari, *Il principio di legalità e le autorità amministrative indipendenti: in margine all'attività di deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, Giuffrè, 2008, 620 ss.

<sup>24</sup> Cfr. R. Perez, *Informazione e autorità indipendenti*, cit., 643.

<sup>25</sup> Ivi, 644.

<sup>26</sup> Ivi, 660.

<sup>27</sup> G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 133.

## la “giusta misura” della regolazione

Ma la vera questione, come si è detto, resta quella degli *standard* normativi disponibili per il controllo giudiziale della discrezionalità, di modo che il controllo, pur mantenendosi esterno (e rispettoso dell’indipendenza dell’Autorità)<sup>28</sup> sia però un controllo penetrante, in grado tra l’altro di assolvere alla necessaria funzione di supervisione della regolazione indipendente<sup>29</sup>.

### 4. Le alternative regolatorie entrano nel procedimento: consultazione e analisi d’impatto della regolazione

In realtà, gli evocati *standard* normativi alla stregua dei quali la regolazione indipendente deve essere svolta, ci sono e si sono irrobustiti nel corso degli ultimi anni, anche venendo incontro alle richieste della dottrina di una «adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere»<sup>30</sup>. Il quadro della disciplina entro cui i poteri dell’Aeeg devono essere esercitati è ormai sufficientemente delineato e riguarda disposizioni nazionali (primarie, regolamenti dell’autorità, linee guida, ecc.)<sup>31</sup> e metanazionali (regolazioni settoriali europee che impongono puntuali vincoli procedurali e principi del procedimento)<sup>32</sup>.

A rigore, già ad oggi un caso come quello annotato dovrebbe aver perso molte delle sue ragioni d’essere. Non sono, infatti, più disciplinati i soli

<sup>28</sup> A. Travi, *Autorità per l’energia elettrica e giudice amministrativo*, cit., 74, ha, al riguardo, sostenuto che «al giudice sarebbe riconosciuto non un ruolo pervasivo, ma piuttosto un ruolo di protezione e di tutela dell’Autorità».

<sup>29</sup> Cfr. *ivi*, 84, dove si sostiene che «se la giurisdizione sugli atti di regolazione viene amputata dell’istruttoria tecnico-economica, il sindacato sugli atti dell’Autorità per l’energia elettrica e per il gas si riduce a ben poco: diventa un simulacro di giudizio».

<sup>30</sup> V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 96.

<sup>31</sup> Art. 12, l. 29 luglio 2003, n. 229; deliberazione 30 ottobre 2009 – GOP 46/2009; delibera 3 ottobre 2008, GOP 48/2008.

<sup>32</sup> I parametri alla stregua dei quali valutare la proporzionalità della regolazione sono destinati ad essere ancora arricchiti da recenti previsioni che hanno inteso estendere alle autorità amministrative indipendenti (oltre che alle regioni) l’obbligo di misurazione e riduzione degli oneri informativi, art. 6, c. 3, d.l. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106: «Nel perseguimento dell’obiettivo di riduzione degli oneri amministrativi definito in sede di Unione europea, con le risorse disponibili a legislazione vigente, le autorità amministrative indipendenti di vigilanza e garanzia effettuano, nell’ambito dei propri ordinamenti, la misurazione degli oneri amministrativi a carico delle imprese con l’obiettivo di ridurre tali oneri entro il 31 dicembre 2012, proponendo le misure legislative e regolamentari ritenute idonee a realizzare tale riduzione».

poteri in astratto dell'Autorità ma molte delle specifiche forme procedurali entro cui questi devono svolgersi. In particolare, l'istruttoria del procedimento di regolazione si è arricchita grazie a due diversi strumenti, non nuovi ma ora espressione di una più intensa disciplina della regolazione nella prospettiva della supervisione (in questo caso giudiziale).

In primo luogo, la consultazione, attraverso cui si consente la partecipazione al procedimento regolatorio dell'Aeeg. Diversamente che nella legge generale sul procedimento amministrativo (la quale esclude la partecipazione, tra l'altro, per i procedimenti che conducono all'adozione di un atto normativo, art. 13, l. n. 241/1990) la consultazione è prevista da un regolamento dell'Aeeg fin dal 1997 (art. 5, delibera n. 61/1997). Tale previsione era in linea con la peculiare disciplina dell'istruttoria delle autorità amministrative indipendenti, informata nei procedimenti singolari ad un contraddittorio più rigoroso e, nelle misure generali, ad una partecipazione dei destinatari degli effetti del provvedimento<sup>33</sup>. Con deliberazione 30 ottobre 2009 – GOP 46/2009, l'Aeeg ha però adottato una nuova disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione, più articolata della precedente. Tale regolamento prevede per gli atti di regolazione la previa diffusione di un documento di consultazione (art. 3), la possibilità per i soggetti interessati di formulare e far pervenire all'Aeeg (di regola con modalità telematiche) osservazioni e proposte (art. 4), la pubblicità del procedimento di consultazione attraverso il sito internet dell'Autorità, la motivazione dell'atto di regolazione (art. 5). Vantaggio ancora forse sottostimato della consultazione è il potenziale deflattivo del contenzioso<sup>34</sup>, la capacità di rappresentare gli interessi che si oppongono alla regola e di ponderarli gli uni alla luce degli altri.

Il secondo strumento è la più complessa Analisi d'impatto della regolazione (Air), caratterizzata da una portata applicativa più limitata della consultazione ma foriera di «prescrizioni sostanziali»<sup>35</sup>. Resa obbligatoria per le

<sup>33</sup>V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 89, osserva che gli elementi comuni alle autorità amministrative indipendenti per l'esercizio del potere normativo sono, oltre alla pubblicazione, la partecipazione e la motivazione.

<sup>34</sup>Cfr. N. Rangone, *Autorità indipendenti e Air*, in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, cit., 143, afferma che «un'analisi d'impatto non formale dovrebbe diminuire (non già aumentare) i motivi di contestazione, quanto meno perché consente ai soggetti interessati di prendere parte alla gestazione di un'ipotesi di regolazione».

<sup>35</sup>V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 96, parla al riguardo di «indicazioni specifiche circa l'oggetto, gli scopi ed interessi da curare, circa i presupposti per l'esercizio in concreto, circa gli spazi normativi da coprire».

## la “giusta misura” della regolazione

autorità amministrative indipendenti per effetto dell’art. 12, l. 29 luglio 2003, n. 229, l’Air è stata oggetto di una sperimentazione nel periodo 2005–2008 all’interno dell’Aeeg (considerata l’Autorità che meglio ha dato applicazione allo strumento della valutazione prognostica degli effetti delle regolazioni adottate<sup>36</sup>). Con la delibera 3 ottobre 2008, GOP 48/2008, l’Aeeg ha introdotto la metodologia Air adottando una Guida operativa. Specifico punto dell’eventuale Air (questa, infatti, è un passaggio istruttorio costoso e viene considerata uno strumento da adottare selettivamente e non in via generalizzata su tutti gli atti di regolazione dell’Autorità) è «l’individuazione e descrizione dei principali effetti positivi e negativi associati alle varie opzioni, per categorie di destinatari» (p. 26). Necessaria allo svolgimento dell’Air è proprio la consultazione dei destinatari della regolazione, svolta al duplice scopo di «arricchire il set informativo a disposizione del decisore» (riducendo l’asimmetria informativa tra regolatore e regolato)<sup>37</sup> e «incrementare il grado di legittimazione» delle regolazioni. Nella stessa Guida Air dell’Aeeg viene richiesto che la motivazione sia ricostruita in «dialettica con i destinatari del provvedimento» (p. 9).

Per l’una o per l’altra via (la consultazione *tout court* ovvero la consultazione all’interno dell’Air, volta alla ricostruzione dei possibili impatti della regolazione) dovrà pertanto essere registrato il punto di vista delle imprese. Nel caso in cui siano emersi profili critici della regolazione in corso di adozione (punto espressamente previsto dalla Guida Air, p. 9), l’Autorità avrà davanti a sé più possibilità: accogliere il punto di vista delle imprese (magari raggiungendo l’obiettivo regolatorio attraverso una diversa soluzione che sia stata da queste proposta), confermare il proprio punto di vista (magari attraverso una maggiore ponderazione, una diversa formulazione o la predisposizione di una motivazione più robusta), approdare ad una terza, diversa, opzione regolatoria. E, ovviamente, considerare la cd. “opzione zero”, la scelta di non intervenire con una nuova regolazione, quando le diverse alternative presentino maggiori costi rispetto allo *status quo*.

In ogni caso, anche alla luce del *set* di *standard* disponibile e delle prescrizioni che vincolano l’agire procedimentale delle autorità, deve potersi rintracciare nella motivazione della regolazione l’*adequate consideration* degli interessi in gioco, commisurata all’istruttoria svolta. In questo, la disponibilità al sindacato giudiziale del fascicolo procedimentale (quando non sia stata

<sup>36</sup> Cfr. N. Rangone, *Autorità indipendenti e Air*, cit., 144.

<sup>37</sup> Cfr. G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza dei mercati*, Bologna, Arel/Il Mulino, 2009, 51 ss.

svolta una vera e propria analisi d'impatto della regolazione) diviene fondamentale: la legittimazione della regolazione si fonda anche sulla documentazione resa disponibile per il controllo giudiziale<sup>38</sup>. Quivi è, infatti, possibile rintracciare le basi del percorso argomentativo volto a giustificare la funzione: è nel fascicolo procedimentale che potranno emergere eventuali profili di sproporzione della richiesta eccipiti nel corso della consultazione dei regolati, fonti alternative di informazione che siano state da questi indicate, pratiche diverse proposte per ridurre l'asimmetria informativa in cui opera il regolatore e che, però, non gravino oltre il necessario sulle imprese. Tutto ciò con l'obiettivo di «non imporre misure eccedenti» e perché «fra le varie possibili alternative, sia sempre imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva»<sup>39</sup>.

## **5. Giustificazione, supervisione e “giusta misura” della regolazione**

Questa sentenza, che pur giunge in un contesto regolatorio in parte mutato, pone un importante principio relativo ai rapporti tra Autorità di regolazione e imprese regolate, consentendo qualche considerazione in prospettiva, essenzialmente riguardo a tre aspetti.

Il primo aspetto è la giustificazione della regolazione adottata dall'Aeeg. Gli appesantimenti procedurali (quali sono la consultazione o l'Air), anche recentemente disciplinati, si spiegano in chiave di giustificazione delle regole – vero e proprio passaggio obbligato della regolazione – e si riflettono sull'onere di motivazione dell'atto di regolazione<sup>40</sup>. La regolazione, infatti, deve essere argomentata anche attraverso l'analisi economica degli effetti e attraverso un procedimento trasparente e partecipato, in modo da incrementare la base informativa della decisione, la legittimazione della stessa e, nondimeno diminuire il livello di contenzioso successivo all'adozione della regolazione: si tratta, insomma, «di una giustificazione non limitata all'interesse generale perseguito, ma che si estende agli strumenti scelti a que-

<sup>38</sup> Cfr. C. Coglianese, H. Kilmartin, E. Mendelson, *Transparency and public participation in the federal rulemaking process: recommendations for the new administration*, in *The George Washington Law Review*, 77, 2009, p. 927 e M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., 125.

<sup>39</sup> Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

<sup>40</sup> M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., 27 ss. e 132 ss.



## la “giusta misura” della regolazione

sto fine, nella consapevolezza che una medesima esigenza può essere soddisfatta attraverso diverse opzioni di regolazione, che incidono in modo differenziato sui destinatari e sul regolatore»<sup>41</sup>. Così, il sindacato del giudice deve dirigersi sull'istruttoria del procedimento di regolazione, onde verificarne l'adeguatezza: il livello necessario e sufficiente di istruttoria rifluisce nella sufficiente giustificazione della funzione (*adequate procedure*)<sup>42</sup> e viene ad essere definito anche grazie alla conferma in sede di sindacato giudiziale. Ne deriva un obbligo generale di «arricchimento della motivazione»<sup>43</sup>.

Il secondo aspetto riguarda la “giusta misura” della regolazione, a partire innanzi tutto da una valutazione di proporzionalità<sup>44</sup> della stessa. La valutazione relativa alla proporzionalità nell'esercizio dei poteri regolatori è stata in passato considerata «difficile e arbitraria», tanto che si è reputato «meglio [...] limitarsi a verificare l'esistenza di percorsi procedurali e motivazionali diretti ad apprezzare e, quindi, giustificare l'*an* e il *quomodo* dell'intervento regolativo»<sup>45</sup>. Ma questa prudenza – in qualche modo condizionante del sindacato giudiziale sugli atti di regolazione – era stata messa in relazione proprio alla carenza di «adeguati strumenti di analisi di impatto della regolazione»<sup>46</sup> i quali, invece, attribuirebbero al giudice amministrativo una serie di elementi utili nella verifica relativa all'eccesso di potere. Dunque, in assenza di *Air* (o, comunque, di consultazioni nel procedimento idonee a rappresentare opzioni regolatorie diverse, pur se non corredate di analisi economica), il giudice amministrativo può trovarsi nella difficoltà di ragionare in termini di eccesso di potere<sup>47</sup>, e si comprende la tendenza ad accantonare nel ragionamento giudiziale «[...] quell'accurata indagine trifasica, caratteristica del sindacato di proporzionalità»<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> N. Rangone, *Autorità indipendenti e Air*, cit., 137.

<sup>42</sup> Cfr. D.J. Galligan, *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Oxford, Clarendon, 1996, 114.

<sup>43</sup> N. Rangone, *Autorità indipendenti e Air*, cit., 151.

<sup>44</sup> Si richiama, in proposito, il lavoro di A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>45</sup> G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 133-134, e A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, cit., 81-82.

<sup>46</sup> *Ivi*, 134.

<sup>47</sup> Cfr. A. Travi, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, cit., 80.

<sup>48</sup> D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 606: questa indagine trifasica sarebbe costituita da «diversi elementi di giudizio: rispettivamente, l'idoneità (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*) della misura adottata dall'amministrazione». Il concetto di «necessario» viene spesso sintetizzato con l'espressione «imposizione del mezzo più mite» (p. 603).

Una conferma della rilevanza della proporzionalità nell'esercizio dei poteri regolatori, proprio in materia di gas, viene di recente dalla sentenza della Corte di Giustizia del 20 aprile 2010 (*Federutility ed altri contro Autorità per l'energia elettrica e il gas*): a proposito della proporzionalità degli interventi dell'Autorità di regolazione, la Corte ha affermato che «il metodo d'intervento attuato non deve eccedere quanto è necessario per conseguire l'obiettivo di interesse economico generale perseguito» e che deve, pertanto, essere «limitato, sotto il profilo della durata, a quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo da esso perseguito».

Il terzo aspetto riguarda la supervisione della regolazione, quale principio generale, valido anche per la regolazione indipendente. Se la “giusta misura” della regolazione non è semplice da individuare, è invece pacifico che la regolazione non possa rimanere priva di un qualche meccanismo di supervisione<sup>49</sup>. Ora, occorre considerare che il controllo giudiziale della funzione di regolazione rappresenta – in termini sostanziali – una supervisione della regolazione stessa ed è strettamente dipendente dalla disciplina del procedimento regolatorio. Anzi, la questione della supervisione della regolazione si sovrappone largamente a quella del controllo giudiziale, soprattutto nel caso della regolazione indipendente, in cui la supervisione del giudice costituisce l'unica forma di *oversight* puntuale. Infatti, il rapporto tra i regolatori indipendenti e il Parlamento italiano appare «ampiamente indeterminato»<sup>50</sup>, in quanto è sul punto limitato ad un obbligo di trasmissione al Parlamento in capo alle Autorità indipendenti delle «relazioni di analisi di impatto della regolamentazione» (art. 12, l. n. 229/2003).

In questa prospettiva, ben si spiega l'apertura ad un «giudizio di sostenibilità economica in relazione ai presupposti e agli effetti della pronuncia»<sup>51</sup>, anche perché sovente la tendenza al contenzioso ha contribuito a far sì che i problemi relativi alla regolazione venissero definiti per via giudiziale.

Per ragionare sulla “giusta misura” della regolazione occorre pertanto «ragionare attorno ai difetti della regolazione o su quale debba essere il suo

<sup>4</sup> Cfr. E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 180, ha sostenuto che è indispensabile che l'Autorità, nell'esercizio delle sue competenze sia soggetta «al rispetto puntuale dei canoni generali sull'uso del potere amministrativo (e, *in primis*, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità), i quali implicano – possono e devono implicare – un controllo penetrante delle sue scelte regolatorie».

<sup>50</sup> N. Rangone, *Autorità indipendenti e Air*, cit., 147.

<sup>51</sup> G. Napolitano, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, cit., 681

## la “giusta misura” della regolazione

contenuto più opportuno per risolvere problemi che, per usare la fortunata formula di Calabresi, si preannunciano “tragici”<sup>52</sup>. Merita però di essere ricordato che la “giusta misura” della regolazione viene condizionata anche da fattori di natura organizzativa<sup>53</sup>. Un elemento in grado di incidere, ad esempio, riguarda la formazione e la funzionalità del collegio dell’autorità di regolazione. Le note vicende che hanno, infatti interessato l’Aeeg hanno accentuato una personalizzazione della funzione regolatoria, riducendo i benefici normalmente collegati alla collegialità delle pronunce e, da ultimo, imponendo una brusca modificazione degli orientamenti dell’Autorità. Diversamente, il mantenimento della regolarità della composizione, la sostituzione graduale dei componenti del collegio (anche con la previsione di nomine sfalsate<sup>54</sup>), la tempestività nei procedimenti di nomina e la riduzione di situazioni di *prorogatio*, potrebbero contribuire alla costruzione di un ambiente regolatorio più stabile ed equilibrato, in grado anche di temperare eccessi o difetti di regolazione e con ciò spingere verso la “giusta misura” della regolazione.

### *Abstract*

*The article discusses issues concerning the “right size” for regulation as part of the problem of quality of regulation. Starting from an energy & gas law case (on the occasion of a judgment by the Italian Council of the State) the article analyses the problem from a regulatory point of view, in particular, regarding the question of “if and how” regulatory procedural constraints modify judicial review. In fact, the regulatory alternatives “have entered” in regulatory procedures (through consultations and impact regulatory analysis) and now they compel the Italian Regulatory Authority for Electricity and Gas to justify its decisions, to structure them in order to allow judicial oversight and – finally – to seek a proportionate degree of regulation.*

<sup>52</sup> F. Merusi, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, cit., p. 261. Sulla difficoltà a ragionare su un controllo *ab externo*, v. M. Passaro, *L’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, cit., 101.

<sup>53</sup> Sull’organizzazione quale fattore condizionante della qualità delle regole, v. M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., 27 ss. e 145.

<sup>54</sup> Sia consentito il rinvio a M. De Benedetto, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000, 99.



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANDREA BOITANI è professore ordinario di economia politica presso la Facoltà di Scienze bancarie, finanziarie e assicurative dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

GINEVRA CERRINA FERONI è professore ordinario di diritto pubblico comparato presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Firenze.

STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Economia dell'Università G. D'Annunzio di Chieti e Pescara.

MONICA COCCONI è professore associato di diritto amministrativo presso la Facoltà di Ingegneria dell'Università di Parma.

MARIA DE BENEDETTO è professore straordinario di diritto amministrativo dell'economia presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma Tre.

GIACINTO DELLA CANANEA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia dell'Università di Roma Tor Vergata.

FABIO DI CRISTINA è dottorando di ricerca in diritto ed economia presso l'Università di Siena.

MARCO DUGATO è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

ANTONIO EMBID IRUJO è *Catedrático de Derecho administrativo* presso la Università di Saragozza.

GIULIANO FONDERICO è ricercatore in istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma.

CARLO IBBA è professore ordinario di diritto commerciale presso la Facoltà di Economia dell'Università di Sassari.

FABIO MERUSI è professore di diritto amministrativo, già ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

*Nota della redazione*

Il contributo del prof. Tommaso Edoardo Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, apparso sul precedente numero di questa *Rivista* (n. 1, 2011), si intende integrato, a pag. 136, con una nota di rinvio all'articolo di Nicola Lucchi, *Francia: La legge «Création et Internet». Le censure del Conseil constitutionnel e lo Stato di diritto*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (rubrica "Telescopio"). Tale integrazione si intende riprodotta anche nell'identico contributo edito negli *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. II, 2011, anch'esso pubblicato dalla Editoriale Scientifica.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2011  
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli

