

## SOMMARIO DEL NUMERO 3/2012

### **Editoriale**

ARISTIDE POLICE.....	III
----------------------	-----

### **Articoli**

MARCO DUGATO, <i>L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico</i> .....	505
MONICA DELSIGNORE, <i>Le modalità di gestione delle farmacie comunali</i> ....	525
LORENZO PASSERI, <i>L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica</i> .....	543
LUIGI MAROTTA, <i>L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture</i> .....	569
BARBARA NERI, <i>I servizi funebri e cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione</i> .....	601
VALENTINA CINGANO, <i>L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi e la nozione di strumentalità</i> .....	637

### **Opinioni**

SERGIO MAROTTA, <i>Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum</i>	657
NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	667
INDICE ANNUALE 2012 .....	669



## **EDITORIALE**

1. Questo numero vede la luce pochi giorni dopo la conclusione delle elezioni politiche del febbraio 2013. In un ordinario contesto di avvio della nuova legislatura sarebbe stato naturale che l'Editoriale si occupasse delle prospettive che la maggioranza politica uscita dalle urne avesse in animo di riservare ai servizi pubblici, alle loro modalità di gestione, alle condizioni di erogazione alla collettività degli utenti.

La incertezza del quadro politico conseguente alla consultazione elettorale e la presenza di una chiara maggioranza politica soltanto alla Camera dei Deputati, a fronte di una polverizzazione nella distribuzione dei seggi del Senato della Repubblica, rendono vano qualsiasi tentativo di lettura prospettica e programmatica unitaria. La impossibilità di individuare con semplicità un disegno politico unitario cui guardare, tuttavia, non deve scoraggiare l'analisi ed anzi la rende tanto più necessaria in presenza di proposte politiche per molti versi contrapposte.

2. Da un lato, infatti, si è riconosciuta l'esigenza di rafforzare la titolarità e la gestione pubblica dei servizi e la necessità di ricondurre le infrastrutture al novero dei beni comuni. È così che nel programma del Partito Democratico si legge che «salute, istruzione, sicurezza, ambiente, sono campi dove, in via di principio, non deve esserci il povero né il ricco. Perché sono beni indisponibili alla pura logica del mercato e dei profitti. Sono beni comuni di tutti e di ciascuno e definiscono il grado di civiltà e democrazia del Paese». Ed in questa prospettiva, ricollegandosi alla volontà popolare espressa a mezzo dei referendum del 2011, si ribadisce «il principio dell'acqua come bene non privatizzabile» e di tale principio si fa applicazione per l'energia, il patrimonio culturale, le infrastrutture dello sviluppo sostenibile, la rete dei servizi di welfare, tutti considerati come beni comuni «che devono vivere in un quadro di programmazione, regolazione e controllo sulla qualità delle prestazioni» sulla base di chiari «parametri della gestione pubblica», ciò in quanto «in ogni caso non può venir meno una responsabilità pubblica dei cicli e dei processi, che garantisca l'universalità di accesso e la sostenibilità nel lungo periodo».

L'orientamento del Partito Democratico vede quindi nella difesa dei beni comuni «la risposta che la politica deve a un bisogno di comunità che è tornato a manifestarsi anche tra noi. I referendum della primavera del 2011 ne sono stati un'espressione fondamentale. È tramontata l'idea che la privatizzazione e l'assenza di regole siano sempre e comunque la ricetta giu-

sta. Non si tratta per questo di tornare al vecchio statalismo o a una diffidenza preventiva verso un mercato regolato. Il punto è affermare l'idea che questi beni riguardano il futuro dei nostri figli e chiedono pertanto una presa in carico da parte della comunità». In questo disegno, lo schieramento di centrosinistra vede la valorizzazione del tessuto degli enti locali come essenziale, non solo per la funzione regolativa che tali enti sono chiamati a svolgere, ma per la valorizzazione di forme di gestione diretta con «un nuovo e rigoroso investimento sul valore dell'autogoverno locale che, soprattutto nella crisi, non va visto, così come ha fatto la destra, come una specie di malattia, ma piuttosto come una possibile medicina».

Il programma dello schieramento di centrodestra ed in particolare quello del Popolo della Libertà ha una prospettiva ben diversa che propone un «rilancio dell'iniziativa di liberalizzazione e privatizzazione delle reti infrastrutturali e dei pubblici servizi, come da D.L. 138 del 13 agosto 2011» e la valorizzazione di strumenti di incentivazione fiscale e finanziaria per lo sviluppo delle infrastrutture a mezzo della finanza di progetto.

Nel programma del Popolo della Libertà quindi si ipotizza: l'uso della leva fiscale (sotto forma di credito d'imposta) per lo sviluppo delle infrastrutture e *project financing*; un Piano generale per la mobilità urbana sostenibile; il potenziamento della logistica e del trasporto merci; una nuova legge obiettivo "Infrastrutture per l'Italia"; nonché azioni mirate per snellire le procedure e approvare più velocemente le infrastrutture necessarie per il Paese. Ed ancora il Progetto "Adotta una infrastruttura" a mezzo del quale chi finanzia un progetto infrastrutturale, che figura in un elenco approvato dallo Stato, può detrarre dalle imposte il 90% del contributo e partecipare alle attività di controllo della realizzazione dello stesso.

Ed anche nella c.d. Agenda Monti, programma della lista Scelta Civica con Monti, si intravede una linea programmatica che favorisce liberalizzazioni e privatizzazioni. Vi si legge infatti che «L'anno passato ha segnato un salto di qualità negli interventi per l'apertura dei mercati e la rimozione delle barriere alla concorrenza. Le liberalizzazioni non sono state provvedimenti isolati ma parte integrante di una politica economica che ha messo al centro l'interesse dei cittadini consumatori piuttosto che quello delle singole categorie economiche o dei produttori. Ed è stata un contributo ad accrescere l'equità, favorendo gli outsiders e i nuovi ingressi nel mercato». Processi che hanno interessato diversi settori, ma per quello che a noi interessa «i mercati del gas e dei carburanti, i trasporti, le farmacie, i servizi pubblici locali».

La lista Monti ricorda come «secondo l'OCSE questi interventi hanno allentato rigidità radicate e potranno portare fino allo 0,4% di crescita in-

crementale all'anno per i prossimi dieci anni. Restano tuttavia ostacoli alla concreta attuazione delle liberalizzazioni, perché molte norme generali hanno bisogno di attuazione a livello regionale e locale. Restano ancora restrizioni in vari settori. Resta la tentazione ricorrente di reintrodurre tutele e protezioni». Ed è per questo che l'Agenda Monti vede come «necessario impegnarsi a proseguire e intensificare la politica di apertura dei mercati dei beni e dei servizi, sulla base di un adeguato processo di consultazione pubblica, nelle industrie a rete, nei servizi pubblici locali, rispettando i paletti posti dalla sentenza della Corte costituzionale». Assumendo come linea d'azione principe la «rimozione dei vincoli che limitano la concorrenza, sulla linea delle indicazioni della Commissione europea e dell'Autorità Antitrust nazionale. Bisogna fare della Legge Annuale sulla Concorrenza lo strumento regolare di una periodica azione di rimozione di vincoli e blocchi che ingessano l'economia e di maggior tutela dei consumatori. Mettere al centro della politica economica la concorrenza significa lavorare per un'economia più efficiente e innovativa, migliorando la qualità di vita e le possibilità di scelta dei cittadini consumatori».

A queste prospettive programmatiche contrapposte non molto aggiunge di specifico il programma del Movimento 5 Stelle, che annuncia azioni di forte contrasto allo sviluppo di interventi infrastrutturali, ma non delinea un compiuto programma di governo in tema di servizi pubblici.

3. In sostanza il pendolo delle idee in campagna elettorale si è disegnato, sul tema dei servizi pubblici, con il più ampio angolo di oscillazione possibile. Questo lascia intravedere che, con una serie numerosa di ripetute oscillazioni di grado sempre minore, esso tenda inevitabilmente a collocarsi al centro; ciò, alternativamente, o a causa della totale inazione politica in materia da parte dei due schieramenti (e quindi per una normale ricollocazione data dall'inerzia e quindi dall'assenza di iniziativa politica), ovvero in ragione di una puntuale opera di mediazione politica, che consenta di delineare un progetto, un disegno politico, il quale si incammini senza eccessivi scossoni sui binari disegnati dalla giurisprudenza costituzionale.

Quale che sia la ragione del ritorno del pendolo alla stasi, non pare si possano prospettare nella legislatura breve che si preannuncia grandi novità, né pare - come nella più classica tradizione del romanzo dickensiano - che si debbano nutrire grandi speranze.

*Aristide Police*



# ARTICOLI

MARCO DUGATO

## L'IMPETURBABILE STABILITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI E L'IRRESISTIBILE FORZA DELL'ENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica. – 2. La contaminazione pubblico-privato e la messa in discussione dell'ontologia societaria. – 3. La società pubblica può fallire? – 4. I rischi sottesi all'entificazione delle società. – 5. Il percorso normativo che ha condotto al *referendum*. – 6. Il tentativo (fallito) di “delocalizzare” i servizi pubblici locali.

### 1. L'onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica

In un celebre libro<sup>1</sup> del 1990 Fabio Merusi dava conto dell'instabilità sia del concetto di servizio pubblico sia del quadro normativo di riferimento. Con riferimento ai servizi pubblici degli enti locali, il periodo era in effetti di grande fermento. Di lì a poco le società si sarebbero dapprima affiancate alle gestioni interamente pubbliche, per divenire successivamente il modello organizzativo di riferimento<sup>2</sup>. In breve, sarebbe stato compiuto il passaggio alla societizzazione di tutte le gestioni<sup>3</sup>, apparendo alla gran parte dei commentatori evidente il rivoluzionario cammino dal mondo delle municipalizzate a quello delle società di capitali.

Cambiarono presto anche le espressioni ricorrenti nelle norme e nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Sempre meno si parlava di strumentalità del soggetto gestore rispetto alla finalità degli enti locali di riferimento, di doverosità del servizio, di *par condicio* degli aspiranti privati alla concessione e sempre più diffuso era il riferimento alla concorrenza, ai limiti al ricorso all'indebitamento da parte delle società, alla *governance* societaria, ai *business plan*, alla quotazione in borsa.

<sup>1</sup> F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990.

<sup>2</sup> Il riferimento è all'art. 22, l. n. 142/1990 (poi trasposto negli artt. 112 e 113, d.lgs. n. 267/2000), all'art. 12, l. n. 498/1992, all'art. 17, c. 58, l. n. 157/1997.

<sup>3</sup> Compiuta con l'ultimo testo vigente dell'art. 35, l. n. 448/2001.

Per tutti, il mondo era dunque cambiato. Ma era davvero così? Quanto era cambiato? Soprattutto, era cambiato nel profondo e nei principi? Con tutta sincerità, mi pare di no. Fino al 2011 e per quanto possa apparire a prima vista nulla più di una provocazione, il quadro di fondo è rimasto sostanzialmente immutato. La titolarità pubblica locale dei servizi, il rilievo essenziale del controllo pubblico diretto (non regolatorio), la procedimentalizzazione di ogni passaggio relativo alla gestione (dalla costituzione allo scioglimento, dalla scelta del socio privato all'irrilevanza delle clausole di prelazione, dalla definizione dei contenuti del contratto di servizio ai meccanismi di relazione tra socio pubblico e società) restavano nei tratti essenziali gli stessi delle precedenti gestioni pubbliche. Tant'è che nel 1999, Cammelli e Ziroldi mettevano in evidenza l'incompiutezza del percorso verso la privatizzazione<sup>4</sup>, rilevando che il «modello societario viene progressivamente modificato con l'inserimento di elementi squisitamente pubblicistici».

Se, in un primo momento, la pubblicizzazione sembrava innocuamente confinata ai momenti di immissione di un privato nel servizio e alla relazione ente affidante – privato affidatario, così da rendere ancor più evidente la sussistenza e la tutela della concorrenza *per* il mercato, successivamente il campo riconquistato al pubblico è divenuto assai più vasto, dapprima ricollocando nello stretto campo dell'organizzazione pubblica le società *in house providing*, per poi estendere alle società a partecipazione pubblica una parte significativa dello statuto dell'ente pubblico. Perfino le società a partecipazione mista si sono viste estendere i limiti all'assunzione di personale propri delle amministrazioni pubbliche ed imporre rigide e prefissate norme per la composizione e la retribuzione degli organi amministrativi.

Fino al 2011, a ben vedere, il dibattito e la storia dei servizi pubblici locali sono stati declinati come il dibattito e la storia delle società per la loro gestione. L'onda privatizzatrice è montata sino al culmine, per poi essere assorbita dalla risacca pubblicistica. Una risacca che ha fatto delle società le nuove aziende municipalizzate e che merita qualche considerazione, dal momento che, ad avviso di chi scrive, le ragioni della stabilità delle regole sui servizi pubblici locali si comprendono meglio alla luce della storia dell'entificazione delle società per la loro gestione.

<sup>4</sup> M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 57.



### 2. La contaminazione pubblico-privato e la messa in discussione dell'ontologia societaria

Negli ultimi anni il dibattito dottrinale sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali ha posto al centro dell'attenzione la questione della loro natura. Il tema è variamente analizzato<sup>5</sup>. Vi è chi ragiona del profondo della relazione tra forma privata e sostanza pubblica e chi semplicemente si preoccupa che la scelta della prima non determini l'elusione delle garanzie proprie della seconda. Vi è ancora chi s'interroga sui limiti ontologici dell'azione amministrativa di diritto privato e chi non teme di parlare di «diritto speciale»<sup>6</sup>, coniugando istituti del diritto societario e istituti del diritto pubblico.

Si è avuto modo di illustrare altrove le contraddizioni logico-giuridiche dei sistemi di contaminazione degli ordinamenti privato e pubblico<sup>7</sup>, che altro non rappresentano che la conseguenza dei rischi dei processi di ibridazione del diritto descritti ancora da Merusi<sup>8</sup>. Il fenomeno è comun-

<sup>5</sup> Non è qui neppure il caso di tentare una bibliografia generale sul tema delle società a partecipazione pubblica. Gli studi in materia pubblicati negli ultimi vent'anni si contano a centinaia e testimoniano, oltre che l'interesse scientifico per un tema "di confine", soprattutto il rilievo pratico delle questioni interpretative relative ad un modello organizzativo che ha conosciuto in Italia una diffusione senza pari e precedenti. Basti quindi il rinvio a M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007.

Vale la pena di sottolineare che nel dibattito giurisprudenziale del passato la questione della natura delle società non era mai stata posta, dandosi per scontato che si trattasse di soggetti di diritto privato (talvolta speciale, ma sempre privato).

Al riguardo, F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1973, 811 ss.; M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 67 ss.

<sup>6</sup> G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1979; G. Di Chio, *Società a partecipazione pubblica* (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, XIV, Torino, Utet, 1996, 163, assume che nelle società a partecipazione pubblica si sia determinata un'alterazione dello schema causale tipico delle società di capitali.

<sup>7</sup> 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 M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica cit.*, 1 ss.

<sup>8</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 27 ss.

que alimentato non tanto dalla generale diffusione dello strumento societario nell'agire dell'amministrazione, quanto da fattori più specifici e non necessariamente legati al primo. Innanzitutto, vi è la pretesa di adattare la società a qualsiasi attività (impresa, servizio o funzione) ed obiettivo<sup>9</sup>. In secondo luogo, gioca un ruolo significativo la convinzione, assai diffusa ancorché mai di recente espressa direttamente, dell'incapacità delle regole del diritto privato di garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico. In ultimo, ha esercitato un impulso, involontario ma potente, il diritto comunitario che, dovendo prescindere dalle categorie del "pubblico" e del "privato", ha finito per rafforzare il falso mito della neutralità e costringere gli operatori nazionali ad equilibrismi compositivi, come ben dimostra la vicenda delle società *in house*<sup>10</sup>.

Qualunque sia l'ottica scelta per l'analisi, resta il risultato, invero preoccupante sotto il profilo della certezza del diritto: tutte le volte che ha dinanzi una società partecipata da un ente pubblico, l'interprete è costretto ad interrogarsi sulla sua vera natura giuridica, sulle regole che ne disciplinano le assunzioni ed il *turnover*, sulla composizione dell'organo amministrativo e sul compenso dei suoi componenti, sull'applicazione attiva del patto di stabilità, sull'estensione della responsabilità amministrativa per danno erariale e sullo statuto penale degli amministratori, sull'applicazione del diritto di accesso. Non si tratta più di elementi a cui fare ricorso nel tentativo di classificare le società partecipate; non è più l'inversione (di per sé già indicativa) del metodo d'indagine scientifica, per necessità oggi induttivo. È invece un'operazione a cui è costretto l'operatore del diritto per comprendere ciò che si può e si deve, distinguendolo da ciò che è vietato. Con buona pace delle ragioni di chi con quelle società è costretto ad avere rapporti giuridici.

<sup>9</sup> Si è così alimentata «l'illusione che la società costituisse un modello *bonne a tout faire*, forte anche di un'interpretazione estrema della (vera o presunta) neutralità del modello societario e dell'irrelevanza dello scopo di lucro». Così, M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica*, cit., 10.

<sup>10</sup> Sull'incontrollato sviluppo delle tipologie societarie e sull'irrazionalità del quadro d'insieme che ne è disceso, G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Società*, 2006, 999 ss.; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.

Il percorso descritto rende ancor più centrale l'affermazione che è stata resa di recente: «un legislatore che manomette la fisionomia di un soggetto pubblico deputato alla cura di interessi generali attribuendogli fattezze e caratteristiche di un soggetto privato forse non opera una violenza alla presunta autonomia costituzionale del soggetto medesimo ma, di certo, la opera indirettamente nei confronti della soggettività privatistica che gli va a configurare e nei riguardi di tutti gli altri soggetti per c.d. originariamente privati». Così, D. Marama, *Soggetti "legali" e autonomia privati*, Torino, Giappichelli, 2012, 10.

Con ciò, si è andati ben al di là del tradizionale dibattito sull'ordinarietà o sulla specialità delle società pubbliche; non è più questione di comprendere se siano ammissibili società che, solo per la presenza di soci pubblici, siano assoggettate a norme speciali rispetto al diritto comune delle società. È invece in gioco ed in dubbio la stessa natura giuridiche delle società, tanto che, secondo alcuni, la scelta per il modello societario non è d'ostacolo per la qualificazione pubblica del soggetto<sup>11</sup>. Non è in gioco la classificazione delle società secondo lo schema ed i caratteri descritti da Cassese<sup>12</sup>, bensì l'ontologia delle società.

Le conseguenze di un'operazione ermeneutica senza precedenti in dottrina e in giurisprudenza sono forse più gravi di quelle che i sostenitori dell'entificazione delle società pubbliche hanno immaginato. Ciò, sia sotto il profilo della scienza giuridica<sup>13</sup>, sia sotto il profilo della certezza dei rapporti giuridici.

### 3. La società pubblica può fallire?

L'ultima frontiera è quella dell'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica al fallimento ed alle altre procedure concorsuali della quale si sente legittimato a dubitare chi afferma l'esistenza di enti pubblici in

<sup>11</sup> Gli studi che hanno contribuito a tracciare o a rafforzare il cammino per l'entificazione delle società partecipate dagli enti pubblici sono molti e noti. Voglio qui sottolineare il percorso originale di un recente lavoro monografico di M.G. Della Scala (*Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012), che intende dimostrare come nell'origine stessa delle società per azioni abbia giocato sempre un ruolo rilevante (e all'inizio svelato) l'interesse pubblico. Sebbene non ne condivida del tutto le conclusioni, è certo che l'ottica è di grande interesse e che alcuni dei passaggi logici siano difficili da revocare in dubbio.

<sup>12</sup> È noto che S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 221 s., ha distinto tra società interamente di diritto comune (sebbene distinguibili a loro volta in più *species*), società con regime derogatorio rispetto al diritto comune e società a partecipazione statale necessaria.

<sup>13</sup> Sotto il profilo dogmatico, ad esempio, in alcune recenti pronunce sembra che l'entificazione sia conseguenza indotta dall'assoggettamento dell'azione societaria e privatistica al principio di funzionalizzazione (Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss., con nota di G. Sigismondi). Il che appare quantomeno singolare, dal momento che la dottrina (e la giurisprudenza) ormai da vent'anni hanno chiarito che il principio di funzionalizzazione accede naturalmente anche all'azione amministrativa di diritto privato (C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996).

forma societaria. Del resto, il dato non può stupire. L'affermazione della prevalenza della sostanza (pubblica) sulla forma (privata) porta con sé l'intenzione di estendere alle società – enti pubblici non alcune norme pubblicistiche, bensì l'intero statuto dell'ente pubblico. Statuto di cui è parte, come è noto, l'impossibilità di fallire<sup>14</sup>. Così, la questione dello statuto dell'impresa pubblica assume un significato assai diverso da quello che tradizionalmente gli era attribuito<sup>15</sup>: si pretende di allontanare dall'ibridazione regolativa le società pubbliche non per ricondurle all'ortodossia della disciplina delle società, bensì per assorbirle nello statuto generale dell'ente pubblico.

In questa ottica, diviene logica e lecita la più eretica delle domande: può fallire una società pubblica? Al contempo, diventa relativa la risposta: sì, in quanto società; no, in quanto ente pubblico. Ora, si consideri che con riferimento ad alcune sole tra le società pubbliche (segnatamente quelle di gestione dei servizi pubblici), vi era stato chi aveva avanzato dubbi sull'estensione delle regole del fallimento. La dottrina a cui mi riferisco, tuttavia, aveva fondato l'assunto, prima ancora che sui caratteri peculiari del soggetto, su quelli dell'oggetto dell'attività sociale: l'esercizio di un servizio pubblico indefettibile e l'esercizio di attività differenti da quelle d'impresa<sup>16</sup>. In quella costruzione giuridica, dunque, della non fallibilità si ragiona come elemento di specialità nell'ambito dell'ordinamento generale, come in tutti i casi in cui è dato riscontrare l'assenza di un presupposto essenziale per l'applicazione delle norme sulle procedure concorsuali. Così, sono il mancato esercizio dell'attività d'impresa e l'indefettibilità imposta dalla natura di servizio pubblico delle attività esercitate a far dubitare della fallibilità del sog-

<sup>14</sup> Al riguardo, di estremo interesse è la sentenza della sezione IV civile e fallimentare del Tribunale di Palermo n. 101 del 27 gennaio 2010, che ha dichiarato il fallimento di AMIA S.p.A., società del Comune di Palermo incaricata della gestione del servizio idrico e risultante dalla trasformazione della vecchia municipalizzata. La pronuncia, dopo aver analizzato a fondo il tema dell'entificazione delle società pubblica, giunge alla condivisibile conclusione dell'applicabilità dell'istituto del fallimento alla società, dando rilievo al fatto che «è la costituzione in forma societaria per gli scopi indicati nello statuto che ha fatto acquisire ad AMIA s.p.a. la qualifica di imprenditore commerciale». Secondo il giudice siciliano, dunque, la scelta della forma privatistica e l'esercizio dell'attività commerciale determinano l'applicazione sostanziale del diritto privato.

<sup>15</sup> M. Cammelli, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1178 ss.

<sup>16</sup> G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss. Io stesso ritenni necessario approfondire gli elementi a supporto di una tesi di tal segno, facendolo tuttavia con riferimento alle sole società nate per legge e caratterizzate *per legge* come società non impresa (il rinvio è a M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.).

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

getto gestore. Non viene in alcun modo in considerazione la natura della società, nella consapevolezza che si ragiona non del mutare dello *status* generale di quest'ultima ma solo dell'applicazione delle norme sul fallimento<sup>17</sup>.

Nella ricostruzione di parte della dottrina, la sottrazione delle società alla disciplina fallimentare è la conseguenza della loro natura pubblica, non dell'insussistenza dei presupposti a cui l'ordinamento privato subordina l'applicazione di detta disciplina. È evidente il procedere del ragionamento, in parte induttivo ed in parte deduttivo: vi sono elementi in presenza dei quali l'interprete deve induttivamente concludere per la natura pubblica del soggetto a dispetto della sua forma privata; di conseguenza e affermatane così la natura pubblica, si deve deduttivamente ritenere ad esso applicabile l'intero statuto dell'ente pubblico, verificando caso per caso se le norme del codice civile siano con questo compatibili (e quindi trovino applicazione) ovvero incompatibili (e debbano tacere)<sup>18</sup>.

Ciò, volendo tacere dell'infranta certezza dei confini dello statuto penale dell'ente pubblico. La pubblicizzazione societaria si aggiunge così alle difficoltà nell'individuazione del servizio pubblico. C'è chi ha lucidamente descritto «lo stato di perdurante incertezza in cui versa la ricostruzione della qualifica di pubblico servizio agli effetti della legge penale», «dovuta anche al fatto che la materia su cui si innesta – appunto la costellazione dei servizi pubblici – è attraversata da un processo ormai conclamato di anamorfosi, che l'ha resa obliqua, sfuggente, sempre almeno in parte eccentrica rispetto al recinto significativo che la dovrebbe contenere, e al suo statuto originario»<sup>19</sup>. Non è difficile comprendere quanto l'onda dell'incertezza si faccia più alta e minacciosa se essa è destinata ad investire non solo l'oggetto (il servizio pubblico), ma anche il soggetto (la società-ente pubblico).

Il procedimento logico seguito, che continua a non apparirmi convincente, ricalca quello generale e d'impostazione classica volto all'individuazione della natura pubblica delle persone giuridiche e si fonda sull'indivi-

<sup>17</sup> Stesso discorso vale per la questione del finanziamento delle società pubbliche, che viene affrontata con attenzione alle specifiche norme proprie di ciascun mezzo di finanziamento (sempre in M. Dugato, *Il finanziamento*, cit.).

<sup>18</sup> Significativo è, al riguardo, l'argomentare della pur eccellente ricostruzione contenuta nel libro di G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. cit.*, 200 ss. Di particolare interesse è il ragionamento volto ad escludere che vi siano ragioni ostative all'applicazione delle norme contenute agli artt. 2438-2444 c.c. in tema di aumento di capitale «perché, relativamente ad esse, le fonti istitutive o costitutive non sembrano spiegare alcuna interferenza» (206).

<sup>19</sup> V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010, 150.

duazione della presenza degli indici di riconoscibilità della natura pubblica degli enti, sistemati nella celebre elaborazione di Aldo M. Sandulli<sup>20</sup>. L'interprete contemporaneo, quindi, facendo riferimento ad essi, dovrebbe verificare la sussistenza, in capo alla società, di un controllo funzionale esercitato da un ente pubblico, la preponderanza del finanziamento pubblico, la sussistenza di una finalità pubblica come oggetto sociale, l'operare secondo un'ottica differente da quella delle imprese commerciali, la sussistenza di poteri amministrativi di qualche sorta. In presenza di una molteplicità di detti indici, egli deve concludere per la natura pubblica dell'ente, non curandosi della forma giuridica con cui si presenta.

L'operazione ermeneutica basata sugli indici rivelatori conserva modernità ed utilità. Di fronte ad una dubbia natura, gli indici tradizionali ed il modo di utilizzarli sono senz'altro ancora oggi il migliore degli strumenti possibili. Tuttavia, nell'utilizzare la sistematica sandulliana sono necessarie due cautele: in primo luogo, se ne devono giuridicamente rilevanti dell'ordinamento comunitario nel frattempo sopravvenuti.

Per quanto attiene al primo profilo, non si può dimenticare che proprio Sandulli riteneva di applicare il procedimento della definizione per indici ai soli casi dubbi, vale a dire ai casi in cui la forma giuridica adottata potesse interpretarsi come compatibile tanto con la natura privata dell'ente, quanto con quella pubblica<sup>21</sup>, dovendosi invece procedere con grande cautela laddove la forma richiamasse espressamente la scelta per uno dei due ambiti. Inoltre, egli ricordava quanto rischioso fosse fidarsi della contemporanea presenza di alcuni solo degli indici, raccomandando di propendere per la qualificazione pubblica soltanto in presenza di tutti o di gran parte di essi. In ultimo e nel rispetto rigoroso del principio della supremazia della legge, egli affermava che gli indici nulla potevano di fronte alla volontà di quest'ultima: laddove il legislatore avesse espressamente mostrato di volere la natura privata dell'ente, l'interpretazione non aveva alcuno spazio.

Con riferimento al secondo profilo, non si può ignorare che alcuni degli indici di pubblicità sono divenuti, con l'affermarsi di alcuni principi e istituti comunitari, meno certi. È così per la prevalenza del finanziamento pubblico o per l'ottica non commerciale dell'attività svolta che, come noto, sono oggi caratteri propri anche degli organismi di diritto pubblico, i quali sono per loro stessa ontologia soggetti privati.

<sup>20</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982, 1, 172 ss.

<sup>21</sup> Si trattava per lo più di forme associative e consortili comuni tanto all'organizzazione pubblica, quanto all'organizzazione dei soggetti privati.

## **L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici**

Il giudice amministrativo ha saputo in molti casi adeguare al nuovo panorama la sistematica classica, dando rilievo al dato comunitario di riferimento ed alla volontà effettiva della legge. L'ha fatto, ad esempio, concludendo che le Casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in associazioni o fondazioni debbono considerarsi enti privati ai quali viene affidato lo svolgimento di un'attività pubblica e non enti sostanzialmente pubblici<sup>22</sup>.

Quando si tratta di società a partecipazione pubblica, il giudice amministrativo, accompagnato dall'intraprendente giudice contabile, si fa curiosamente più ardito e si mostra meno vincolato alla volontà del legislatore europeo e nazionale. Così, ritiene di poter affermare che in un'interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche le società che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni<sup>23</sup>.

Ora, al Consiglio di Stato, che fa riferimento agli indici di riconoscibilità (anzi, ad alcuni soltanto di essi) per giungere non alla mera affermazione dell'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica alle società partecipate dalle amministrazioni, ma all'affermazione della natura pubblica delle stesse, non pare rilevante nemmeno che la società sia stata costituita in ossequio ad una norma di legge. La società per cui la sentenza aveva riguardo, infatti, risultava dalla trasformazione di un'azienda speciale, resa necessaria dall'obbligatorietà della sostituzione delle aziende speciali con società di capitali introdotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, sulla scia del procedimento speciale di trasformazione introdotto dall'art. 17, c. 51, l. 15 maggio 1997, n. 157<sup>24</sup>. Stessa sorte è toccata alle società risultanti dalla privatizzazione degli enti economici statali.

Il giudice, dunque, di fronte alla dichiarata volontà del legislatore di sostituire il modello dell'ente pubblico economico con lo strumento privato della società di capitali, ha ritenuto di non essere vincolato da quell'espressione normativa e di essere legittimato a compiere il percorso inverso. Se il legislatore ha voluto la società al posto dell'ente pubblico, il giudice amministrativo (non seguito da quello ordinario) ha voluto l'ente pubblico al

<sup>22</sup> Sul tema si è pronunciato più volte il Tar Lazio, sempre giungendo alla medesima conclusione. L'ultima sentenza è quella della sez. III *quater*, 11 gennaio 2012, n. 224.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *Riv. amm. app.*, 2005, 342.

<sup>24</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2588.

posto della società. Dalla societarizzazione dell'organizzazione pubblica all'entificazione delle società private, dunque.

#### 4. I rischi sottesi all'entificazione delle società

Non è qui il caso di dare conto puntualmente delle critiche che voci autorevoli della dottrina hanno mosso al processo di pubblicizzazione delle società, molte delle quali incentrate proprio sulla criticità emersa nel rapporto tra volontà della legge e libertà dell'interprete<sup>25</sup>, o della contraria convinzione della Corte di cassazione<sup>26</sup>. M'interessa, invece, richiamare l'attenzione su due punti che, grazie alle teorie dell'entificazione, diventano il vero centro dell'attenzione. Il primo attiene alla *ratio* che anima quelle teorie; il secondo, ai rischi sottesi all'affermazione della natura pubblica delle società, ai quali mi pare che non sempre si dedichi sufficiente attenzione.

Una spinta determinante al ricupero della teoria degli indici rivelatori è senz'altro venuta dalla fuga dai modelli organizzativi pubblicistici. Il proliferare delle società a partecipazione pubblica (a cui deve aggiungersi il più timido ricorso alle tipologie consortili e fondazionali), sconosciuto per intensità e dimensioni agli altri stati europei, ha presto alimentato la preoccupazione che i principi e le norme di garanzia dell'interesse pubblico propri del diritto amministrativo sarebbero stati aggirati attraverso la sostituzione dei soggetti pubblici con enti privati. L'argine all'evasione dalle garanzie pubblicistiche è stato presto costituito dall'ordinamento nazionale e da quello comunitario attraverso l'estensione delle regole sugli appalti pubblici a gran parte dei soggetti privati partecipati dalle amministrazioni (non solo per mezzo dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico, ma anche attraverso norme puntuali quali quelle dettate dall'art. 32, d.lgs. n. 163/2006), delle regole in tema di accesso ai documenti amministrativi, delle regole in

<sup>25</sup> Tra tutte, F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss.; G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *MCR*, 2003, 548 ss.; Id., *Soggetti privati*, cit., 801 ss.; G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 304 ss.

<sup>26</sup> Per tutte, Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, che, nell'affrontare il tema della giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica (ed a certe condizioni riconoscendolo sussistente) ha affermato che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.



## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

tema di assunzione e *turnover* del personale, delle regole in tema di patto di stabilità interno<sup>27</sup>.

Si può quindi affermare che i rischi della fuga dalle garanzie pubbliche sono stati in buona parte scongiurati dall'espressa opera del legislatore, il quale potrebbe in futuro decidere di rendere ancora più incisiva l'estensione delle regole pubbliche all'azione privata dell'amministrazione. Il che dimostra, a mio avviso, che la pubblicizzazione della natura delle società partecipate dalle amministrazioni non può trovare la propria giustificazione nella volontà di evitare che la privatizzazione del modello giuridico si traduca nella vanificazione dei principi dell'agire pubblico. Le spinte all'entificazione sono invece più articolate, fondate su argomenti dogmatici e per ciò ancor più potenti.

La prima caratterizza diversi ambiti del diritto amministrativo e può essere espressa sinteticamente come "la prevalenza della forma sulla sostanza". Non tenterò neppure di sintetizzare l'origine e l'andamento del dibattito (filosofico prima che giuridico) in merito al rapporto tra forma e sostanza nel diritto amministrativo<sup>28</sup>. Mi limito solo a ricordare che la volontà di fare prevalere la "sostanza" (nobile) sulla "forma" (ignobile) è stata spesso invocata come ispiratrice della c.d. "dequotazione" dei vizi formali del procedimento ad opera, prima, della giurisprudenza; poi, dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, a dimostrazione della diversa considerazione per ciò che s'intende con vizio formale nel diritto amministrativo e nel diritto privato<sup>29</sup>. Con riferimento alle società pubbliche, il processo è più articolato e, se mi è concesso, un po' più subdolo. Se il ricorso agli indici rivelatori dà conto del fatto che l'entificazione celebra la vittoria della realtà profonda sull'apparenza, il ricorso alla prevalenza della sostanza sulla forma, che in verità dovrebbe essere rappresentata come la prevalenza di *una* sostanza (quella pubblica) su *un'altra* sostanza (quella privata), è indice della volontà di non ce-

<sup>27</sup> Esempio significativo della tecnica legislativa dell'estensione delle regole pubbliche alle società partecipate da amministrazioni territoriali è dato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che, ai c. 4 e 5, si preoccupa di assoggettare le società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno, di vincolarle all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e di imporre loro criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>28</sup> Basti qui il rinvio alla recente e profonda opera di S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>29</sup> È difficile immaginare, infatti, che nel sistema del diritto privato si possa accettare che vizi che incidono sulla formazione e sulla manifestazione della volontà siano derubricati a meri vizi formali.

dere un ambito tradizionalmente ritenuto pubblico, vale a dire quello dell'organizzazione amministrativa, alle regole del diritto privato.

Non è questione di forma e sostanza o di apparenza e realtà. È un gioco di forza tra diritto pubblico e diritto privato, in cui il primo ha accettato di essere contaminato da alcuni tratti del secondo (il consenso, il principio di buona fede) per potere mantenere l'estensione del proprio ambito d'applicazione, se non addirittura di ampliarlo<sup>30</sup>.

È stato scritto che la distinzione tra pubblico e privato si è oggettivata, resa dipendente dalla oggettiva natura delle attività e indipendente dalla natura dei soggetti e dalla natura degli interessi in gioco<sup>31</sup>. Alla luce della storia dei servizi pubblici locali degli ultimi vent'anni, non solo l'assunto appare vero, ma può essere condotto ad una conclusione persino più radicale: l'aver limitato la privatizzazione al soggetto, lasciando pubblici l'oggetto e la sua disciplina, ha finito per riconquistare al pubblico anche il soggetto.

## 5. Il percorso normativo che ha condotto al referendum

A questo punto, conviene considerare alcune delle tappe legislative che dai più sono state ritenute indicative della trasformazione della disciplina dei servizi locali<sup>32</sup>. Come noto, il primo intervento di riforma delle regole per così dire antiche<sup>33</sup>, rappresentato dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, lascia intatto il quadro precedente con riferimento ai più rilevanti tratti oggettivi. Come si ebbe modo di rilevare altrove, «il tratto essenziale era rappresentato dalla separazione concettuale tra titolarità e gestione del servizio: la prima,

<sup>30</sup> Aveva ragione M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 4, quando affermava che il nodo non è rappresentato tanto dalla prevalenza della forma o della sostanza del soggetto, quanto dall'equilibrio tra finalità pubbliche e autonomia privata. Punto di vista che mi pare animi anche la ricerca di V. M. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2007 (spec. capitoli I e IV).

<sup>31</sup> F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2002, 195. Si veda anche F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000.

<sup>32</sup> Per un quadro sistematico sull'evoluzione dell'ambito vasto dei servizi pubblici in generale, V. Caputi Jambrenghi, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Napoli, Editore Scientifico, 2012, 123 ss.

<sup>33</sup> Intendo così quelle introdotte dalla legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103) e dagli atti normativi di sua attuazione, integrazione o modificazione (r.d. 10 marzo 1904, n. 108; r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578; d.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902).

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

necessariamente pubblica (nelle ipotesi di servizi per legge in privativa) o solo occasionalmente pubblica (nei servizi senza privativa); la seconda, direttamente pubblica o affidata a privati per mezzo di strumenti giuridici di diritto pubblico (essenzialmente di natura concessoria). Il quadro giuridico di riferimento risentiva della concezione del servizio in chiave di utilità sociale (con scarsa considerazione per la sua natura di attività economica) ed era dunque caratterizzato dalla forte valenza pubblicistica del servizio locale, testimoniata dal forte potere regolatore e dalla tipicità ed esclusività delle forme pubblicistiche di gestione»<sup>34</sup>. Con l'art. 22, il tratto resta sostanzialmente lo stesso. È vero che il legislatore introdusse nuove modalità di gestione dei servizi (tra tutte, la società a capitale pubblico locale di maggioranza) o modernizzò alcune modalità esistenti (trasformando le aziende municipalizzate in aziende speciali), ma il dato della titolarità in capo all'ente locale del servizio fu confermato e conseguentemente rimase inalterato lo schema di immissione giuridica nella gestione, che restò pubblico, diretto o per mezzo di concessione traslativa<sup>35</sup>. Con buona pace della loro evoluzione e del complicarsi della loro struttura e della loro azione, le società a partecipazione pubblica altro non erano che concessionari di pubblico servizio, nonostante il diffuso pudore manifestato da dottrina e giurisprudenza nel definirle come tali<sup>36</sup>.

L'ente locale, titolare del servizio, definiva le regole per la sua gestione e per la sua erogazione, deliberava la modalità di gestione, conservava in capo a sé la gestione o immetteva un terzo soggetto nella stessa (operatore economico del tutto privato o società partecipata) per mezzo di un provvedimento amministrativo. In un meccanismo così fatto, il gestore altro non era che un ausiliario (in senso tecnicamente improprio, per carità) dell'amministrazione, ammesso a fare propri i proventi di un'attività che non gli era propria e che svolgeva in luogo dell'amministrazione. Inoltre, nessuna autonomia rilevante era data alla proprietà ed alla gestione delle reti e degli im-

<sup>34</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2585.

<sup>35</sup> Anche l'affidamento alla società partecipata, che formalmente prescindeva da un atto concessorio formale, fu presto ricondotto nella sua sostanza alla concessione grazie all'acquisito rilievo della relazione tra la delibera consigliare di costituzione della società e di affidamento ed il contratto di servizio.

<sup>36</sup> Mi pare significativo, in proposito, anche il tema, all'epoca nuovo, della tutela degli utenti dei servizi, che pareva fondato proprio sul presupposto della natura di concessionario del gestore e della titolarità pubblica del servizio. Al riguardo, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; M. A. Stefanelli, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1994.

pianti necessari alla produzione del servizio, che restavano talvolta in capo all'ente concedente ed altre volte erano trasferite al gestore (in molti casi anche mediante conferimento nel suo capitale).

Nessuna incidenza al riguardo ebbe l'impulso alla privatizzazione dei soggetti di gestione dato dall'art. 17, c. 51, l. 15 maggio 1997, n. 127, che disegnò un procedimento agevolato di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali. La società era ritenuto il miglior strumento di gestione per le sue caratteristiche di collettore di capitali e di partecipazione diffusa, ma non veniva alterato lo schema descritto. Pubblico l'oggetto, pubbliche le regole, pubblico il provvedimento di immissione nella gestione.

Ad un cambiamento prospettico era invece ispirata la riforma del 2001<sup>37</sup>, che per la prima volta distingueva tra servizi a rilevanza economica ("industriale", nella versione originaria) e servizi privi di detta rilevanza e dettava principi e norme specifiche in merito alla separazione tra la proprietà delle reti, la loro gestione e l'erogazione del servizio, così manifestando un approccio più moderno all'applicazione del principio della concorrenza nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali. Anche la gestione dei servizi era significativamente incisa dalla disciplina del 2001, essendo previsto che vi si potesse provvedere soltanto mediante affidamento con gara a società di capitali selezionate con procedimento di evidenza pubblica, essendo anche possibile immettere nella contemporanea gestione del medesimo servizio più operatori economici. Per la prima volta, anche se non era stata confermata l'apertura al principio della concorrenza *nel* mercato (che caratterizzava la prima versione del disegno di legge), il legislatore aveva virato con decisione verso la concorrenza *per il* mercato, cancellando le gestioni dirette formalmente pubbliche e superando il vecchio rappresentato dalla tipicità delle forme di gestione e fino ad allora espresso attraverso l'elenco tassativo delle modalità di assegnazione dei servizi<sup>38</sup>. Alcuni commentatori parlarono, forse con eccessivo entusiasmo e certamente con ottimismo, di una «svolta epocale», in cui l'ente locale cessava di essere protagonista della gestione dei servizi, per riservarsi il solo compito di governo e di regolazione<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Mi riferisco all'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448.

<sup>38</sup> Riguardo alla (presunta o reale) tipicità delle forme di gestione, si veda senz'altro l'approfondito lavoro monografico di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, in cui è sottoposta a revisione critica la tradizionale affermazione della vigenza del principio di tipicità nell'ambito dell'organizzazione dei servizi pubblici locali.

<sup>39</sup> In questi termini G. Vaciago, *Intervento*, in *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, a cura di F. Kostoris e T. Padoa Schioppa, Milano, 2002, 229.

## I'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

Senonché, alcuni dei tratti caratterizzanti quella riforma furono cancellati o significativamente modificati dalla novella del 2003<sup>40</sup>. Le regole sull'affidamento del servizio introdotte nel 2001, confluite nell'art. 113, c. 5, TUEL, furono modificate e la gestione dei servizi economici tornò a poter essere assegnata, oltre che a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato fosse scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano (secondo una rigida applicazione dei canoni europei sull'*in house providing*).

La gara non rappresentava dunque più l'unica regola, divenendo soltanto una delle possibili vie per l'assegnazione del servizio, a cui l'ente titolare poteva provvedere anche per mezzo dell'affidamento *in house*, moderna versione della gestione pubblica diretta. Per dirla con Cerulli Irelli, «una sorta di *revival* pan pubblicistico oltre un secolo dopo l'esperienza della grande pubblicizzazione»<sup>41</sup>.

Il quadro normativo di riferimento si è così stabilizzato fino all'entrata in vigore dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008 (convertito con l. n. 133 del medesimo anno). Ancora una volta, il legislatore ha manifestato l'intenzione di aprire alla concorrenza *per* il mercato il settore dei servizi pubblici locali economici, non cancellando la possibilità della gestione pubblica *in house* ma rendendola del tutto eccezionale e limitandola alle ipotesi in cui ricorrano «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento» che non permettano un efficace e utile ricorso al mercato (chiamando l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a verificarne l'effettiva sussistenza), ovvero agli affidamenti di minima rilevanza economica. La riforma, a ben guardare, non rivoluzionava lo schema tradizionale, limitandosi a dare preferenza alle gestioni in esclusiva previa gara e prevedendo a margine (e certamente con poca convinzione) la possibilità per gli enti locali di dare corso ad una liberalizzazione di alcuni settori con propria decisione discrezionale.

<sup>40</sup> Art. 14, d.l. n. 269/2003, in parte integrato dall'art. 4, c. 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350.

<sup>41</sup> V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, 7.

## 6. Il tentativo (fallito) di “delocalizzare” i servizi pubblici locali

Quel che è seguito all'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* è ampiamente noto. Furono immediatamente costituiti comitati referendari, la cui azione era essenzialmente legata alla gestione del servizio idrico integrato, per ottenere l'abrogazione della disciplina che limitava fortemente il ricorso agli affidamenti *in house*. L'esito del *referendum* del giugno 2011 determinò a larghissima maggioranza l'abrogazione dell'articolo.

L'effetto sul legislatore dell'esito referendario fu certo inaspettato e singolare, rafforzandone la convinzione liberalizzatrice. L'entrata in vigore dell'art. 4, d.l. n. 13 agosto 2011, n. 138, e ancor più la sua modificazione successiva, infatti, determinarono un significativo passo avanti non solo nell'affermazione del principio della concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma addirittura nella transizione dalla concorrenza *per il mercato* a quella *nel mercato*. Veniva infatti stabilito l'obbligo di procedere ad una complessa verifica (tanto in prima applicazione, quanto in regime definitivo) circa la sussistenza di un mercato adeguato nell'ambito di ciascun servizio di competenza comunale o provinciale. In caso positivo, era posto il divieto per l'ente locale non solo di assumere la gestione del servizio in via diretta, ma anche di procedere all'affidamento con gara dello stesso, dovendo lasciare al libero gioco della concorrenza tra operatori economici la conduzione delle attività. Soltanto in caso di esito negativo della verifica (su cui l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato era prevista esercitasse ampi poteri di vigilanza e d'intervento), gli enti avrebbero potuto procedere all'esperimento delle procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore esclusivo. La concorrenza come principio dominante i servizi locali e, nell'ambito della concorrenza, la liberalizzazione come regola e le gare come eccezione.

Il rilievo pratico della riforma fu subito evidente. Mi pare invece che sia stato poco considerato il suo portato dogmatico. La liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici (la cui regolazione sarebbe stata affidata non agli enti locali ma ad autorità indipendenti di regolazione), l'assenza di veri e propri poteri di determinazione delle regole di accesso ai servizi da parte dei comuni, la definizione regionale di bacini sovracomunali, l'impossibilità degli enti di decidere, insieme alla formula di gestione, anche gli obiettivi da conseguire per mezzo della gestione dei servizi, sono tutti elementi che inducevano legittimamente a ritenere che la “località” dei servizi fosse ormai più un elemento lessicale-descrittivo che un dato giuridico sostanziale. A ben vedere, il ruolo degli enti locali era ridotto a quello del re delle mo-

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

narchie democratiche rappresentative; un potente simbolo, un centro d'imputazione formale della titolarità ma svuotato di poteri adeguati a far sì che il servizio fosse indirizzato agli obiettivi che si fossero prefissi gli organi elettivi degli enti locali<sup>42</sup>.

Al termine del processo che ha trasformato gli enti locali da enti amministrativi in enti politici, il dominio delle regole oggettive della tecnica (con cui si caratterizzano la concorrenza e i parametri di efficienza definiti dalle autorità di settore) non avrebbe potuto che sancirne il distacco dai servizi che fino a quel tempo avevano costituito il cuore del loro potere e forse anche la loro prima missione, secondo l'insegnamento di Duguit<sup>43</sup>. La scelta della modalità di organizzazione dei servizi, la definizione delle regole per la loro conduzione, la possibilità d'intervenire direttamente nella loro gestione erano state (al di là dei sofismi e dei possibili "distinguo" della scienza del diritto amministrativo) espressione di una vera e propria discrezionalità politica o, quanto meno, di una ricca discrezionalità amministrativa. Sostituiti quei poteri con quelli legati alla valutazione delle condizioni oggettive del mercato e delle condizioni geomorfologiche del bacino di riferimento ed eccezionalmente alla conduzione delle gare per l'esternalizzazione (poteri per di più vigilati da autorità indipendenti), il ruolo degli enti è divenuto meramente esecutivo, caratterizzato, nella più ottimistica delle ricostruzioni, da valutazioni o apprezzamenti tecnici<sup>44</sup>.

Per chi avesse voluto trarre conseguenze ancor più profonde, era il

<sup>42</sup> Il legame tra il perseguimento delle finalità istituzionali come declinate dalla politica locale e l'azione diretta nella conduzione dei servizi pubblici è ben indagato da S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione locale*, Milano, Giuffrè, 2012, 121 ss.

<sup>43</sup> L. Duguit, *Les transformations de droit public*, Paris, Colin, 1913.

Al riguardo, è utile richiamare le considerazioni sulla regolazione ai fini economici nella promozione della concorrenza svolte da L. de Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 233 ss.

<sup>44</sup> In vigenza del precedente quadro normativo, aveva giustamente considerato F. Li guori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004, 6 s.: «L'itinerario istituzionale che nel tempo ha condotto alla trasformazione della pubblica amministrazione in soggetto dispensatore di prestazioni alla collettività ha riguardato naturalmente e forse principalmente gli enti locali, la cui presenza viene prioritariamente percepita proprio in termini di assicurazione di beni e servizi a vantaggio delle collettività rappresentate. Allo stesso modo, naturalmente, l'attuale processo di liberalizzazione e privatizzazione investe, sia pure con profili peculiari, l'area strategica del servizio pubblico locale». In questi termini, il distacco sostanziale tra la titolarità formale del servizio (ancora imputata all'ente locale) e quella sostanziale del controllo delle attività (lasciata al contendere nel mercato e alle autorità di vigilanza e regolazione) non poteva che incidere sulla vocazione intima degli enti locali e sulla loro funzione generale.

concetto stesso di servizio pubblico locale come lo si era sino ad allora conosciuto ad entrare in crisi, virando decisamente verso il comune concetto di servizio di interesse economico generale<sup>45</sup>.

La Corte costituzionale fu investita della questione di legittimità dell'art. 4 da alcune regioni, formalmente, per la violazione delle competenze legislative loro riconosciute; sostanzialmente, lamentando il contrasto della nuova disciplina con l'esito del *referendum* abrogativo dell'art. 23-bis, del cui contenuto l'art. 4 riproduceva buona parte. La Corte si è pronunciata nella sentenza n. 199/2012, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4 per violazione del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria. La soluzione, ampiamente attesa, non si presta, nella sua formulazione generale, a rilievi critici. Ad una lettura non superficiale, tuttavia, non può sfuggire una motivazione profonda, diversa ed ulteriore da quella tecnica della violazione del divieto. È questa che qui interessa.

Già dai rilievi svolti nei ricorsi emergeva che il *vulnus* avvertito come più difficilmente tollerabile era la compressione (la riduzione a zero, per la verità) degli spazi per gli affidamenti diretti lasciati alle regioni ed agli enti locali, essendo evidente che la disciplina italiana era assai meno favorevole di quella comunitaria in materia. Quel che si è sanzionato, a mio avviso, non è soltanto (e non è tanto) il comportamento del legislatore che non si è curato di ciò che la volontà popolare aveva espresso, ma anche (e soprattutto) il tentativo di strappare l'ambito dei servizi pubblici dalla partecipazione diretta degli enti locali. La funzione di regolazione non è percepita come sufficiente. Perché l'ente non è abituato ad esercitarla o, peggio ancora, perché non sarà affidata a loro. Perché, in fondo, se viene tolto loro il controllo diretto sui servizi pubblici, sentono di non avere leve altrettanto forti di guida e indirizzo delle politiche locali. Perché, in un ambito tanto sensibile, la discrezionalità amministrativa e tecnica non può sostituire la scelta politica.

La concorrenza nei servizi pubblici locali non è più un tabù, certo. A due condizioni, però: che la concorrenza sia soltanto quella *per* il mercato (che lascia comunque il timone all'ente locale) e che sia sempre una scelta dell'ente titolare del servizio, non la regola voluta dal legislatore. *Est modus in rebus*.

<sup>45</sup> L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, vol. IV, 1791 ss.; M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 2011, 26 ss.



## **L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici**

### *Abstract*

*The history of legal regulations of local public utilities in the last twenty years has been characterized by several contradictory regulatory interventions caused by two opposite forces: one favourable to competition and the other one favourable to public management. The conclusive result, however, is paradoxical: the actual regulation is fundamentally equivalent to the one in force in 1990. The main goal of this paper is just to prove this hypothesis. The second aim is to show how someone's intent to convert the private companies entrusted of public utilities into public entities weight on legal regulation, which snarls up.*



MONICA DELSIGNORE

## LE MODALITÀ DI GESTIONE DELLE FARMACIE COMUNALI

SOMMARIO: 1. La titolarità della farmacia comunale. – 2. La farmacia comunale tra servizio pubblico e attività di iniziativa economica. – 3. La disciplina precedente alla sentenza C. cost. n. 199/2012. – 3.1. Le forme di gestione delle farmacie comunali. – 3.2. Le disposizioni peculiari per le società nei “piccoli” comuni. – 4. Le forme di gestione delle farmacie comunali dopo la sentenza C. cost. n. 199/2012.

### 1. La titolarità della farmacia comunale

Per affrontare il tema delle modalità di gestione delle farmacie comunali appare anzitutto opportuno comprendere come il comune possa acquisire la titolarità della farmacia, anche al fine di giungere alla qualificazione più corretta dell’attività che esso così svolge.

L’assistenza farmaceutica è affidata dal legislatore alle Asl<sup>1</sup>, e quindi compresa nel servizio sanitario nazionale. Essa è erogata ai cittadini attraverso le farmacie, comunali e private, regolate e contingentate secondo il particolare strumento organizzativo della pianta organica.

L’esercizio dell’attività di vendita e distribuzione al pubblico di prodotti farmaceutici è, dunque, attività pianificata, sottoposta a limitazioni quantitative, in proporzione al numero degli abitanti, valide sia per gli operatori privati sia per gli operatori pubblici, stabilite attraverso la pianta organica, che individua altresì la collocazione sul territorio degli esercizi<sup>2</sup>.

Sul sistema così congegnato di scarso impatto è il recente intervento di proclamata liberalizzazione del settore. Come già si è avuto modo di pre-

<sup>1</sup> L’art. 8, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 502/1992 dispone che le farmacie pubbliche e private erogano l’assistenza farmaceutica «per conto delle unità sanitarie locali» e il relativo rapporto è disciplinato da convenzioni sulla base di accordi collettivi nazionali.

<sup>2</sup> Per una trattazione approfondita sulle modalità di pianificazione delle farmacie si rinvia a M. Delsignore, *Il contingentamento dell’iniziativa economica. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, Giuffrè, 2011.

cisare<sup>3</sup>, l'art. 11, c.d. decreto liberalizzazioni (del 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27) varia, di poco, il c.d. criterio demografico – prevedendo l'istituzione di una farmacia ogni 3300, anziché ogni 4000, abitanti – e ammette l'istituzione di nuovi esercizi in luoghi di passaggio e presso grandi strutture di vendita, ma non incide sulla pianificazione generale del settore.

Sebbene sia stata abrogata la disposizione sull'approvazione della pianta organica, la nuova normativa riconosce al comune, e non più alla regione, la competenza ad individuare il numero delle farmacie in base all'applicazione dei nuovi criteri e ad identificare le zone nelle quali collocare i nuovi esercizi «al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate». Resta, quindi, un sistema in cui le farmacie in ogni comune sono in numero prestabilito e localizzate in zone precisamente individuate, quanto ai nuovi esercizi, dall'ente locale medesimo, e, quanto a quelli preesistenti, nell'ultima pianta organica approvata.

Nonostante le affermazioni di principio<sup>4</sup>, dunque, «è indubbio che la riforma non abbia superato il sistema di programmazione territoriale delle farmacie», come ha recentemente affermato anche il giudice amministrativo<sup>5</sup>.

Semmai il sistema pone alcuni interrogativi quanto al ruolo che si riconosce al comune, che è al contempo operatore del settore – operatore, in

<sup>3</sup> Si rinvia a M. Delsignore, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di esercizio di farmacia*, in *Dir. econ.*, 2012, fasc. 2.

<sup>4</sup> Il Ministero della Sanità, con nota in data 21 marzo 2012, ha sostenuto l'intervenuta abrogazione della pianta organica e precisato, in relazione all'interpretazione dell'art. 11, che «risulta evidente che (...) la norma approvata (...) indica la chiara volontà tenere conto del parametro della popolazione (...) ai soli fini della determinazione del numero delle farmacie del comune. Per quanto riguarda la localizzazione, spetta ora al comune, sentiti l'Asl e l'Ordine provinciale dei farmacisti competenti per dei farmacisti competenti per territorio, "identificare" le zone nelle quali collocare le nuove farmacie. Questa attività è svincolata dalla necessità di definire esattamente un territorio di astratta pertinenza di ciascun nuovo esercizio e non incontra limiti nella perimetrazione delle sedi già aperte, dovendo soltanto assicurare "un'equa distribuzione sul territorio" degli esercizi e tener conto dell'esigenza di "garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate". L'individuazione delle "zone" può quindi avvenire anche in forma assai semplificata (ad esempio, indicando una determinata via e le strade adiacenti)». Da sempre, però, la sede è indicata con le vie in cui insiste, sicché proprio non si vede l'affermata differenza tra sede e zona.

<sup>5</sup> Nella sentenza Tar Lombardia, Milano, 13 settembre 2012, n. 2313.

## le modalità di gestione delle farmacie comunali

aggiunta, privilegiato in base alle considerazioni che vengono di seguito – ed ente competente a stabilire la localizzazione delle farmacie sul territorio.

Occorre in proposito qualche precisazione.

Le farmacie comunali erano previste in origine all'art. 371 TULS<sup>6</sup>, che, in virtù della loro antica istituzione e nell'ottica di riordino del settore, ne aveva permesso la prosecuzione nell'esercizio, pur in assenza di espressa autorizzazione.

Successivamente, l'art. 27, l. 9 giugno 1947, n. 530, aveva disposto che l'autorizzazione all'apertura di farmacia comunale potesse concedersi, anche in deroga alle limitazioni previste, quanto al numero di pianta organica, alla sede di competenza e alle distanze<sup>7</sup>.

Con l. n. 475/1968 si è disposto che anche le farmacie comunali dovessero rispettare i limiti della pianta, ma, quasi a compensazione, si è da allora riconosciuto in capo al comune il diritto di prelazione per la metà delle farmacie che si rendano vacanti o di nuova istituzione<sup>8</sup>.

Il recente decreto interviene sul diritto di prelazione, pur senza abrogarlo del tutto. In particolare, il diritto di prelazione è sospeso per tutte le farmacie di nuova istituzione e vacanti, ma solo in sede di prima applicazione delle nuove regole numeriche. Al contrario, l'art. 11, c. 10, d.l. n. 1/2012, riconosce, anche in sede di prima applicazione e sino al 2022, il diritto di prelazione del comune per le nuove farmacie che si istituiranno nei centri commerciali, salvo vietare al comune di cedere a terzi quell'attività.

Il comune, dunque, oggi è titolare di farmacie o perché ciò derivi da farmacie già istituite dal comune sul territorio da lunga data o perché il comune abbia, prima del 2012, esercitato la prelazione su sedi vacanti o di nuova istituzione, oppure ancora perché, nell'esercizio dei nuovi poteri di pianificazione, il comune, istituita una nuova sede farmaceutica presso un centro commerciale o una grande struttura di vendita nell'esercizio del suo nuovo potere di pianificazione, abbia poi scelto di acquisirne la gestione esercitando la prelazione sulla medesima.

<sup>6</sup> Il testo unico delle leggi sanitarie del 27 luglio 1934, n. 1265, ove si traccia l'organizzazione del sistema, in buona parte ancor oggi vigente.

<sup>7</sup> Per un commento della disciplina R. Malinverno, *Le farmacie ed i comuni*, in *Enc. per i comuni*, aprile-maggio-giugno 1960, Firenze.

<sup>8</sup> Artt. 9 e 10, l. n. 475/1968. Sul fatto che la scelta di attribuire tale privilegio, pur storicamente giustificabile, non trovi oggi ragionevoli o fondate motivazioni si rinvia a M. Del-signore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica*, cit., 90 ss.

## 2. L'esercizio della farmacia comunale tra servizio pubblico e attività di iniziativa economica

Come si è visto, diverse sono le evenienze da cui si origina in capo al comune la titolarità dell'esercizio della farmacia.

In nessun caso, però, si ritiene che la titolarità della farmacia in capo al comune sottintenda o comporti la qualificazione dell'attività come di servizio pubblico locale, nozione quest'ultima quanto mai discussa, che, secondo l'accezione che si preferisce<sup>9</sup>, allude ad una forma di intervento pubblico frutto della valutazione politica quanto all'incapacità dell'iniziativa dei privati a soddisfare le esigenze dell'utenza.

Al contrario, l'esercizio della farmacia pubblica, così come l'esercizio della farmacia privata, è attività espressione di iniziativa economica: la valutazione del comune non tiene conto delle esigenze dei cittadini. Semmai, al contrario, l'esercizio della farmacia è inteso quale attività fonte di potenziali utili per il comune.

La l. n. 475/1968, come si preciserà nel proseguito, individua le forme di gestione della farmacia comunale e rinvia in via generale alla disciplina dei servizi pubblici locali e da tale richiamo si è impropriamente ricavata non solo l'applicazione del medesimo regime, ma anche la qualificazione dell'attività alla stregua di un servizio pubblico locale.

Nel momento stesso in cui il comune, esercitando il diritto di prelazione, sceglie di occuparsi del servizio di distribuzione e assistenza farmaceutica, certo si costituisce «un segmento autonomo dell'attività di assistenza farmaceutica, dotato di sue caratteristiche funzionali e organizzative»<sup>10</sup>.

La prelazione, però, è istituto che presuppone l'esistenza, di regola, di altri potenziali interessati, sicché anche da essa si desume un ruolo del comune che non è, come nel servizio pubblico, di soccorso all'assente o all'insoddisfacente iniziativa dei privati, ma, al contrario, concorre con l'iniziativa dei farmacisti privati, pur in una posizione di privilegio riconosciutagli dal legislatore.

Come si avrà modo di evidenziare, se la qualificazione dell'esercizio

<sup>9</sup> Nozione che si è tentato di ricostruire in M. Delsignore, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>10</sup> Come afferma D. de Pretis, *La gestione delle farmacie comunali in forma societaria. Modelli generali e modelli di settore*, in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di D. de Pretis, Trento, 2006, 63, qui 65.

## **le modalità di gestione delle farmacie comunali**

della farmacia comunale, alla stregua di servizio pubblico locale o di attività economica, rischiava di apparire uno sterile esercizio della dottrina, stante il preciso regime quanto alla gestione delle farmacie individuato dal legislatore, la questione assume ben diverso rilievo dopo l'intervento della Corte costituzionale e la lacuna creata nell'ordinamento nazionale in merito alla disciplina del servizio pubblico locale, nonché quanto all'applicazione delle disposizioni in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui al recentissimo art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221<sup>11</sup>.

È chiaro, sin d'ora, che il rinvio generico e residuale contenuto nella legge di settore assume valore diverso ove l'attività esercitata si debba qualificare pubblico servizio (come tale sottoposto, salvo deroghe espresse, alla disciplina generale dei servizi pubblici) o, invece, attività economica che, secondo la disciplina di settore, semplicemente mutuava le forme di gestione proprie dei servizi pubblici locali.

### **3. La disciplina precedente alla sentenza C. cost. n. 199/2012. 3.1. Le forme di gestione delle farmacie comunali.**

Ben prima dell'intervento della Corte costituzionale, l'incertezza regnava quanto alle modalità di gestione delle farmacie comunali, come dimostrano le numerose istanze presentate ancora di recente dagli enti locali alla Corte dei Conti nell'esercizio delle sue funzioni consultive<sup>12</sup>.

Nonostante la travagliata disciplina frutto del sovrapporsi di numerose disposizioni nell'ultimo quinquennio<sup>13</sup>, il d.l. n. 138/2011 non era in

<sup>11</sup> In particolare, quanto all'affidamento si tratta dell'art. 34, c. 20, secondo cui: «20. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

<sup>12</sup> Cfr., tra i molti pareri, le deliberazioni C. conti, sez. reg. contr. Piemonte, 20 gennaio 2012, n. 4; C. conti, sez. reg. Lombardia, 26 settembre 2011, n. 489; C. conti, sez. reg. contr. Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861; C. conti, sez. reg. contr. Puglia, 22 luglio 2010, n. 76.

<sup>13</sup> Solo per ricordarle il recente art. 25 del c.d. Crescitalia (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) interviene sulla riforma di cui alla Manovra di Ferragosto (art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138), integrato dalla Legge di stabilità (art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183). Si precisi, inoltre, che

grado di fornire una risposta univoca quanto ai modelli fruibili dal comune.

In particolare, si trattava di comprendere se le modalità di gestione delle farmacie comunali fossero solo quelle espressamente indicate nella l. n. 475/1968 o, invece, anche altre e, in tal caso, quali<sup>14</sup>.

La disposizione rilevante era contenuta nell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138<sup>15</sup>, ove, al c. 34, si prevedeva espressamente l'esclusione della disciplina del «la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 457» dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali.

Lo scopo dell'esclusione – che non rappresentava comunque una novità posto che già l'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, pur con una formulazione più infelice, rinviava ugualmente alla disciplina della l. n. 475/1968, le cui disposizioni erano «fatte salve»<sup>16</sup> – era verosimilmente quello di conservare la gestione diretta, anche tramite società *in house*, quale modalità generale di svolgimento del servizio e non modello eccezionale come previsto dalla nuova disciplina per i servizi pubblici locali<sup>17</sup>, dunque di escludere le farmacie comunali dalla spinta verso la concorrenzialità nella gestione.

il referendum del 12 e 13 giugno 2011 aveva abrogato l'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con la l. n. 133/2008) come integrato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (convertito nella l. n. 166/2009).

<sup>14</sup> Del resto già G. Acquarone, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998, 307, denunciava l'ambiguità e contraddittorietà del precetto di cui all'art. 10, l. n. 362/1991 (p. 312).

<sup>15</sup> Un primo generale commento, critico quanto all'eccessivo dettaglio della disciplina e dubbioso quanto alla stabilità dell'assetto legislativo, stante la allora pendenza dei ricorsi costituzionali poi definita con la sentenza n. 199/2012 è di G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 23. Valorizza l'impostazione del legislatore di riconoscere spazio sempre minore per gestioni di tipo monopolistico o in regime di esclusiva il commento di C. Vivani, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, in *Urb. app.*, 2012, 39. Sulla generale coincidenza tra la novella e il quadro normativo precedente in senso critico quanto al contenuto della disciplina che in diversi punti avrebbe potuto essere più attentamente riformulata I. Rizzo, *I servizi pubblici dopo il d.l. 138/2011*, in *Urb. app.*, 2011, 1398.

<sup>16</sup> Ragiona sulle formule di gestione delle farmacie comunali alla luce della disposizione di cui all'art. 23-bis S. Colombari, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.* 2011, 419, che conclude per la possibilità di gestire le farmacie non solo secondo i modelli previsti nella l. n. 475/1968, ma anche attraverso società mista con soci diversi dai farmacisti dipendenti selezionati con procedura di evidenza pubblica e concessione a terzi.

<sup>17</sup> In tal senso anche A. Vigneri, *La riforma dei servizi pubblici locali. Valutazioni e prospettive*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it).



## le modalità di gestione delle farmacie comunali

La deroga apparentemente chiara dalla disciplina generale imponeva, invece, una non semplice riflessione su quale fosse il regime della gestione delle farmacie comunali a causa della consueta stratificazione storica di norme positive, tra loro non coordinate<sup>18</sup>.

Infatti, la l. n. 475/1968 richiamata non solo elencava forme e modelli di gestione, ma pure conteneva l'espresso generico rinvio alla l. 8 giugno 1990, n. 142.

Pare utile riportare il testo dell'art. 9, c. 1, l. n. 475/1968, come riformato dalla l. n. 362/1991, che recita: «La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti».

Il rinvio alla l. n. 142/1990 ivi contenuto è stato inteso, pressoché concordemente dalla dottrina<sup>19</sup> e dalla giurisprudenza<sup>20</sup>, come «richiamo in senso dinamico e non statico e cioè alla vigente (odierna) normativa generale disciplinante i modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economico-imprenditoriale». Da ciò si è ricavato che i modelli applicabili per la gestione delle farmacie comunali sono nel tempo mutati con il va-

<sup>18</sup> Tale stratificazione storica caratterizza l'intero regime delle farmacie, non la sola gestione delle farmacie comunali, tanto che della stessa riferiva già nel 1963 M.S. Giannini, *Le Farmacie (Problemi generali)*, in *Rass giur. sanità*, 1963, ora in *Scritti*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2004, 48. I limiti del legislatore moderno sono messi in luce da B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2011.

<sup>19</sup> Così S. Colombari, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?* e D. de Pretis, *La gestione delle farmacie comunali in forma societaria. Modelli generali e modelli di settore*. in *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di D. de Pretis, Trento 2006. Diversamente D. De Grazia e S. Menichetti, in *Il "servizio farmaceutico" e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 803 affermano che già a far data dal 2001, con l'art. 35, l. n. 448/2001, il rinvio non valeva certo verso la nuova disciplina (che, come noto, escludeva, per i servizi a rilevanza industriale, la partecipazione pubblica alla società affidataria e richiedeva pur sempre la scelta con gara ad evidenza pubblica), ma imponeva il regime societario della disciplina speciale, ovvero la società tra comune e farmacisti dipendenti.

<sup>20</sup> Cons. St., sez. V, 8 agosto 2005, n. 420.

riare delle forme di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, pur sempre nel rispetto e in armonia con la disciplina di settore, ma aprendosi a forme diverse da quelle proprie della gestione diretta.

In particolare, l'art. 12, l. n. 496/1992 nel prevedere la possibilità dei Comuni di gestire i servizi pubblici con società per azioni, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, disponeva espressamente ciò avvenisse «anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, c. 1, lett. d), l. 2 aprile 1968, n. 475, così come sostituita dall'art. 10, l. 8 novembre 1991, n. 362». Dunque la società mista con soci diversi dai farmacisti dipendenti era certo ammessa anche per la gestione delle farmacie comunali, insieme alle altre modalità poi indicate dall'art. 113 TUEL per i servizi di rilevanza economica. Tale facoltà di aprire la compagine societaria anche a non farmacisti, e in particolare ad operatori della distribuzione farmaceutica, era fonte di una disparità di trattamento, stante il vincolo dell'assunzione delle farmacie private in capo a società costituite da soli farmacisti. La Corte costituzionale<sup>21</sup> con una sentenza additiva ristabiliva l'eguaglianza e ben presto il legislatore apriva ad una forma maggiormente imprenditoriale la forma societaria, cancellando l'incompatibilità tra operatori della distribuzione e soci<sup>22</sup>.

L'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, faceva espressamente salve le disposizioni della l. n. 475/1968 in tema di gestione delle farmacie comunali, sicché il compito dell'interprete era assai arduo, trattandosi di comprendere quale fosse la formulazione della l. n. 475/1968 fatta salva<sup>23</sup>; la successiva riformulazione della deroga, secondo la lettera dell'art. 4, c. 34, d. l. n. 138, si riferiva alla gestione de «le farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475», sicché il ragionamento si articola a partire dall'art. 9, l. n. 475/1968.

Si presentavano, così, due possibili letture: considerare il richiamo testuale alla legge del 1968 come alla sola disciplina in essa contenuta, abbandonando, quindi, l'opzione precedente quanto al rinvio dinamico; ovvero considerare il richiamo alla legge del 1968 in senso generico, quale rinvio alla disciplina di settore per la gestione delle farmacie comunali come vigente prima dell'introduzione della disciplina pro concorrenziale.

<sup>21</sup> C. cost. 24 luglio 2003, n. 275.

<sup>22</sup> Con l'art. 5, d.l. 24 luglio 2006. Si rinvia sul punto a M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica*, cit., 152 e 121.

<sup>23</sup> Del resto l'ambiguità ha da sempre caratterizzato il regime di gestione delle farmacie comunali se già G. Acquarone, *Le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 1998, 307, denunciava che «il reperimento del testo normativo vigente si traduce, già di per sé, in un'operazione ermeneutica, anziché di mero rilievo materiale».

## le modalità di gestione delle farmacie comunali

L'intento della deroga era, come si è detto, quello di sottrarre le farmacie comunali alla gara per il servizio, in favore della gestione diretta. In proposito si ricordi che, in base al precedente regime di cui alla disciplina del 2008, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato aveva adottato pareri in genere contrari alla gestione diretta, stante la possibilità del comune «di mantenere comunque forme di indirizzo delle modalità di espletamento del servizio»<sup>24</sup>, sicché, in mancanza della deroga introdotta con le disposizioni del 2011, la gestione diretta sarebbe stata probabilmente destinata a scomparire.

Le forme di gestione diretta delle farmacie comunali, invece, appaiono più coerenti con l'assetto generale del settore.

In un sistema in cui il legislatore prevede il contingentamento e pianifica la distribuzione delle farmacie private e pubbliche, attribuendo al comune la prelazione rispetto ai farmacisti privati nei limiti già evidenziati, sarebbe privo di senso che il comune, che ha scelto, esercitando la prelazione, di aprire la farmacia, ne cedesse poi la gestione ad una società, concessionaria privata<sup>25</sup>. L'introduzione della concessione a privati quale regola nell'affidamento del servizio farmaceutico comunale inciderebbe fortemente sulla disciplina speciale dettata per il conferimento delle farmacie a soggetti privati, introducendo una nuova e diversa modalità per il privato farmacista di divenire titolare di autorizzazione allo svolgimento dell'attività farmaceutica.

Si è da altri segnalato<sup>26</sup> che la gestione diretta non risulta scelta preferibile poiché presenterebbe seri dubbi quanto alla conformità ai principi europei della concorrenza. Proprio la deviazione dal principio dalla concorrenza, insieme con la considerazione che la deroga introdotta alla disciplina generale dei servizi pubblici locali non possa voler «richiamare in vita una normativa ormai superata», ha indotto taluni<sup>27</sup> a considerare più ragionevole che le farmacie debbano essere gestite secondo la disciplina antecedente alla vigenza dell'art. 23-bis ovvero valendosi dei moduli previsti all'art. 113 TUEL<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Pareri AGCM 5 maggio 2009, AS532, AS533 e AS534, 26 marzo 2009, AS520.

<sup>25</sup> In merito D. de Pretis, *ult. cit.*, 78 ss. Diversamente ritiene S. Colombari, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 419, il quale ammette la gestione attraverso concessione a terzi, ma individua il servizio farmaceutico come componente del servizio sanitario, che fa capo all'Asl e non al comune.

<sup>26</sup> A. Vigneri, *Le farmacie comunali dopo i recenti e recentissimi interventi legislativi*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it).

<sup>27</sup> A. Vigneri, *op.ult. cit.*, 2. Di questo avviso anche Corte dei Conti, sez. reg. Lombardia, 26 settembre 2011, n. 489.

<sup>28</sup> Così ritiene G. Aronica, *Le modalità di gestione delle farmacie comunali*, in *Nuova rass.*, 2011, 1501.

In particolare, dall'art. 106 TFUE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si assumerebbe che l'economia di concorrenza includa la messa in gara della gestione dei servizi pubblici<sup>29</sup>.

Tale tesi – sempre che la farmacia si consideri servizio pubblico, secondo un'opzione che, come già precisato, non si condivide – è stata ripetutamente criticata da autorevole dottrina<sup>30</sup>, che ha evidenziato come il diritto dell'Unione non imponga affatto il divieto di gestione diretta dei servizi (inclusa la variante della gestione *in house*) e che si debbano invece, da un lato, distinguere le modalità non necessariamente concorrenziali di gestione, dalle modalità concorrenziali di affidamento e, dall'altro, la concorrenza economica nel mercato di beni e servizi dalla concorrenza nelle procedure concorsuali, espressione del diverso principio di imparzialità e della libertà di stabilimento.

Prima dell'intervento della Corte, il richiamo alla disciplina di settore di cui alla l. n. 475/1968 individuava dunque quattro forme tipiche di gestione delle farmacie: in economia, con azienda speciale, attraverso consorzi e a mezzo di società miste, non più con il solo farmacista privato, ma anche con soggetti privati diversi stante la successiva modifica legislativa e l'apertura anche delle società esercenti farmacie private a non farmacisti e tali specifici modelli si ritengono da prediligere in quanto maggiormente in sintonia con la disciplina della pianificazione contingentata nel settore.

L'azienda ha rappresentato, a lungo, il modulo usuale per l'esercizio della farmacia comunale. Essa, pur avendo autonoma personalità giuridica e autonomia imprenditoriale, è dotata del capitale d'impianto conferitole dall'Ente locale ed è soggetta ai poteri di indirizzo, controllo e vigilanza dell'ente, che ne approva il bilancio e gli altri atti fondamentali; opera, inoltre, in un'area geografica circoscritta al territorio dell'Ente di riferimento.

Nella gestione dei servizi pubblici locali, il modello è divenuto, però, recessivo in favore della società per azioni. Come noto, con la l. n. 127/1997 si è autorizzata, all'art. 17, c. 58, la trasformazione delle aziende speciali in s.p.a., con azionista unico il comune e obbligo di dismissione di parte delle azioni entro due anni dalla trasformazione. Successivamente, ai sensi dell'art. 35, l. n. 448/2001, la trasformazione in società è divenuta obbligatoria, per

<sup>29</sup> In merito A. Vigneri, C. De Vincenti, *Il punto sui servizi pubblici locali dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it).

<sup>30</sup> E. Trimarchi Banfi, *Ancora sulla concorrenza per il mercato e gli equivoci della giurisprudenza costituzionale*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it) e *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani dalla dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723.

## le modalità di gestione delle farmacie comunali

le aziende che gestivano servizi pubblici di rilevanza economica (e certo l'esercizio della farmacia presenta rilevanza economica), entro il termine del 30 giugno 2003; le stesse dovrebbero, pertanto, essere ormai scomparse.

L'ordinarietà del termine, o, meglio, la mancanza di chiarezza quanto alla perentorietà<sup>31</sup>, ha, però, permesso che gli enti locali non sempre si attivassero tempestivamente.

Nonostante siano decorsi ormai otto anni dalla scadenza, esistono verosimilmente aziende speciali che gestiscono farmacie comunali, tanto che il decreto c.d. Cresci Italia stabilisce che le aziende speciali che gestiscono farmacie siano esonerate dal patto di stabilità<sup>32</sup>. Tale disposizione induce quindi a ritenere che la disciplina di cui alla l. n. 475/1968 debba intendersi oggi disciplina di settore e che l'evoluzione quando alle aziende speciali non conduca all'abolizione del modello per la gestione delle farmacie comunali.

I consorzi tra comuni<sup>33</sup> per la gestione delle farmacie rappresentarono, quando la l. n. 362/1991 fu adottata, uno strumento di sicura novità, posto che sino ad allora si riteneva che ciascun comune dovesse gestire direttamente la farmacia o le farmacie di cui fosse titolare<sup>34</sup>.

La giurisprudenza<sup>35</sup> ha avuto modo di pronunciarsi in merito alla legittimità della scelta del consorzio per la gestione delle farmacie comunali di costituire una società mista per la loro conduzione. Si è ritenuto che se il consorzio risponde della sua attività nel complesso, della scelta in favore della gestione societaria risponderà, invece, ciascun comune.

Prima dell'intervento della Corte i modelli ammessi per la gestione delle farmacie comunali erano, dunque, quelli dell'azienda speciale, della società *in house*, a totale partecipazione pubblica, ovvero della società mista, con socio anche diverso dal farmacista dipendente, entrambe in capo non solo al singolo comune, ma anche a consorzi di comuni.

<sup>31</sup> R. Cavallo Perin, *Commento all'art. 113*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Romano, Padova, Cedam, 2006, 660 ss.

<sup>32</sup> Il nuovo c. 5-*bis* dell'art. 114 TUEL stabilisce, invece, che le aziende speciali e le istituzioni siano sottoposte ai vincoli previsti dal Patto di stabilità interno.

<sup>33</sup> Su cui in generale si veda F. C. Rampulla, *Consorzi tra enti locali*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 479.

<sup>34</sup> Per un commento a prima lettura della l. n. 362/1991 si rinvia a F. Cavallaro, *Il riordino del settore farmaceutico*, Milano, Giuffrè, 1991.

<sup>35</sup> Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 167.

### 3.2. Le disposizioni peculiari per le società nei “piccoli” comuni

Per i comuni con meno di 30.000 abitanti rileva, inoltre, l'art. 14, c. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78<sup>36</sup> (Finanziaria 2010), che vieta di costituire società «fermo restando quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29 della legge 24 dicembre 2007, n. 244» e prevede la liquidazione o la cessione di ogni partecipazione eventualmente detenuta entro il 31 dicembre 2012.

Le richiamate previsioni della legge finanziaria per il 2008, come noto, ammettono in via generale la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni a patto che siano strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali.

Con la legge di stabilità del 2011 il disposto di cui alla legge finanziaria è stato alleggerito, escludendo dall'obbligo di liquidazione le società con bilancio in utile negli ultimi tre esercizi o che non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzione di capitali o perdite ripianate dal comune.

Proprio la clausola di salvezza, che conclude il testo della disposizione, dà adito a non pochi dubbi circa il divieto o meno di costituire società nei comuni meno popolati<sup>37</sup>.

Infatti, mentre la limitazione introdotta con la legge finanziaria del 2008 di per sé non precludeva la costituzione di società per la gestione delle farmacie, ove si ritenga<sup>38</sup> che sia di fatto il comune nel momento in cui costituisce o partecipa alla società a compiere la valutazione quanto all'utilità dello strumento societario<sup>39</sup>, motivando quanto all'essenzialità rispetto ai

<sup>36</sup> Per un primo commento B. Giliberti, I. Rizzo, *Le società pubbliche nel mercato alla luce dell'art. 14, comma 32, d.l. 78 del 2010*, in *Urb. app.*, 2012, 267, che criticamente affermano la sola utilità della nuova disposizione a fini di riduzione di spesa (mentre i limiti e divieti precedenti miravano, con il c.d. decreto Bersani, al fine di evitare che il mercato, nel quale pure si riconosce l'operatività delle società pubbliche, fosse falsato dalla presenza di operatori in grado di alterare il confronto competitivo in ragione degli indebiti vantaggi connessi alla partecipazione pubblica, e, con la Finanziaria 2008, a riservare la concorrenza ai soli operatori privati) e, anche alla luce della giurisprudenza contabile, ricavano l'applicabilità generalizzata della disciplina alle società pubbliche, anche miste.

<sup>37</sup> A. Ruotolo, *Divieto per i comuni sotto i 30.000 abitanti di costituire o partecipare a società e farmacie comunali*, in *Studi e materiali*, 2011, 279.

<sup>38</sup> Come S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, Milano, Giuffrè, 2012, in particolare 33 ss.

<sup>39</sup> In questo senso si pronuncia la C. conti, sez. reg. contr. Puglia, 22 luglio 2010, n. 76, che ritiene legittima l'assunzione di nuove partecipazioni societarie a patto che sia autorizzata con delibera motivata che accerti la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 3, c. 21, legge finanziaria per il 2008.

## le modalità di gestione delle farmacie comunali

fini istituzionali, nel 2010 si introduce un divieto ineludibile per i comuni sotto il limite di 30.000 abitanti.

Come ha precisato la Corte costituzionale<sup>40</sup> e la giurisprudenza contabile<sup>41</sup> tale disposizione pone un limite ai piccoli comuni, a prescindere dal tipo di attività svolta, al fine di evitare eccessivi indebitamenti da parte di enti le cui dimensioni non consentono un ritorno economico in grado di compensare le eventuali perdite subite; i piccoli comuni oggi sono legittimati a costituire una nuova società solo consorziandosi con altri comuni, così da superare i 30.000 abitanti e, al contempo, possono partecipare in una o più società a patto di una gestione virtuosa e bilanci in piano negli ultimi tre anni.

I comuni con popolazione da 30.000 a 50.000 abitanti possono, invece, detenere comunque una sola partecipazione societaria e debbono dismettere le eventuali altre possedute.

L'applicabilità di tali limiti e divieti alle società che gestiscono farmacie comunali non è pacifica.

Talune sezioni della Corte dei conti<sup>42</sup>, infatti, derivano dalla specialità del regime di affidamento delle farmacie comunali l'inapplicabilità delle disposizioni delle manovre finanziarie, in quanto riferite al modello generale della società di gestione del servizio pubblico locale e come tali irrilevanti laddove esista una disciplina di settore in deroga.

Anche il giudice amministrativo, pur sommariamente in fase cautelare<sup>43</sup>, ritiene che «la preclusione, per il comune, della partecipazione alla società per la gestione di una farmacia parrebbe, tenuto conto della comune esperienza che evidenzia i risultati positivi cui essa conduce, determinare la perdita, per l'ente, di un introito certo, con conseguente frustrazione dello scopo della previsione normativa».

Se, però, il criterio numerico mira ad estendere il divieto di istituzione

<sup>40</sup> Nella decisione 7 giugno 2012, n. 148.

<sup>41</sup> C. conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, 13 febbraio 2012, n. 9, in *Urb. app.*, 2012, 822, con il commento di G. Colangelo, P. Fossati e M.G. Montanaro, che valorizzarono il ruolo della Corte dei Conti stante la mancanza di chiarezza nel panorama legislativo. Oltre alle deliberazioni conformi citate nel commento, si ricordi, sempre nello stesso senso, il recente parere Corte dei Conti, sez. reg. contr. Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20 e Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, 20 gennaio 2012, n. 4. Ivi si precisa che lo strumento societario possa essere utilizzato solo attraverso l'associazione con altri enti che insieme superino i 30.000 abitanti, assumendo poi una partecipazione societaria pari al numero di abitanti. Nello stesso senso Corte dei conti, sez. reg. Lombardia, n. 70/2011.

<sup>42</sup> Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 15 settembre 2010, n. 861.

<sup>43</sup> In tal senso l'ordinanza del T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 gennaio 2011, n. 120.

e partecipazione nelle società, introducendo per i piccoli comuni un limite inderogabile e più rigido rispetto a quello finalistico, l'incapacità della norma a perseguire il risultato attiene semmai a valutazioni di politica del diritto e la chiarezza del dettato non pare certo concedere deroghe alle discipline speciali di settore.

Si ritiene, perciò, che i divieti debbano applicarsi anche alle società per la gestione delle farmacie comunali.

#### **4. Le forme di gestione delle farmacie comunali dopo la sentenza C. cost. n. 199/2012**

La disciplina contenuta all'art. 4, d.l. n. 138/2011, come noto, è stata dichiarata illegittima con la sentenza della Corte costituzionale del luglio scorso, in quanto in violazione del divieto di ripristino dalla normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.

Nel giudizio le regioni non lamentavano solo l'accertato contrasto con l'esito referendario, ma, soprattutto, l'estrema limitazione delle ipotesi di affidamento diretto e di gestione *in house* per quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tale limitazione da parte di una legge dello Stato, senza alcuna concertazione, si denunciava lesiva della capacità di scelta degli enti territoriali, in quanto suscettibile di incidere sull'autonomia loro riconosciuta dalla Costituzione, almeno sino ad oggi. Su tali censure la Corte non si esprime, mancando così l'occasione di evidenziare i pregi di una futura soluzione del legislatore elastica ed essenziale, che individui i modelli, lasciando e riconoscendo agli enti locali, secondo il principio di sussidiarietà, il compito e la capacità di adottare le scelte più opportune per tutelare gli interessi e le esigenze del territorio cui sono preposti<sup>44</sup>.

L'intervento della Corte non determina la reviviscenza della normativa nazionale vigente prima dell'adozione della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, ma l'applicazione delle regole del diritto europeo.

La lacuna legislativa andava colmata, in attesa dell'adozione di una nuova disciplina – oggi contenuta all'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 178,

<sup>44</sup> Del resto le recenti decisioni della Corte sembrano favorire la tendenza accentratrice del legislatore dello Stato. Basti ricordare come non possa che lasciar perplessi la già citata sentenza n. 148 del 2012, ove la Corte respinge tutti i ricorsi delle Regioni riconducendo la disposizione in tema di divieto alla costituzione di nuove società da parte dei piccoli Comuni alla materia "ordinamento civile", in quanto norma attinente al diritto societario.



## le modalità di gestione delle farmacie comunali

come convertito – con l'immediata applicabilità «nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica»<sup>45</sup>.

Come bene ha evidenziato la dottrina<sup>46</sup>, tale ordinamento, quanto ai vincoli al futuro legislatore, ritiene giuridicamente irrilevanti i vantaggi o svantaggi che derivino dalle soluzioni organizzative adottate nei diversi Stati Membri, mentre pretende il rispetto delle regole della gara per l'affidamento dei contratti pubblici al fine di evitare discriminazioni tra i privati. L'auto-produzione, o *in house*, esclude certo la concorrenza per il mercato (in base alla quale i privati partecipano alla gara per l'affidamento al fine di assicurarsi la gestione in esclusiva di un servizio), ma non entra in contraddizione con l'economia di mercato che si realizza solo quando più imprese davvero competono nel mercato.

Ne risulta, in estrema sintesi<sup>47</sup>, che, a seguito dell'intervento del giudice costituzionale, gli enti locali possono ricorrere all'affidamento diretto a società c.d. *in house* in presenza del c.d. "controllo analogo" e del requisito della c.d. "prevalente destinazione", quindi con maggior dovizia rispetto a quanto concesso dalla disciplina censurata.

In una recente decisione<sup>48</sup> il Consiglio di Stato, pronunciandosi su di una procedura di gara per affidare le sedi farmaceutiche comunali indetta sulla base dell'art. 23-*bis* allora vigente, ha dichiarato la nullità del bando, stante l'intervenuta abrogazione della disposizione.

Quanto al regime oggi applicabile alle farmacie comunali, come si andava suggerendo già nei paragrafi precedenti, occorre tenere a mente che il legislatore, con la l. n. 475/1968, ha disciplinato con modelli precisi la gestione degli esercizi, salvo poi inserire un rinvio generico alla disciplina dei servizi pubblici locali, ma non ha mai affermato che l'attività della farmacia comunale costituisca servizio pubblico locale.

Essa, in base alle considerazioni precedenti<sup>49</sup>, si ritiene piuttosto espres-

<sup>45</sup> Come precisava la Corte nell'ordinanza di ammissibilità del referendum del 26 gennaio 2011, n. 24.

<sup>46</sup> F Trimarchi Banfi, *op. ult. cit.*

<sup>47</sup> Per un'attenta ricostruzione dei passaggi e del regime odierno si rinvia a F Luciani, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>48</sup> Cons. St., sez. III, 3 febbraio 2013, n. 729.

<sup>49</sup> Nonché secondo il più approfondito ragionamento condotto nel capitolo II del volume *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, cit., cui si permette di rinviare.

sione dell'iniziativa economica, da riconoscersi certo anche in capo agli enti locali, ove ammessa dalla legge.

Del resto, come già è emerso, negli interventi dell'ultimo quadriennio il legislatore ha sempre escluso l'applicabilità dei nuovi modelli di gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali alle farmacie comunali, richiamando la vigenza della disciplina contenuta nella l. n. 475/1968.

Forse allora, stante la non intervenuta espressa abrogazione e la compatibilità con il diritto europeo, è proprio a tale disciplina speciale che si deve guardare sicché è ancora ai quattro modelli della gestione in economia, con azienda speciale, consorzio o società partecipata che si può ricorrere.

Si deve ricordare che l'art. 9, c. 6, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. *spending review*), stabilisce il divieto per gli enti locali «di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 Costituzione».

Tra le funzioni, definite al c. 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, c.d. Finanziaria 2010, figura «l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale in ambito comunale» e anche «la progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali e l'erogazione delle relative prestazioni ai cittadini».

Posto che la farmacia comunale non si ritiene servizio pubblico locale, nemmeno essa pare riconducibile alle funzioni fondamentali del comune, trattandosi, si conceda ancora una volta la ripetizione, dell'esercizio di attività economica pianificata, sicché il divieto di nuova istituzione non pare applicabile.

Ne risulta, quindi, che le forme di gestione delle farmacie comunali ove già esistenti siano quelle dell'azienda speciale o della società c.d. *in house* e della società mista con socio privato, anche non farmacista dipendente, selezionato tramite procedura concorsuale. Per i piccoli comuni la società deve essersi mostrata virtuosa, pena la necessità di liquidazione e trasformazione.

I modelli valgono anche quando la farmacia sia di nuova istituzione, salvo che, nei piccoli comuni, ove il ricorso alla società è possibile solo in caso di unione sì da superare il limite dei 30.000 abitanti. Pure il comune con popolazione tra i 30.000 e i 50.000 abitanti potrà utilizzare la società solo nel caso in cui essa sia l'unica partecipata; questo lascia presagire un maggior spazio per l'utilizzo della figura dell'azienda speciale, che sembrava ormai destinata al declino nel nostro ordinamento<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> In merito lo scritto di A. Santuari, *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di*

## **le modalità di gestione delle farmacie comunali**

Anche il recentissimo intervento del già ricordato art. 34, d.l. n. 178/2012 – che prevede l'onere in capo all'ente affidante di redigere una relazione, la quale dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale – non si ritiene, quindi, applicabile all'esercizio della farmacia comunale, le cui forme di gestione restano quelle previste dalla vigente normativa di settore, senza che si richieda ulteriore motivazione quanto alla conformità ai vincoli del diritto europeo.

### *Abstract*

*This article questions about management regulation of pharmacies owned by local councils, so called communal pharmacies. The special law on communal pharmacies management makes a list of admitted types of organization and, finally, refers to public utilities general regulation. Therefore the public utilities general regulation has been implemented to communal pharmacies for long time. In last days the frequent regulatory interventions about local public utilities and a recent decision of Constitutional Court rose uncertainty in this field. The Author arguments that communal pharmacies are expression of free enterprise and economic liberty and therefore the regulation has not to be assumed by public utilities general regulation. The special law is still in force and has to be applied even with some corrections.*

*capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).*



LORENZO PASSERI

## L'ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI FRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED EFFICIENZA DELLA SPESA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La riorganizzazione dell'ordinamento degli enti locali e i servizi pubblici locali. – 2. Funzioni fondamentali e servizi pubblici locali: il coordinamento regionale. – 3. Le funzioni fondamentali di organizzazione e gestione dei servizi pubblici di ambito metropolitano e comunale. – 4. L'ambito territoriale ottimale per l'erogazione dei servizi pubblici locali. – 5. L'autonomia organizzativa e il coordinamento regionale.

### **1. La riorganizzazione dell'ordinamento degli enti locali e i servizi pubblici locali**

Con il d.l. n. 95/2012 il legislatore, al fine di favorire l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa riducendone i costi, ha (ri)determinato l'ordinamento degli enti territoriali e locali con la soppressione e l'accorpamento di alcuni di essi (province e comuni), la costituzione di nuovi (Città metropolitane), il divieto di costituire nuovi enti strumentali<sup>1</sup> ed, infine, la razionalizzazione delle funzioni amministrative (anche fondamentali) e l'allocazione delle stesse ai diversi livelli istituzionali territoriali<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In particolare, l'art. 9 prevede la soppressione e/o accorpamento degli enti e agenzie che esercitano funzioni fondamentali (dunque, anche quelle in tema di organizzazione e gestione dei servizi pubblici) «al fine di assicurare il coordinamento ed il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica il contenimento della spesa ed il migliore svolgimento delle funzioni amministrative».

<sup>2</sup> In particolare il d.l. n. 95/2012 prevede la riorganizzazione con soppressione ed accorpamento delle province e ridefinizione delle loro funzioni fondamentali (art. 17) al quale si è data attuazione con il d.l. n. 5 novembre 2012, n. 188; la costituzione di alcune Città metropolitane ed individuazione delle loro funzioni fondamentali (art. 18); l'accorpamento dei Comuni di più ridotte dimensioni (fino a 5mila abitanti e/o 3mila) con la ridefinizione delle funzioni fondamentali fra le quali quelle relative ai «servizi di trasporto pubblico comunale» (lett. f) e alla «organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e re-

Il provvedimento contiene, altresì, una serie di prescrizioni che incidono direttamente sulla disciplina di settore dei servizi pubblici locali. In particolare gli artt. 17, 18 e 19 annoverano fra le c.d. «funzioni fondamentali» (di nuova istituzione) degli enti locali proprio l'organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici d'interesse generale di ambito comunale (ivi incluso il trasporto pubblico locale e lo spazzamento, raccolta e smaltimento dei rifiuti)<sup>3</sup> ovvero di ambito provinciale<sup>4</sup> e/o metropolitano<sup>5</sup>.

cupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi» (art. 19); l'obbligo dell'esercizio coordinato delle funzioni fondamentali rimettendo alla Regione la perimetrazione dei relativi ambiti.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 19, «le funzioni fondamentali dei Comuni sono: a) organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo; b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale; c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente; d) pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale, nonché partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale; e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi; f) organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi; g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione; h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici; i) polizia municipale e polizia amministrativa locale; l) tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e compiti in materia di servizi anagrafici nonché in materia di servizi elettorali e statistici, nell'esercizio delle funzioni di competenza statale»;

<sup>4</sup> All'esito del primo passaggio riorganizzativo operato, come detto, dal d.l. n. 188/2012, ai sensi dell'art. 17 alla "nuova" provincia accorpata (ente di area vasta) residueranno le seguenti funzioni fondamentali (ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. p), Cost.): a) pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, nonché tutela e valorizzazione dell'ambiente, per gli aspetti di competenza; b) pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale nonché costruzione, classificazione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente. Per quanto concerne le residue funzioni amministrative provinciali legate alle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2, Cost.) e già conferite dalla legge statale alle province, dovranno essere trasferite, entro il 31 dicembre 2012, ai Comuni (c. 6).

<sup>5</sup> L'art. 18 istituisce (entro il 1° gennaio 2014 o entro il 31 dicembre 2013 in caso di cessazione o scioglimento del relativo consiglio provinciale o di scadenza dell'incarico del commissario eventualmente nominato ai sensi del TUEL, qualora abbia luogo entro il 31 dicembre 2013) dieci Città metropolitane (e non aree metropolitane), sopprimendo le relative Province (Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria). Il territorio della città metropolitana dovrà coincidere con quello della provincia preesistente. Le funzioni fondamentali assegnate alle Città Metropolitane sono: a) le funzioni fondamentali delle province (cfr. l'art 17, c. 10); b) nonché: 1) pianificazione territoriale ge-

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

La tendenziale propensione all'accorpamento d'ambito che, non da oggi, contraddistingue il quadro normativo dei servizi pubblici (da ultimo, l'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, di recente integrato dall'art. 34, c. 23, d.l. n. 179/2012), rischia di collidere con l'attribuzione di funzioni fondamentali ai livelli territoriali minori dell'ordinamento degli enti locali.

Sembra utile, pertanto, descrivere i profili di contrasto ed individuare le misure necessarie per garantire la coesistenza dei due provvedimenti che sebbene funzionali a distinti interessi fondanti (riduzione dei costi e tutela della concorrenza), sono avvinti da un comune denominatore rappresentato dal settore oggetto di intervento e regolamentazione: i servizi pubblici locali.

### **2. Funzioni fondamentali e servizi pubblici locali: il coordinamento regionale**

Come si è anticipato, la stratificazione locale della titolarità di funzioni fondamentali (non trasferibili), comporta inevitabilmente un frazionamento territoriale del loro esercizio che, a prescindere dal rischio di eventuali diseconomie di gestione, sembra logicamente contrapporsi all'azione di accorpamento di dette funzioni prevista per determinate materie come, nello specifico, quella dei servizi pubblici, dall'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, che prevede la creazione di ambiti unitari quanto meno di livello provinciale.

Gli artt. 17, 18 e 19, d.l. n. 95/2012 evidenziano detto legame nella misura in cui individuano fra le funzioni fondamentali dei comuni anche la «organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale», nonché «l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi».

Anche alle città metropolitane sono assegnate (art. 18): «la strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché (la) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano» e (rilevante per i servizi “a rete”) la «pianificazione territoriale generale e delle reti infrastrutturali».

nerale e delle reti infrastrutturali; 2) strutturazione di sistemi coordinati i gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano; 3) mobilità e viabilità; 4) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale ed infine, dopo le integrazioni operate dall'art. 5, d.l. n. 188/2012, che ha introdotto la lett. *b-bis*) dopo la lett *b*) del c. 7 dell'art. 18, «le funzioni diverse da quelle di cui alla lett. *a*), comunque spettanti alle province alla data di entrata in vigore del presente decreto».

Comuni e città metropolitane, con il d.l. n. 95/2012, sono titolari di funzioni fondamentali afferenti l'organizzazione e (in alcuni casi: ad esempio i rifiuti) la gestione di servizi pubblici locali, l'esercizio delle quali dovrà necessariamente confrontarsi con le misure organizzatorie di cui al citato art. 3-bis, d.l. n. 138/2011.

Il d.l. n. 95/2012 e il d.l. n. 138/2011, rispondono peraltro ad una diversa *ratio* giustificatrice.

Con l'art. 3-bis, d.l. n. 138/2011, il legislatore ha inteso consentire l'individuazione di ambiti territoriali (comunque sovra comunali) nei quali possano verificarsi tutte le condizioni necessarie per una effettiva concorrenza nel mercato: esso è dunque strumentale alla tutela della concorrenza. Il d.l. n. 95/2012 è, invece, funzionale (essenzialmente) alla riduzione della spesa pubblica attraverso l'efficientizzazione dell'esercizio delle funzioni pubbliche. L'art. 117, c. 2, lett. e), Cost. è il fondamento costituzionale del d.l. n. 138/2011; gli artt. 114 e l'art. 117, lett. p), Cost. rappresentano il fondamento costituzionale della riorganizzazione operata dal d.l. n. 95/2012.

Si tratta, dunque, di norme distinte e funzionali al raggiungimento di obiettivi diversi, ma che, tuttavia, interagiscono contemporaneamente sulla regolamentazione dei servizi pubblici locali, e, pertanto, se non ponderate e valutate in questa loro specifica contestualità rischiano di sovrapporsi e, soprattutto, di annullarsi reciprocamente.

È, dunque, evidente, l'importanza di un raccordo normativo fra le due norme; raccordo che l'ordinamento ha dapprima riservato esclusivamente alle regioni, salvo successivamente intervenire con una specifica previsione (c. 1-bis dell'art. 3-bis), relativa proprio al settore dei servizi pubblici locali e alla loro organizzazione per ambiti territoriali.

Occorre premettere che le funzioni in tema di servizi pubblici locali (quanto meno quelle di cui al d.l. 95/2012), proprio perché fondamentali, non potranno essere "attratte in sussidiarietà" in favore di enti diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore, come generalmente potrebbe avvenire per le residue funzioni (non fondamentali) amministrative (art. 18, c. 11).

Del coordinamento delle funzioni fondamentali si occupa già l'art. 33, d.lgs. n. 267/2000 (Esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni), che, al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, demanda alle regioni l'individuazione di «livelli ottimali di esercizio delle stesse»<sup>6</sup>. Sempre l'art. 33 prevede, poi, che

<sup>6</sup> La norma precisa altresì che: «Nell'ambito della previsione regionale, i comuni esercitano le funzioni in forma associata, individuando autonomamente i soggetti, le forme e le metodologie, entro il termine temporale indicato dalla legislazione regionale. Decorso inu-



## L'organizzazione dei servizi pubblici locali

le regioni provvedano a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del proprio programma territoriale<sup>7</sup>, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo. Va sottolineato che la norma disciplina il solo esercizio associato delle funzioni e non anche il loro trasferimento (del quale si occupa il c. 1 dell'articolo), essa è dunque applicabile anche nel caso in cui l'esercizio coordinato concerna le funzioni "fondamentali" non trasferibili, ma sicuramente accorpabili ai fini del loro esercizio comune.

Del coordinamento regionale si occupa, poi, l'art. 18, c. 7-*bis*<sup>8</sup>, che affida alle regioni la programmazione e, soprattutto, il coordinamento delle funzioni per le materie soggette alla potestà legislativa regionale.

Fra queste ultime ve ne sono alcune, trasversali, legate all'erogazione di servizi pubblici locali, quali ad esempio la «tutela della salute» ovvero «il governo del territorio» ovvero ancora «produzione, trasporto ed erogazione nazionale dell'energia». La stessa materia dei «servizi pubblici di interesse generale» non è esplicitamente annoverata fra gli ambiti di disciplina che l'art. 117, c. 2, Cost. rimette alla potestà legislativa esclusiva statale, se non nei limiti delle competenze trasversali legate ad altre materie (come, ad esempio, la tutela della concorrenza)<sup>9</sup>. Del pari, anche la materia dell'ordinamento degli enti locali sembra essere appannaggio delle regioni<sup>10</sup>.

Nel trattare la specifica questione delle funzioni fondamentali in tema di servizi pubblici locali, occorrerà muovere dalla fondamentale distinzione fra attribuzione ed organizzazione delle stesse. La prima è sicuramente intangibile per il legislatore regionale, anche qualora le materie siano ricon-

tilmente il termine di cui sopra, la Regione esercita il potere sostitutivo nelle forme stabilite dalla legge stessa».

<sup>7</sup> Previsto dall'art. 33, c. 3, TUEL, ai sensi del quale: «Le regioni predispongono, concordandolo con i comuni nelle apposite sedi concertative, un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione. Il programma è aggiornato ogni tre anni, tenendo anche conto delle unioni di comuni regolarmente costituite».

<sup>8</sup> Secondo cui: «Restano ferme le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni, loro spettanti nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione, e le funzioni esercitate ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione».

<sup>9</sup> Si veda, circa la questione della funzione fondamentale delle gestione dei servizi pubblici locali, *infra*, par. 3.

<sup>10</sup> Non a caso, il d.d.l. cost. A.S., n. 3520, prevede, all'art. 2, la modifica dell'art. 117, c. 2, lett. p), Cost., attribuendo alla potestà legislativa esclusiva dello Stato anche i principi generali dell'ordinamento e funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane.

ducibili all'ambito della propria potestà legislativa, alla luce dell'assorbente considerazione che la competenza legislativa all'individuazione delle funzioni fondamentali (e correlativamente dell'ente titolare) è di spettanza del legislatore statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost. Ben più ampio è, invece, il margine dell'intervento regionale per quanto concerne il secondo profilo, ossia quello dell'organizzazione dell'esercizio di dette funzioni.

D'altra parte, l'ordinamento ha già provveduto, attraverso una serie di interventi legislativi prodromici al d.l. n. 95/2012 e attuativi dell'art. 5 Cost. e della IX disposizione transitoria e finale, sia ad assicurare gli strumenti per un organico raccordo funzionale tra gli enti locali e tra questi e la regione, necessari in presenza dell'espansione dei poteri di autonomia riconosciuti agli enti locali infraregionali, sia a configurare la stessa regione come «centro propulsore e di coordinamento dell'intero sistema delle autonomie locali»<sup>11</sup>.

Sicché, una volta individuate le funzioni fondamentali degli enti locali (ed il loro essenziale ed immutabile nucleo contenutistico), appare coerente con il vigente assetto normativo (anche costituzionale), rimettere al legislatore regionale il potere (ma anche il dovere) di coordinarne l'esercizio, non solo quando esso interferisca con le materie rimesse alla propria potestà legislativa concorrente e/o residuale, ma anche quando esso afferisca a materie riconducibili alla potestà legislativa statale. Anche in tale ultimo caso, infatti, la regione è chiamata a svolgere «un organico raccordo funzionale tra gli enti locali e tra questi e la regione». A voler diversamente ragionare (ossia precludendo alle regioni l'esercizio della propria funzione di coordinamento) si rischierebbe, peraltro, di superare l'ambito di intervento dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost. e di violare il precetto di cui all'art. 118, secondo comma, Cost. (e dell'art. 117, terzo e quarto comma), il quale impone che il conferimento delle funzioni amministrative (non fondamentali) avvenga con legge statale o regionale, secondo le reciproche competenze.

L'azione regionale, peraltro, non potrà prescindere da un eventuale accordo interistituzionale con gli enti locali infraregionali titolari delle funzioni fondamentali come si dà atto nell'art. 33 TUEL.

<sup>11</sup> Sentenza C. cost., 6 luglio 2001, n. 229, e ivi *id.* sentenza n. 343 del 1991. Precisa, altresì, la Corte come tale ruolo, relativamente alle regioni ad autonomia ordinaria, risultava, in particolare, dall'art. 3, l. n. 142/1990 e risulta oggi dall'art. 4, d.lgs. n. 267/2000; relativamente alle regioni ad autonomia speciale, esso è implicito nella loro attuale competenza in materia di ordinamento degli enti locali.

### 3. Le funzioni fondamentali di organizzazione e gestione dei servizi pubblici di ambito metropolitano e comunale

Chiarita la centralità del ruolo regionale, si può procedere alla disamina di quello disegnato per gli enti infra-regionali ed in particolare città metropolitane e comuni, ai quali la riforma riserva un ruolo di primo piano proprio nella organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali<sup>12</sup>.

L'art. 114 Cost. inquadra le città metropolitane tra gli enti costitutivi della Repubblica, con i comuni, le province e le regioni<sup>13</sup>, attribuendogli potestà normativa (statutaria e regolamentare)<sup>14</sup> e la titolarità di funzioni amministrative esercitabili nel rispetto della legislazione statale e regionale<sup>15</sup>.

Il ruolo essenziale riservato alla città metropolitana è, nel tempo rimasto immutato; essa (già dal «progetto 80-Rapporto preliminare al Programma Economico Nazionale 1971/1975») veniva ritenuta un ente strumentale alla valorizzazione di una politica territoriale che mirasse a inserire le aree stagnanti o tendenti all'involuzione, entro nuovi «sistemi di città» o «sistemi metropolitani» o «città metropolitane», formati da più città che, se da sole sono incapaci di raggiungere livelli adeguati di civiltà futura, nell'insieme loro assegnato dalla programmazione avranno «la forza di arrivarvi»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Di contro, appare sminuito il ruolo delle Province che perdono la maggior parte delle loro funzioni amministrative e, comunque, non conservano un ruolo attivo nella erogazione dei servizi pubblici.

<sup>13</sup> L'art. 114, c. 2, Cost. prevede che: «I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione».

<sup>14</sup> Art. 4, c. 1, l. 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3).

<sup>15</sup> Art. 4, c. 4, l. n. 131/2003: «La disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della Regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, c. 6, e 118 Cost.».

<sup>16</sup> F. Archibugi, *La città-regione in Italia : premesse culturali e ipotesi programmatiche*, Torino, Boringhieri, 1966; A. Ardigò, *La diffusione urbana*, Ave, Roma, 1967; A. Collidà, P.L. Fano, M. D'Ambrosio, *Sviluppo economico e crescita urbana in Italia*, F. Angeli, Milano, 1968. È quanto osservato da parte della dottrina (F. Totaro, in G. Campilongo, *Aree Metropolitane, Città Metropolitane. L'individuazione dell'area metropolitana*, ARPA Lombardia) che la creazione di città e aree metropolitane ha sviluppi fondamentali per l'economia e la gestione urbana, poiché «rappresenta un traguardo complesso ed impegnativo, realmente conseguibile solo attraverso un percorso culturale, sociale e politico che, pare corretto dire, difficilmente potrà svolgersi compiutamente se tra i cittadini e le istituzioni non riuscirà ad affermarsi il diffuso convincimento di un'effettiva appartenenza a comunità più estese di quelle originarie, condividenti

La città metropolitana è un ente sovracomunale, preposto (come la provincia) al raccordo fra regione e comuni, che dovrebbe garantire (quanto meno nell'ottica del d.l. n. 95/2012) l'efficientamento dell'esercizio dell'azione amministrativa nell'ambito di un'area più o meno vasta identificata con l'ambito metropolitano. Non va dimenticato che l'intero d.l. n. 95/2012 (e dunque anche il suo art. 18) rinviene la propria ratio giustificatrice nell'esigenza di garantire un contenimento della spesa pubblica ed a tale fine detto ente è valorizzato; nell'ottica del legislatore la città metropolitana è strumentale all'obiettivo dell'efficienza dell'azione amministrativa attraverso l'esercizio coordinato ed efficiente delle funzioni amministrative in luogo dei comuni ricompresi nel perimetro metropolitano<sup>17</sup>. Ai sensi della l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio del bilancio nella Carta costituzionale», le città metropolitane hanno altresì autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

L'intervento legislativo presenta alcune zone d'ombra (sull'uso della decretazione d'urgenza e sulla prevista decadenza anticipata, rispetto alla durata del mandato elettorale degli organi regolarmente eletti nonché sulla prevista possibilità che gli organi non siano eletti a suffragio universale e di-

problematiche di più ampia portata, e per questo necessitanti, in ossequio ai principi di differenziazione ed adeguatezza, di un livello istituzionale di governo nuovo, forte di accresciuti poteri ma nel contempo rispettoso dell'identità di base».

<sup>17</sup> Di funzioni amministrative (sebbene non fondamentali) delle città metropolitane si "parla" per la prima volta nella l. n. 142/90 (artt. 17-21) quindi successivamente nel d.lgs. n. 267/2000 (22-26) che prevedeva la possibilità di assegnare alle medesime alcune delle funzioni amministrative connesse ai seguenti settori di intervento: a) pianificazione territoriale; b) reti infrastrutturali e servizi a rete; c) piani di traffico intercomunali; d) tutela e valorizzazione dell'ambiente e rilevamento dell'inquinamento atmosferico; e) interventi di difesa del suolo e di tutela idrogeologica; f) raccolta, distribuzione e depurazione delle acque; g) smaltimento dei rifiuti; h) grande distribuzione commerciale; i) attività culturali; l) funzioni dei sindaci ai sensi dell'art. 50, c. 7.

È, poi, la Legge sul cd "federalismo fiscale" (l. n. 42/2009, art. 23), che, riprendendo la nozione di città metropolitana (nel frattempo costituzionalizzata dalla l. cost. n. 3/2001), per la prima volta ha introdotto la nozione di funzione fondamentale. Infine, il d.l. n. 95/2012, abrogando le previgenti discipline (TUEL e l. n. 42/2009), ha previsto la soppressione delle Province di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria e la contestuale istituzione, entro il 1° gennaio 2014, delle relative città metropolitane confermando la titolarità di funzioni amministrative fondamentali strettamente legate allo svolgimento dei servizi pubblici locali.

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

retto) sulle quali non è dato in questa sede indugiare; si presterà maggiore attenzione, invece, ai rapporti con la vigente disciplina dell'organizzazione dei servizi pubblici locali.

Per le città metropolitane la funzione fondamentale legata ai servizi pubblici di interesse generale (ai sensi dell'art. 18, c. 8, d.l. n. 95/2012) concerne: «la strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano». Si tratta, all'evidenza, di una funzione di difficile inquadramento non fosse altro per la terminologia utilizzata; cogliere le differenze fra “strutturazione” ed “organizzazione” dei servizi pubblici di interesse generale non è agevole e rischia di ingenerare confusione circa i limiti dell'intervento metropolitano, soprattutto in rapporto con l'attività dei Comuni. Sembra, tuttavia, potersi ragionevolmente sostenere che l'oggetto di detta funzione sia espressione della sintesi di due funzioni distinte. La prima (l'attività di coordinamento delle singole gestioni dei servizi pubblici) è legata alla fase della materiale erogazione del servizio ed è funzionale alla creazione di una “rete erogativa” efficiente ed efficace, mediante la riconduzione “a sistema” delle gestioni “singole” di ambito comunale, già esistenti e relative a qualsiasi servizio pubblico. Più che di scelta del “modello di gestione”, l'ente è chiamato a coordinare le forme di gestione prescelte dai singoli enti dell'ambito metropolitano. In sostanza la norma non impone un cambiamento dei modelli erogativi esistenti (concessione, appalto, società *in house*), né sembrerebbe imporre la scelta di un modello unico ed unitario per l'intero ambito metropolitano, ma più semplicemente, affida alla città metropolitana il compito di creare un raccordo fra i sistemi di gestione già adottati dai comuni. Il raccordo dovrà essere, prima di tutto, strumentale al contenimento della spesa pubblica e all'efficientamento dell'azione amministrativa (poggiando, ad esempio, sulle economie di scala realizzabili nell'ambito metropolitano), ma non necessariamente prevedere un sistema “unico”, sebbene quest'ultima sembrerebbe rappresentare la scelta logicamente preferibile, alla luce della configurazione dell'ambito metropolitano come ambito unitario. In buona sostanza la città metropolitana dovrebbe realizzare un coordinamento volto non ad affievolire, ma anzi a valorizzare le eccellenze locali nel contesto metropolitano.

La seconda (la previsione di un modello organizzativo di ambito metropolitano dei servizi pubblici di interesse generale) sfugge al “particolarismo” di cui sopra, legandosi alla fase programmatica (e tendenzialmente prodromica alla prima) della creazione di uno specifico modello organizzativo dei servizi pubblici di interesse generale unitario ed unico per l'intero ambito metropolitano.

I comuni sono, invece, titolari delle seguenti funzioni fondamentali<sup>18</sup>: l'organizzazione (ma non anche la gestione come per il servizio di igiene urbana) dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale (di tutti i servizi), ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale; l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi.

La prima funzione ha ad oggetto, almeno astrattamente, tutti i servizi pubblici d'interesse generale, purché essi siano circoscritti all'ambito comunale senza, tuttavia, che la norma specifichi cosa debba intendersi a tal fine. Se il riferimento è alla mera perimetrazione territoriale comunale, potrebbero ricomprendersi tutti quei servizi che, sebbene non direttamente riconducibili (per organizzazione e/o gestione) alla competenza comunale, vengano comunque erogati in favore della collettività ivi stanziata. In questo caso la portata della funzione sarebbe amplissima considerato che i cittadini di un comune, per il solo fatto che detto ente rappresenta l'unità organizzativa minima del nostro ordinamento locale, saranno comunque destinatari finali dell'erogazione di un servizio pubblico, quale che sia l'effettivo titolare di detta funzione.

Di contro l'ambito comunale potrebbe essere inteso anche come circoscrizione territoriale ed amministrativa. In questi casi sarebbero esclusi alcuni servizi d'interesse generale che, per le loro intrinseche caratteristiche, non potrebbero essere organizzati e/o erogati nei limiti del solo comprensorio comunale. Si pensi al servizio di gestione degli impianti di smaltimento dei rifiuti (sebbene lo smaltimento rappresenta l'altra funzione fondamentale del comune) che, sotto il profilo dell'efficienza, appare più confacente ad un ente d'area vasta (città metropolitana) ovvero il servizio idrico integrato.

Per quanto concerne la seconda funzione, i comuni risultano essere titolari non solo della funzione di organizzazione, ma anche di quella di gestione dell'erogazione di attività legate ai vari segmenti del servizio di gestione dei rifiuti. Il legislatore statale si limita ad inquadrare dette funzioni come "fondamentali" senza tuttavia specificarne il contenuto. È fin troppo evidente che con la funzione fondamentale della "gestione" del servizio, questi abbia inteso assegnare ai comuni il solo potere di scegliere fra i modelli di gestione tipizzati dall'ordinamento comunitario e dal legislatore statale e non anche quello di individuare un autonomo ed ultroneo (rispetto

<sup>18</sup> Art. 19, c. 1, d.l. n. 95/2012, che ha modificato l'art. 14, c. 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78; la norma è in vigore dal 15 agosto 2012.

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

a quelli tipizzati) modello di gestione. D'altra parte, se intesa in quest'ultimo senso la norma solleverebbe non pochi problemi circa la sua legittimità costituzionale e compatibilità europea. Difatti, occorre ricordare che la Corte costituzionale ha ritenuto che la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non è riferibile alla competenza legislativa statale ascritta all'ambito delle «funzioni fondamentali dei Comuni, delle Province e Città metropolitane» (art. 117, c. 2, lett. *p*), Cost.), perché «la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (sentenza n. 272/2004) e, quindi, «non riguarda [...] profili funzionali degli enti locali» (sentenza n. 307/2009)<sup>19</sup>; va ricondotta, invece, all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, «tutela della concorrenza», prevista dall'art. 117, c. 2, lett. *e*), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato<sup>20</sup>. Di conseguenza, la competenza statale viene a prevalere sulle competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza (sentenze C. cost. n. 142/2010, n. 246 e n. 148/2009, n. 411 e n. 322/2008).

Per conformarsi ai limiti del citato orientamento costituzionale, la nuova funzione comunale di gestione dei segmenti di attività legate al servizio di gestione dei rifiuti, sebbene inequivocabilmente “fondamentale” ai sensi del novellato art. 14, c. 27, lett. *b*), d.l. n. 78/2010, dovrà essere oggettivamente circoscritta alla sola autonomia di scelta del modello di gestione fra quelli tipizzati dal legislatore statale. In buona sostanza essa potrà avere ad oggetto l'esercizio di una attività (appunto la scelta di un modello di gestione) che, a ben vedere, è stata sempre una funzione amministrativa (anche se non fondamentale) di pertinenza dei comuni fatta eccezione (e da qui, forse, il chiarimento normativo) di alcuni settori strategici, come ad esempio i rifiuti, nei quali la funzione era assegnata ad autorità sovraordinate come le (sopresse) Autorità d'ambito ovvero le amministrazioni provinciali.

<sup>19</sup> La scelta dei modelli di gestione non può essere ricondotta neppure alla competenza legislativa statale in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost.), perché riguarda, appunto, i servizi di rilevanza economica e non attiene, comunque, alla determinazione di livelli essenziali (sentenza n. 272/2004);

<sup>20</sup> *Ex plurimis*, sentenze n. 314, n. 307, n. 304 e n. 160/2009; n. 326/2008; n. 401/2007; n. 80 e n. 29/2006; n. 272/2004.

Ciò detto, ossia una volta scelto il modello di gestione, l'autonomia comunale dovrà confrontarsi con altre limitazioni previste dalla normativa trasversale.

In particolare, nella riorganizzazione degli ambiti di cui all'art. 3-*bis* non si può prescindere dalle previsioni di cui all'art. 16, d.l. n. 138/2011, che impone (entro il termine perentorio del 31 dicembre 2012 ossia la medesima scadenza della costituzione delle nuove Autorità d'ambito per l'erogazione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ma successiva alla data del 31 maggio 2012 di cui all'art. 3-*bis* per la presentazione della proposta di ambito da parte dei comuni consorziati) l'unione (*ex art. 32 TUEL*) dei comuni con popolazione non superiore ai mille abitanti (all'Unione potranno spontaneamente aderire anche comuni con popolazione superiore) per la gestione dei servizi pubblici (chiaramente anche quelli a rilevanza economica).

Altra limitazione concerne gli affidamenti societari (anche *in house*). Ai sensi dell'art. 14, c. 32, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), è prevista la cessazione delle società, improrogabilmente al 31 dicembre 2012 e senza apposita deliberazione dell'ente affidante, per i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, mentre i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti potranno detenere la partecipazione in una sola società. Tutte queste difficoltà assumono, però, una valenza "virtuosa" ove inquadrati come adempimenti strumentali al conseguimento dell'obiettivo finale propugnato dal legislatore statale (quanto meno quello del d.l. n. 95/2012) dell'accorpamento delle gestioni in funzione dell'efficienza della spesa pubblica.

Tornando ai contenuti delle funzioni fondamentali, vi è, poi, il richiamo alle attività di smaltimento e recupero tipicamente sovra-comunali, che tuttavia l'art. 19 assegna agli enti comunali. In proposito, l'attività di gestione va distinta secondo il suo oggetto ed in particolare se concerne il servizio ovvero la rete strumentale all'erogazione. Quest'ultima, con riferimento alle attività di smaltimento diverse dal mero conferimento in discarica (tipicamente di ambito comunale), sono generalmente appannaggio di enti sovra-comunali non fosse altro per i costi di realizzazione dell'infrastruttura e per le condizioni di equilibrio economico-finanziario della gestione della stessa che impongono l'asservimento dell'impianto a un comprensorio ben più ampio rispetto a quello di un comune medio (con l'eccezione delle aree metropolitane). L'art. 19, presupposta la separazione fra rete e servizio, non potrebbe che riferirsi all'erogazione del servizio di smaltimento. Di contro, l'applicazione della norma condurrebbe ad effetti para-



## **L'organizzazione dei servizi pubblici locali**

dossali. Si pensi, ad esempio<sup>21</sup>, alla gestione della filiera impiantistica legata al recupero energetico dei rifiuti caratterizzata dalla realizzazione di un termovalorizzatore e da impianti intermedi di pre-trattamento meccanico biologico; qualora la funzione della gestione delle attività di smaltimento fosse intesa anche come “gestione della rete” dovrebbe riconoscersi, quanto meno potenzialmente, la capacità in capo a ciascun comune di procedere alla gestione di detti impianti di ambito comunque sovra-comunale con evidente sovrapposizione di funzioni. Si tratta, evidentemente, di una prospettiva irrazionale ed oggettivamente irrealizzabile ed in quanto tale estranea alle intenzioni del legislatore.

Si consideri anche che l'art. 25, c. 4, d.l. n. 1/2012<sup>22</sup> supera sostanzialmente la nozione di “gestione integrata” dei rifiuti urbani, scorporandovi il segmento di attività dello smaltimento e legandolo inscindibilmente alle attività di “gestione” e di “realizzazione” dei relativi impianti; in sintesi, realizzazione e gestione della rete impiantistica ed erogazione del servizio (di smaltimento) debbono procedere in parallelo. Detta circostanza, nell'ottica della valutazione dei contenuti della funzione fondamentale comunale di cui si diceva sopra, induce logicamente a ritenere che l'attività di smaltimento sia circoscritta al solo territorio comunale in quanto necessariamente legata alle attività di realizzazione e gestione di impianti che, proprio in quanto affidate dal Comune, non potrebbe che avere rilevanza comunale.

<sup>21</sup> È il caso della Regione Calabria con l'impianto di Gioia Tauro e la previsione, nel Piano regionale dei rifiuti, su base infraprovinciale di otto impianti di pre-trattamento dei rifiuti.

<sup>22</sup> L'art. 25, c. 4, dispone che: «Per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate ai sensi dell'articolo 202 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività:

a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti;

b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lettera a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO. Nel caso in cui gli impianti siano di titolarità di soggetti diversi dagli enti locali di riferimento, all'affidatario del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani devono essere garantiti l'accesso agli impianti a tariffe regolate e predeterminate e la disponibilità delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel piano d'ambito».

#### 4. L'ambito territoriale ottimale per l'erogazione dei servizi pubblici locali

L'altro polo del sistema di organizzazione dei servizi pubblici locali è legato all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011.

Come detto, nel settore dei servizi pubblici, alle difficoltà endogene al sistema delineato dal d.l. n. 95/2012 si sommano quelle esogene, legate al rapporto di quest'ultimo con la disciplina in tema di organizzazione di detti servizi ed in particolare con l'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, che si prefigge il raggiungimento dell'obiettivo della riorganizzazione del settore in funzione della sua piena ed effettiva liberalizzazione.

In particolare, in virtù di detta disposizione normativa, le Regioni sono chiamate ad organizzare lo "svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica" in ambiti o bacini territoriali al fine di garantire "economie di scala" e "differenziazione" per una maggiore efficienza del servizio. La (presunta) piena liberalizzazione del mercato avrebbe dovuto, poi, trovare completamento nell'art. 4, d.l. n. 138/2011, che disciplina(va), invece, la gestione del servizio ponendo un distinguo fondamentale fra la scelta prioritaria della "liberalizzazione" e quella, secondaria ed eccezionale (ed in quale tale oggetto di precipua motivazione tecnica) della concorrenza per il mercato (affidamento dei cd diritti di esclusiva). Detto articolo è stato, tuttavia, abrogato dalla Consulta con la recente sentenza n. 199/2012<sup>23</sup>.

Con la nozione di "servizio pubblico locale a rete", il legislatore sembra fare riferimento ai servizi pubblici locali per l'erogazione dei quali sia necessaria un'infrastruttura diffusa, materiale o immateriale, di supporto, generalmente individuati anche con l'acronimo S.I.P.U. (ossia, servizi infrastrutturali di pubblica utilità). Ciò che caratterizza detta categoria di servizi è il "movimento" di beni e servizi su di una rete (infrastruttura) più o meno complessa (non solo le reti stradali ed autostradali e ferroviarie, ma anche gli acquedotti per il servizio idrico integrato, l'impiantistica per il recupero/riciclaggio e smaltimento dei rifiuti<sup>24</sup>; la rete elettrica e le condotte del gas; le reti fisse cellulari e satellitari)<sup>25</sup>.

Sotto il profilo giuridico la nozione di rete non è unitaria<sup>26</sup>, ma rin-

<sup>23</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>24</sup> Ad esempio, termovalorizzatori ovvero impianti di pre-trattamento dei rifiuti e discariche.

<sup>25</sup> Sulla specifica questione delle "reti", si v. G. della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti dei servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, 103 ss.

<sup>26</sup> F. Di Porto, *la disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008.

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

viene un proprio elemento caratterizzante, non tanto nella fisicità o virtualità dei beni che vengono a comporla, ma nella loro riconduzione ad unità sotto il profilo teleologico «in vista della realizzazione d'uno scopo unitario»<sup>27</sup>.

In previsione della liberalizzazione del mercato perseguita dal legislatore l'obiettivo da conseguire è quello della disciplina dell'uso del bene. In verità, quella della gestione della "rete" è una questione da sempre fondamentale se rapportata all'esigenza di garantire un'effettiva concorrenza del mercato<sup>28</sup>. La realizzazione di una rete infrastrutturale comporta generalmente (anche se non sempre) ingenti investimenti (si pensi a TPL, rifiuti ed idrico) sicché la sua realizzazione ex novo, con risorse integralmente a carico del privato, tende a sfiduciare l'ingresso nel mercato dell'operatore economico disposto ad erogare il servizio, non fosse altro per i tempi di completamento dell'opera. Nella maggior parte dei casi, inoltre, la gestione delle infrastrutture risponde a specifiche esigenze sociali legate all'erogazione dello specifico servizio pubblico che lo Stato deve garantire al cittadini.

Spesso accade, pertanto, che per i SIPU, si riscontri una situazione di mercato naturale; ossia di un mercato nel quale la proprietà della rete è esclusivo appannaggio di soggetti pubblici (per quanto vi possono essere elementi e/o parti di una rete che sfuggono a detto principio). Il dato, se valutato nell'ottica della liberalizzazione del mercato, è assai rilevante in quanto pone una discrasia di partenza fra "oneri" a carico del soggetto pubblico (legati alla gestione della rete) ed "onori" in favore del soggetto privato (legati alla remuneratività dell'erogazione del servizio mediante quella determinata rete). Se il soggetto pubblico è chiamato a gestire la rete e quello privato ad erogare il servizio mediante quella rete, occorrerà parametrare attentamente i valori economici delle due attività onde evitare che l'attività privata sia remunerativa a discapito di quella pubblica.

Ancora più complessa è la situazione se, a quanto sopra, si aggiunge la questione del soggetto pubblico (privatizzato o meno) che eroga il servizio pubblico a rilevanza economica in concorrenza con il privato. Spesso la questione è stata affrontata prestando attenzione alla posizione del soggetto privato ed al solo svantaggio (potenziale) che questi potrebbe soffrire qualora il competitor pubblico gestisca la rete. Non sono mancati casi, tuttavia, nei quali l'operatore privato è stato in grado non solo di accedere alla rete,

<sup>27</sup> Così G. della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti dei servizi pubblici*, cit., 109.

<sup>28</sup> Si pensi all'art. 35, l. n. 448/2001, che, modificando l'art. 113 TUEL, ha previsto la separazione fra gestione della rete e del servizio e l'affidamento di entrambi mediante procedura di evidenza pubblica.

ma anche di garantirsi le parti della gestione di un servizio maggiormente remunerative trasferendo al soggetto pubblico un doppio onere: quello della realizzazione della rete e quello della gestione delle parti del servizio c.d. “sociali”.

Si è ritenuto in questi casi che una concorrenza effettiva imponga l’istituzione di una Autorità indipendente che regoli, quale soggetto terzo, il mercato.

Sintetizzando, all’esito della intersezione fra “liberalizzazione” e “privatizzazione”, sono configurabili i seguenti gli scenari organizzativi: 1) il Monopolio pubblico nel quale l’ente pubblico mantiene rete e gestione del servizio conservando peraltro l’obbligo di erogare i c.d. “obblighi di servizio universale” (OSU); 2) la Concorrenza fra privati. Il soggetto pubblico, privatizzato, e i soggetti privati operano in totale concorrenza. In questo caso la rete è affidata ad un soggetto terzo indipendente rispetto alle imprese. Gli Obblighi di servizio universali potranno ricadere sul soggetto che gestisce la rete ovvero, per un periodo transitorio, sull’ex soggetto pubblico ovvero, ancora, (come prevedeva l’abrogato art. 4, c. 5, d.l. n. 138/2011) sul gestore del servizio, purché adeguatamente compensati dall’ente pubblico. In questo caso l’azione di controllo del mercato spetterà alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. 3) Monopolio privato. In questo caso avviene che il soggetto pubblico, privatizzato, gestisca in monopolio il servizio e la rete erogando chiaramente anche i servizi universali. Il controllo dovrà orientarsi principalmente ad evitare un danno economico nella gestione della rete e nella erogazione del servizio da parte del soggetto pubblico. 4) Concorrenza pubblico-privato. È lo scenario che sembra avere le maggiori possibilità di realizzazione. La concorrenza, infatti, ricade nella fase transitoria del processo di liberalizzazione nella quale il soggetto pubblico detiene la proprietà e la gestione delle reti e, contestualmente, è in concorrenza con il privato nell’erogazione del servizio. In questi casi occorrerà individuare il soggetto onerato dell’erogazione degli obblighi di servizio universale, e qualora non sia praticabile lo scorporo della rete, procedere alla costituzione di una Autorità indipendente capace di prevenire l’abuso di posizione dominante del soggetto pubblico e garantire condizioni eque di accesso alla rete.

L’art. 3-bis introduce una nozione di bacino ancorata a criteri selettivi di matrice economica (solo per il bacino sub-provinciale è possibile ricorrere a criteri di stima socio-economici e di differenziazione territoriale.) tutti ispirati dall’esigenza di creare un ambito ottimale nel quale realizzare le condizioni ottimali per la liberalizzazione. In estrema sintesi, premessa la conoscenza della “capacità produttiva” dell’ente nell’erogazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica parametrandolo a contesti ter-

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

ritoriali diversi, sarà necessario selezionare quel “contesto” (bacino territoriale di cui all'art. 3-*bis*) capace di garantire (ferma restando la dimensione minima provinciale e/o sub provinciale di cui all'art. 3-*bis*) “economie di scala” ossia capace di garantire una erogazione di output con un costo medio di produzione evidentemente inferiore a quello attuale.

La perimetrazione del bacino di cui all'art. 3-*bis* ruota, dunque, intorno alla “rete”; così facendo l'amministrazione (regionale) sarà tenuta ad individuare: le reti e la tipologia di servizi connessi e la scelta del modello organizzativo. Così facendo, però, la riorganizzazione territoriale va ben oltre l'ATO di cui alle discipline di settore; essa è l'espressione concreta di una preliminare attività di programmazione che impone alla Regione di tracciare una strategia di riorganizzazione dei servizi pubblici locali fondata, prima ancora che su considerazioni di carattere politico, giuridico e sociale, sui dati di natura economica raccolti o già in suo possesso.

Questa unità territoriale dovrebbe essere in grado di accorpate anche frazionamenti territoriali preesistenti, non solo (e non tanto) per la esplicita previsione di cui all'art. 3-*bis* della previsione di ambiti sub provinciali, ma anche in base al capoverso dell'articolo citato ove si afferma che: «è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali», purché, in quest'ultimo caso, «di dimensione non inferiore a quelle indicate nel presente comma». Ove, dunque, siano già presenti ambiti territoriali di cui alla disciplina statale precedente ovvero dettati da norme regionali (in questo caso almeno di estensione provinciale) già in essere alla data di entrata in vigore del citato 3-*bis*, essi potranno essere semplicemente inquadrati nell'ambito della più ampia unità territoriale dalla valenza economica di cui all'art. 3-*bis*.

Il ruolo di moderatore del mercato è chiaramente rimesso all'*Antitrust* statale, non fosse altro per la esclusiva competenza legislativa statale in punto di tutela della concorrenza.

Tuttavia, la norma che più di ogni altra sembra svolgere un ruolo di raccordo fra concorrenza e organizzazione delle funzioni fondamentali in materia di servizi pubblici locali è quella contenuta nel novellato (ai sensi dell'art. 34, c. 23, d.l. n. 179/2012, nel testo approvato in sede di conversione con la l. n. 221/2012) c. 1-*bis* del citato art. 3-*bis*<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Dopo il c. 1 dell'art. 3-*bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni,

Con essa il legislatore rimette agli enti di gestione degli ambiti territoriali l'esercizio di alcune funzioni fondamentali e in particolare quelle della: organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo. Al fine di scansare equivoci legati ad una frettolosa lettura della disposizione, si deve subito precisare che la previsione incide sull'«esercizio» delle funzioni fondamentali, ma non anche sull'«attribuzione» (delineata nel d.l. n. 95/2012) né sull'«organizzazione» delle medesime.

Essa non intacca le attribuzioni fondamentali dei comuni che, sebbene ricompresi nell'ambito, restano comunque titolari delle funzioni fondamentali individuate dal d.l. 95/2012. Né invade, pur toccandola, la sfera organizzativa di dette funzioni, rimessa alla competenza della regione chiamata comunque a delineare un modello organizzativo che tenga conto della perimetrazione territoriale degli ambiti e che indichi la natura e le caratteristiche della struttura organizzativa che sarà chiamata a svolgere il ruolo dell'ente di gestione<sup>30</sup>. Di contro la norma, prevedendo che sia l'ente di gestione (come strutturato dalla regione) ad esercitare le funzioni ivi indicate, ne garantisce l'esercizio coordinato in piena coerenza con le misure previste dalla *spending review*<sup>31</sup>.

dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente: «1-*bis*. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

<sup>30</sup> «Organizzare», come previsto dall'art. 3-*bis*, c. 1, significa anche regolare ed insediare il soggetto che esercita per l'intero ambito i poteri di governo, indirizzo e controllo.

<sup>31</sup> Merita di essere segnalato (anche se di minore interesse rispetto alla specifica questione trattata) un altro profilo legato alla sostituzione del c. 1-*bis*, che concerne le forme di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali. Nel testo precedente alla novella si disponeva, difatti, che: «Le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al comma 1 del presente articolo dagli enti di governo istituiti o designati ai sensi del medesimo comma». Secondo la prevalente interpretazione la norma sembrava imporre un affidamento unico per ambito di riferimento; in particolare l'affidamento avrebbe dovuto avere ad oggetto la gestione del servizio per l'intero ambito. Con il "nuovo" testo il profilo dell'unicità è spostato dall'ambito territoriale all'ente gestore, conseguentemente ed indirettamente ammettendosi la possibilità di procedere anche ad una pluralità di affidamenti per ambiti. L'affidamento, sebbene non più unico, conserva, tuttavia, un

## **L'organizzazione dei servizi pubblici locali**

Il quadro delineato trova conferma nelle ulteriori misure (restrittive) del d.l. n. 95/2012 che ha posto agli enti locali il divieto di istituire nuovi organismi comunque denominati per l'esercizio delle proprie funzioni fondamentali (art. 9, c. 6)<sup>32</sup>. La preclusione non sembra applicabile alle regioni (non menzionate dalla norma di cui all'art. 9, c. 6) obbligate ad adeguarsi ai soli principi di efficientizzazione della spesa pubblica (art. 9, c. 1, d.l. n. 95/2012<sup>33</sup>) da attuarsi direttamente attraverso la diretta riduzione degli oneri, ovvero indirettamente, attraverso l'accorpamento e la riduzione degli enti (costituite dalla stessa Regione) che esercitino le funzioni amministrative (anche fondamentali) di enti locali.

In definitiva, la regione è l'unico ente che conserva il potere di organizzare (in forma più o meno aggregata) l'esercizio delle funzioni amministrative; in difetto della riorganizzazione regionale le funzioni fondamentali dovranno essere esercitate direttamente dagli enti locali.

Riassumendo, i punti fondamentali della riforma di cui all'art. 3-bis sembrano essere i seguenti:

A) Oggetto di organizzazione sono i c.d. «servizi pubblici a rete di rilevanza economica». Oggetto della previsione normativa sono i c.d. servizi infrastrutturali di pubblica utilità e la perimetrazione territoriale ruota, dunque, intorno alle infrastrutture strumentali all'erogazione di questi ultimi (reti) con modalità tali da garantire «economie di scala»;

B) la competenza all'adozione della «formula organizzatoria» è della regione, anche nel caso in cui (ambiti sub provinciali) l'iniziativa provenga dai comuni;

C) l'estensione dei bacini (che dovranno essere ottimali ed omogenei) dovrà essere «di norma» non inferiore a quella del territorio provin-

carattere «unitario» in quanto, comunque sia, posto in essere dal solo ente di gestione dell'ambito.

<sup>32</sup> Secondo la norma: «È fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione».

<sup>33</sup> Dispone la norma che: «Al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, le regioni, le province e i comuni sopprimono o accorpano o, in ogni caso, assicurano la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione».

ziale, riprimetrato successivamente all'entrata in vigore della norma. È possibile una ripartizione per bacini aventi dimensione "diversa" (ossia più ampia o più ristretta rispetto all'estensione del territorio provinciale), ma in questo caso sarà necessaria una specifica motivazione legata non solo alle particolari caratteristiche morfologiche e socio-economiche del contesto territoriale preso a riferimento (la norma parla di «differenziazione territoriale»), ma anche alle caratteristiche del servizio, tale da garantirne una gestione dello stesso adeguata ed efficace. Tutto ciò non esclude che anche la scelta della ripartizione per bacini territoriali provinciali debba essere motivata;

D) il bacino ottimale *ex art. 3-bis* non va confuso con gli ambiti territoriali ottimali della normativa di settore: il primo può ricomprendere questi ultimi;

E) fanno eccezione, nel senso che non sono soggetti ai criteri di ripartizione di cui all'art. 3-*bis*, tutti quei casi i casi in cui l'erogazione del servizio sia già organizzata per ambiti territoriali: a) individuati da specifiche direttive europee; b) dalla vigente disciplina di settore ovvero, infine, c) dalle vigenti disposizioni regionali che, ai sensi della norma, «abbiano già avviato la costituzione di ambiti di dimensione non inferiore a quelle indicate nel presente comma». A quest'ultimo proposito, il richiamo della «dimensione non inferiore», va inteso come riferibile sia all'ambito di estensione provinciale quanto a quello di estensione sub provinciale. Sembra dunque logico ritenere che qualora una disposizione regionale abbia già (ossia prima dell'entrata in vigore della riforma in esame) previsto un'articolazione territoriale degli ambiti sub provinciali, quest'ultima possa ritenersi ricompresa nella deroga di cui sopra. Merita una specifica considerazione la parte della deroga che richiama le «discipline di settore vigenti». Essa si è resa necessaria al fine di coordinare le disposizioni dell'art. 3-*bis* con la normativa di settore che già prevede l'organizzazione di servizi pubblici locali secondo ambiti territoriali ottimali come ad esempio (fra le più importanti) la normativa in tema di Servizio Idrico Integrato e quella in tema di rifiuti dettata dal d.lgs. n. 152/2006 (art. 200). Dovrà, peraltro trattarsi di organizzazione già disciplinata (la norma usa l'inciso «già prevista») ancorché non ancora attuata, almeno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 1/2012 se non addirittura dalla data di promulgazione di quest'ultimo. Anche in questi ultimi casi, però, resta ferma la scadenza del 30 giugno 2012 per l'attuazione della predetta riorganizzazione. Anche in questi è comunque possibile l'accorpamento degli ATO nell'ambito del più generale bacino territoriale ottimale *ex art. 3-bis*, fatta salva la loro autonoma sub perimetrazione;



## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

F) il potere sostitutivo dello Stato (ai sensi dell'art. 8, l. n. 131/2003, richiamato dall'ultima parte dell'art. 3-*bis*) potrà essere esercitato per organizzare il servizio sia in ambiti provinciali che sub provinciali.

### **5. L'autonomia organizzativa e il coordinamento regionale**

La sovrapposizione di provvedimenti (d.l. n. 95/2012 e d.l. n. 138/2011) ispirati a esigenze diverse, ma aventi entrambi ad oggetto l'organizzazione dei servizi pubblici locali, richiede un necessario coordinamento delle azioni e delle misure previste per la loro attuazione. La liberalizzazione dello svolgimento dei SIEG, che impone un accorpamento delle funzioni ad un livello territoriale quanto meno provinciale, va combinata con la peculiare posizione degli enti locali (principalmente i comuni), titolari di funzioni fondamentali connesse con l'organizzazione dei servizi pubblici in genere ed in particolare di quelli a rilevanza generale.

Come visto sopra, le città metropolitane dovranno ottimizzare le gestioni e disciplinare «un modello organizzativo di ambito metropolitano dei servizi pubblici d'interesse generale».

I comuni dovranno non solo organizzare, ma anche gestire, e dunque procedere agli affidamenti, di servizi pubblici di ambito comunale ivi inclusi il trasporto pubblico locale e lo di spazzamento raccolta e smaltimento di rifiuti. Si tratta, difatti, di competenze attribuite con legge dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *p*), Cost., e proprio in quanto tali (per quanto discutibile ed incerta sia la nozione di «funzione fondamentale») non potranno essere intaccate dal legislatore regionale.

A questo si aggiunga il divieto (incombenti sugli enti locali, ma non anche sulla regione) di istituzione di nuovi enti, agenzie e/o organismi variamente denominati (art. 9, c. 6, d.l. n. 95/2012) citato sopra.

La regione, quale ente istituzionalmente proposto a razionalizzazione il «particolarismo locale», è chiamata a coordinare l'esercizio delle funzioni amministrative creando le condizioni e regole affinché il duopolio normativo possa concretamente spiegare effetti.

Per i servizi pubblici locali alla disciplina di carattere generale si affianca quella peculiare di cui all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, come novellato dall'art. 34, l. n. 212/2012, di conversione del d.l. n. 179/2012.

È di tutta evidenza che la perimetrazione di un ambito territoriale su base comunale, seppur legittima ai sensi dell'art. 19, d.l. n. 95/2012, non necessariamente risponde (anzi tendenzialmente non è in grado di rispondere) alle esigenze economiche sottese all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011. In questi casi

l'attività di coordinamento regionale è consustanziale all'attuazione di entrambe le previsioni normative che sembrano escludersi a vicenda.

Per le città metropolitane è, in verità, possibile che il sistema organizzativo che detti enti sono chiamati a predisporre possa conformarsi alle esigenze dell'ambito ottimale di cui all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, tanto più considerando che la città metropolitana assorbe (anche se non necessariamente coincide) il territorio provinciale. Potrebbe tuttavia anche accadere che le due perimetrazioni, proprio perché ispirate al raggiungimento di obiettivi diversi (tutela della concorrenza ed efficientizzazione della spesa pubblica), non coincidano affatto; in questo caso sorgerebbe il problema di verificare la compatibilità non solo formale, ma anche sostanziale dei due ambiti.

Se, sul piano formale, la diversità degli interessi fondamentali sottesi alle due norme esclude la sussistenza di un'aprioristica incompatibilità, sul piano sostanziale la duplicazione delle strutture organizzative, sebbene astrattamente ammissibile, rischierebbe di risultare presumibilmente inefficiente, quanto meno sotto il profilo della spesa impegnata. La creazione di ambiti distinti e, conseguentemente, di enti di governo distinti, comporterebbe, sul piano operativo, la sovrapposizione di strutture e competenze generando confusione nella titolarità delle relative funzioni, inefficienza nel loro esercizio e, conseguentemente, un incremento (e non certo la riduzione) della spesa.

Si pensi al caso della regione che preveda un ambito regionale *ex art.* 3-*bis* e un conseguenziale modello organizzativo su base regionale che ricomprenda anche una città metropolitana che, a sua volta, abbia strutturato un proprio modello organizzativo dei servizi pubblici di interesse generale nell'ambito metropolitano. La soluzione non può ricercarsi nella prevalenza di uno dei due interessi (entrambi fondamentali), né nell'esercizio dei principi di sussidiarietà e differenziazioni trattandosi di funzioni fondamentali e non di "semplici" funzioni amministrative che potrebbero essere attratte in sussidiarietà. È vero che il sistema esaminato, non prospetta una clausola di "salvaguardia" che vieti l'esercizio delle funzioni fondamentali a diversi livelli territoriali, tuttavia si tratta pur sempre di funzioni fondamentali e, pertanto, non dismettibili da parte degli enti che ne siano titolari. Senza considerare che un sistema nel quale sia ammissibile la fungibilità dei soggetti titolari di funzioni fondamentali sarebbe parimenti foriero di confusioni e sovrapposizioni fra i diversi livelli di governo.

È di tutta evidenza, dunque, l'importanza della funzione di coordinamento che l'ordinamento degli enti locali assegna alle regioni.

Non è un caso, dunque, che, in sede di conversione del d.l. n. 95/2012,

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

all'art. 18 sia stato inserito il c. 7-*bis*, con il quale si precisa che restano salve le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni (dunque anche quelle di cui all'art. 33 TUEL), non solo per le funzioni amministrative esercitate ai sensi dell'art. 118 Cost., ma anche per quelle fondamentali nei limiti in cui esse afferiscano a materie riconducibili alla propria potestà legislativa *ex art* 117, c. 3 e 4, Cost.

Sempre a livello di ambito metropolitano, fra i contenuti essenziali dello statuto della città, è prevista (art. 18, c. 9) la possibilità di disciplinare le modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni metropolitane, prevedendo le modalità con le quali la città metropolitana potrà conferire ai comuni ricompresi nel suo territorio o alle loro forme associative, anche in forma differenziata per determinate aree territoriali, proprie funzioni, con il contestuale trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per il loro svolgimento. Allo stesso modo, sempre lo statuto metropolitano potrà, di contro, prevedere le modalità con le quali i comuni facenti parte della città metropolitana, e le loro forme associative, possono conferire proprie funzioni alla medesima città metropolitana con il contestuale trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per il loro svolgimento.

L'autonomia organizzativa, sebbene faccia riferimento alle «funzioni proprie» degli enti metropolitani non dovrebbe spingersi fino al punto da abbracciare le funzioni fondamentali il cui esercizio, come più volte sottolineato, non può essere “trasferito”, ma solo organizzato da un diverso livello istituzionale; essa, tuttavia, ne avvalorà l'autonomia nella ricerca di un modello organizzativo efficace ed efficiente. In questo senso depone esplicitamente il ricorso all'associazionismo fra gli enti locali (*ex art.* 30 ss. TUEL) e, dunque la possibilità di costituire Uffici unici e comuni deputati alla gestione degli affari intercomunali e/o metropolitani. In questo contesto non è difficile ipotizzare che siano gli stessi enti, sulla scorta delle indicazioni regionali, a strutturare il proprio modello organizzativo, anche per l'erogazione dei servizi pubblici locali, coerente rispetto alle esigenze del territorio di riferimento.

Per le amministrazioni comunali, il legislatore statale attribuisce alla Regione (fermo restando il potere di coordinamento di cui all'art. 33 TUEL) il potere (evidentemente espressione dei principi di adeguatezza e sussidiarietà) di perimetrare, previa concertazione con i comuni interessati, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento coordinato di tutte quelle funzioni anche fondamentali che debbano essere esercitate, da parte dei comuni, in forma obbligatoriamente associata, purché connesse alle materie di cui all'art. 117, c. 3 e 4, Cost., secondo i principi di

efficacia, economicità, di efficienza e di riduzione delle spese. Si tratta di Comuni di piccole dimensioni (fino a 5000 abitanti) per i quali il legislatore (sempre nell'art. 19) prevede l'obbligo di esercizio associato (in convenzione e/o mediante unione dei comuni) delle predette funzioni.

Di certo anche in quest'ultimo caso l'interesse sotteso all'accorpamento è quello dell'efficienza e della riduzione della spesa pubblica non proprio sovrapponibile a quello del conseguimento di «economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio» propugnato dall'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011. Tuttavia l'efficienza del servizio e dell'esercizio aggregato delle funzioni amministrative fondamentali da parte dei Comuni appaiono sicuramente accostabili ai fini della perimetrazioni degli ambiti e, peraltro, appare inverosimile che la regione delinea un modello di gestione *ex art. 3-bis* differenziato da quello di cui al d.l. n. 95/2012.

Per i servizi pubblici locali, il recente c. 1-*bis* dell'art. 3, d.l. n. 138/2011 assottiglia i possibili profili di incompatibilità fra modelli organizzativi, individuando un livello organizzativo territoriale (l'ambito), l'organismo di gestione preposto al solo esercizio delle funzioni amministrative elencate (ferma restando la relativa attribuzione in capo agli enti locali) e indirettamente conferma il ruolo della regione quale ente garante della coerenza del sistema organizzativo. Difatti il comma 1 bis dell'art. 3 *bis*<sup>34</sup> prevede, indirettamente la costituzione dell'ente di Governo dell'ATO, lì dove tuttavia l'art. 9, d.l. n. 95/2012, come visto, impone agli enti locali (ma non anche alle Regioni) il divieto di costituzione di nuovi organismi comunque denominati; è dunque chiaro che possa essere solo la Regione a prevedere la costituzione di detto Ente di governo. Si deve, tuttavia, sottolineare anche che la costituzione di strutture associative (quali quelle di cui all'art. 30 TUEL) prive di personalità giuridica autonoma, per l'esercizio associato delle funzioni dell'ambito territoriale di cui all'art. 3-*bis* non integra gli estremi della creazione di un nuovo organismo vietato dall'art. 9, d.l. n. 95/2012.

Così disponendo, il novellato quadro normativo, anche sul tema dei servizi pubblici locali sembra superare la rigidità dei modelli organizzativi precedenti, introducendo una elasticità che consente, ai livelli territoriali, di plasmare le nuove strutture sulla specificità delle esigenze della collettività

<sup>34</sup> Ai sensi del quale: «Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo».

## **l'organizzazione dei servizi pubblici locali**

rappresentata. Anche l'art. 3-*bis* si conforma a detto criterio nella parte in cui prevede un articolazione sub-provinciale dell'ambito a fronte di specifiche esigenze locali.

Riassumendo, in conclusione, la regione è chiamata a deliberare le linee guida del nuovo modello organizzativo, tracciandone con legge i connotati essenziali, al fine di garantire la tenuta del sistema a fronte di interessi non sempre univoci (tutela della concorrenza e riduzione della spesa).

Gli enti infraregionali dovranno, poi, nell'espressione massima della propria capacità autorganizzativa, dare attuazione alle previsioni del legislatore regionale, creando la struttura organizzativa materialmente preposta all'erogazione dei servizi pubblici.

Questa è la via seguita da alcune regioni che, nonostante l'affannoso succedersi della normativa di principio, hanno già portato a compimento (in tutto o solo per alcuni settori), adottando specifiche leggi regionali, il percorso riorganizzativo imposto dalla normativa statale.

È il caso della Regione Puglia che, con la l.r. n. 24/2012<sup>35</sup>, ha riorganizzato i settori dei rifiuti (ambiti provinciali con una sub-articolazione per i segmenti dello spazzamento e della raccolta) e del trasporto pubblico locale (ambiti perimetrati dal piano regionale dei trasporti e comunque non inferiori al livello provinciale) individuando quale unità organizzativa di base, una struttura associativa di Comuni basata sugli accordi di cui all'art. 30 TUEL.

La Regione Emilia Romagna, ai sensi dell'art. 21-*bis*, l.r. 30 giugno 2008, n. 10 (Misure per il riordino territoriale, l'autoriforma dell'amministrazione e la razionalizzazione delle funzioni), come introdotto dall'art. 22, c. 3, l.r. 26 luglio 2012, n. 9 (finanziaria regionale), ha esteso il concetto di ambito territoriale alla gestione associata di tutte le funzioni fondamentali dei comuni (e dunque a prescindere dal fatto che esse siano o meno connesse con l'erogazione dei servizi pubblici locali), anche in questo caso prediligendo la forma cooperativa convenzionale di cui all'art. 30 TUEL e riassumendo, con la Del. G.R. 30 luglio 2012, n. 1072, le forme associative operanti sul territorio e le loro dimensioni. La novella legislativa va letta in raccordo con la l.r. n. 23/2011, che sul tema specifico dei servizi pubblici prevede un ambito unico regionale.

Meno articolato, almeno sotto l'aspetto organizzativo, l'intervento della Regione Friuli-Venezia Giulia che con la l.r. 25 luglio 2012, n. 14 (art. 3, c. 25) che ha introdotto le misure per l'attuazione dell'ambito unico re-

<sup>35</sup> Attuata con la Del. G.R. 23 ottobre 2012, n. 2147.

gionale di cui all'art. 3, c. 51, l.r. n. 11/2011, prevedendo l'articolazione di quest'ultimo in zone funzionali corrispondenti alle forme di cooperazione attuate da enti locali<sup>36</sup>.

*Abstract*

*This study analyses art. 3-bis of the Decree-Law n. 138/2011, concerning the reorganization at the supra-municipal level of local network services of general economic interest. Furthermore it examines the relationship between such rule with the Decree-Law n. 95/2012, with a focus on the provisions of such decree that vest municipalities with crucial functions concerning the organization and management of local services of general economic interest.*

*From this analysis emerges an organizational model which combines the requirements of the two Decree-Laws, but which also has to take into account the limitations to public spending set forth by art. 9, par. 6, of the Decree-Law n. 95/2012. Indeed such rule prohibits the setting-up of new bodies however denominated.*

*This model enhance the role played by Regions. The combination of such rules provides the Regions with plenty of room for manoeuvre: Regions become responsible for setting up an unitary organizational structure taking into account the limitations mentioned above. Indeed they are responsible for safeguarding local needs and at the same time for granting the functioning of economies of scale through an unitary (and associated, according to art. 30 of the Testo Unico degli Enti Locali) exercise of functions, without setting up new bodies.*

<sup>36</sup> Ai sensi del citato c. 25: «In attuazione di quanto previsto dall'art. 3-bis, c. 1, terzo e quarto periodo, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e sulla base di deliberazioni degli enti locali interessati, da perfezionare con la relativa assunzione entro il 31 dicembre 2012, nei casi di forme di cooperazione tra enti locali per la gestione diretta e *in house* dei servizi pubblici relativi ai rifiuti urbani operanti per la raccolta differenziata e il recupero in attuazione delle direttive comunitarie in materia, l'ambito territoriale unico di cui all'art. 3, c. 51, l.r. 11 agosto 2011, n. 11 (Assessment del bilancio 2011 e del bilancio pluriennale per gli anni 2011-2013 ai sensi dell'art. 34, l.r. n. 21/2007), che viene confermato anche successivamente al 31 dicembre 2012, risulta articolato in zone funzionali corrispondenti alle predette forme di cooperazione. Le gestioni presenti in singoli Comuni non facenti parte delle predette forme di cooperazione proseguono o sono rinnovate in conformità alle norme vigenti in materia, attuando l'organizzazione del servizio pubblico su base sovracomunale anche mediante misure di integrazione disposte dai livelli istituzionali competenti. Resta fermo quanto previsto dalle norme vigenti in materia di servizi pubblici locali con rilevanza economica e, in particolare, relativamente alle fattispecie che già prevedono procedure di affidamento a evidenza pubblica».

LUIGI MAROTTA\*

## L'INSTALLAZIONE DI RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA E LA CONDIVISIONE DI INFRASTRUTTURE

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. – 2. I profili costituzionali. – 3. Gli aspetti amministrativi e questioni applicative. – 4. La coubicazione e condivisione di infrastrutture. – 5. Le reti dorsali nella disciplina attuativa. L'attività sanzionatoria dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. – 6. Conclusioni.

### 1. L'oggetto dell'indagine

Il presente studio ha ad oggetto l'installazione di reti di comunicazione elettronica<sup>1</sup> e si caratterizza per l'elevato grado di complessità, riguardando propriamente le «reti», e cioè «il mezzo di trasmissione», con l'esclusione dal proprio campo di applicazione della disciplina dei «contenuti dei servizi»: emissioni radiotelevisive, servizi finanziari e taluni servizi della società dell'informazione, forniti mediante tali sistemi di comunicazione<sup>2</sup>.

\* L'autore è un funzionario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Le sue opinioni sono espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo l'istituzione.

<sup>1</sup> La definizione di reti di comunicazione elettronica è contenuta nell'art. 2, par. 1, lett. a), dir. 2002/21/CE, come modificata dalla dir. 2009/140/CE, integralmente traspota, a livello interno, nell'art. 1, c. 1, lettera *dd*), d.lg. n. 259/2003, nel testo consolidato con le modifiche introdotte dal d.lg. n. 70/2012, secondo cui per reti devono intendersi «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse, inclusi gli elementi di rete non attivi, che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

<sup>2</sup> Rilevano, da un lato, infatti, gli aspetti spiccatamente tecnici della disciplina, caratterizzati da elementi ingegneristici ed economici. Dall'altro, sotto un profilo giuridico, fonti costituzionali si intersecano con fonti primarie e secondarie, in una fitta rete di norme, che

L'esigenza di chiarire alcuni aspetti connessi a questa tematica è marcatamente pratica, in quanto nel corso della consultazione pubblica avviata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in avanti, Agcom) con delibera n. 510/10/Cons<sup>3</sup>, segnalazioni degli operatori del settore – svolte direttamente all'Agcom o nell'ambito di attività di associazioni, comitati o progetti<sup>4</sup> a fini di ricerca o approfondimento – hanno evidenziato la presenza di notevoli disomogeneità ed incongruenze.

Tra le specifiche problematiche, di carattere tecnico e procedurale, sono state segnalate: l'assenza di armonizzazione delle normative tecniche a carattere locale; l'applicazione di condizioni economiche e l'imposizione di vincoli giuridici e tecnici particolarmente gravosi, peraltro in difformità dalle disposizioni comunitarie e nazionali; la mancanza di visibilità delle infrastrutture. In quest'ottica, si è ritenuto opportuno, per lo sviluppo di reti di nuova generazione, avviare una ricognizione di tutte le infrastrutture, esistenti nel sottosuolo, idonee alla posa di cavi per fibre ottiche. È stata sollecitata, pertanto, la realizzazione e l'aggiornamento di un *Inventory* delle infrastrutture a livello nazionale, alimentato da tutti gli operatori di telecomunicazioni e da altri soggetti pubblici e privati che possiedono o costruiscono, a qualunque fine, infrastrutture utilizzabili per la posa di nuove reti in fibra ottica.

Inoltre, ai fini della condivisione dei costi, è stata segnalata l'esigenza che l'operatore/Ente, il quale intenda eseguire l'opera di scavo, renda disponibile i tracciati ed i tempi di lavoro agli operatori di comunicazione elettronica. I gestori di reti pubbliche di comunicazione dovrebbero, altresì, dare evidenza, con congruo anticipo, del loro piano lavori, in modo da consentire ad altri operatori, eventualmente interessati, di poter partecipare alla condivisione dei costi di realizzazione e di poter, quindi, usufruire di quota parte delle infrastrutture realizzate.

si sono avvicinate nel tempo, sostituendosi ovvero integrandosi, fino all'attuale definitiva conformazione delle competenze.

<sup>3</sup> Recante l'approvazione di un regolamento in materia di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica per collegamenti dorsali e ubicazione e condivisione di infrastrutture.

<sup>4</sup> Si richiamano, a tale proposito, i lavori svolti dall'ANFOV, nell'ambito del progetto ISBUL dell'Agcom, o dal Comitato NGN. Il progetto ISBUL (Programma di Ricerca Infrastrutture e Servizi a Banda larga e Ultra Larga) è stato avviato con delibera n. 405/08/Cons ed ha ad oggetto l'introduzione delle reti di nuova generazione (NGN) e l'analisi delle relative implicazioni di natura regolamentare. Il Comitato NGN è stato istituito con delibera n. 64/09/Cons, nella quale sono stati descritti i compiti affidati all'organismo quale quello di elaborare, su richiesta dell'Agcom, proposte e soluzioni relative a questioni attinenti agli aspetti tecnici, organizzativi ed economici connessi alla transizione alle reti NGN.



## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Le problematiche segnalate, in ragione della loro ampiezza e complessità, meriterebbero una trattazione diffusa e approfondita. Tuttavia, l'oggetto della presente indagine consente di soffermarsi soltanto su taluni aspetti delle medesime, attraverso l'analisi delle questioni concettuali di particolare rilevanza.

Preliminarmente, aderendo ad una visione discendente del diritto, dai principi generali alle disposizioni secondarie, si è reputato necessario effettuare un breve preambolo in merito all'assetto delle competenze, nel tentativo di chiarire definitivamente l'inquadramento delle reti di comunicazione elettronica nel tessuto costituzionale.

L'indagine prosegue, quindi, con l'analisi di alcune problematiche inerenti le procedure amministrative occorrenti per l'installazione delle reti. In particolare, si è verificato quale sia l'*iter* amministrativo che un operatore deve seguire per l'installazione di una rete di comunicazione elettronica. Il problema è di rilievo, in quanto le reti possono circolare su suolo pubblico (statale, regionale, provinciale, comunale), su suolo di concessionari pubblici o su suolo privato. Pertanto, è immediatamente percepibile che il regime giuridico connesso con l'installazione delle reti muta in funzione dell'ambito territoriale di pertinenza.

L'analisi si è poi orientata verso lo studio della nozione di condivisione di infrastrutture di reti di comunicazione elettronica e di rete dorsale, tenendo conto delle nuove competenze conferite in capo all'Agcom dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

Sotto il primo profilo, si intende dimostrare che la legislazione primaria è orientata a promuovere la condivisione di strutture o proprietà, al fine di una più efficiente gestione del territorio, in luogo della più onerosa duplicazione di reti, sia in termini di impatto sull'ambiente che di costi. La condivisione ha ad oggetto, indistintamente, sia le reti dorsali che quelle cittadine.

Sul versante attuativo, l'Agcom (con delibera n. 622/11/Cons) si è esposta in duplice forma: quale soggetto attivo dell'obbligo di imporre la condivisione simmetricamente in capo a tutti gli operatori, sia dotati di significativo potere di mercato (SMP) sia non SMP, a certe condizioni, di seguito nel dettaglio evidenziate; quale detentrici di un costituendo archivio telematico, contenente l'insieme delle informazioni inerenti le infrastrutture di posa esistenti sul territorio.

Sotto altro profilo, l'indagine vuole mostrare che ulteriore obiettivo della legislazione è la promozione della riduzione del c.d. divario digitale

ovvero dello sviluppo delle nuove tecnologie a banda larga, dorsali e cittadine, che hanno un rilevante impatto sulla produttività, sull'innovazione e la qualificazione del territorio, rappresentando un fattore di benessere sociale e incidendo sulla competitività e sulle reali possibilità di sviluppo nazionale.

L'incentivazione delle infrastrutture a larga banda è stata perseguita attraverso la semplificazione delle procedure amministrative per la realizzazione di interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in uno alla limitazione degli oneri economici correlati ai diritti di passaggio (intesi come diritti di installare infrastrutture di comunicazione elettronica su proprietà pubbliche o private, al di sopra o al di sotto di esse) ovvero all'utilizzo delle infrastrutture di posa per la realizzazione di reti dorsali.

Sul versante attuativo, l'Agcom (sempre con delibera n. 622/11/Cons) ha normato un aspetto peculiare delle reti dorsali, consistente principalmente nell'imposizione di un obbligo di trasparenza nei confronti degli enti e concessionari pubblici titolari di reti volte alla realizzazione di dorsali.

## 2. I profili costituzionali

Occorre preliminarmente interrogarsi se «l'installazione di reti di comunicazione elettronica» sia effettivamente una “materia” e quale valenza costituzionale abbia, alla luce del fatto che l'art. 117 Cost. non contempla espressamente tale nozione<sup>5</sup>.

A tale riguardo, si rileva che l'installazione di reti è un concetto atecnico, per l'angolo di osservazione costituzionale, cui accede un fascio di interessi eterogenei, conferiti alla legislazione esclusiva dello Stato e alla legislazione concorrente delle Regioni.

Sotto il profilo della legislazione statale esclusiva, di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., l'installazione di reti inerisce agli ambiti dell'ordinamento civile, del coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale<sup>6</sup>, della tutela

<sup>5</sup> A tale riguardo, occorre ricordare che la questione è stata affrontata da C. cost. n. 336/2005, che ha dichiarato infondate tutte le censure mosse dalle regioni rispetto alle disposizioni contenute nel Capo V, d.lg. n. 259/2003.

<sup>6</sup> A titolo di esempio, l'all. 13 al d.lg. n. 259/2003, di cui si discorrerà in seguito quanto al suo impianto costituzionale, il quale determina il contenuto dei modelli da usare nella presentazione dell'istanza di autorizzazione per l'installazione di reti e della denuncia di inizio

## L'installazione di reti di comunicazione elettronica

della concorrenza<sup>7</sup> e dell'ambiente.

Sotto il profilo della legislazione regionale concorrente, di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., vengono in rilievo le materie della tutela della salute, per i profili inerenti alla protezione dall'inquinamento elettromagnetico, dell'ordinamento della comunicazione, per quanto riguarda «gli impianti di telecomunicazione o radiotelevisivi» e del governo del territorio, per «tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività»<sup>8</sup>. In tali materie, lo Stato è ovviamente abilitato a fissare solo principi fondamentali<sup>9</sup>.

Orbene, alla luce di tali considerazioni, per gli aspetti delle reti riguardanti le materie di legislazione esclusiva, lo Stato ha il potere/dovere di normare anche i profili più di dettaglio; quanto agli aspetti inerenti alle materie di legislazione concorrente, lo Stato è abilitato unicamente a dettare i principi fondamentali<sup>10</sup>.

attività, è riconducibile alla competenza esclusiva dello Stato in tema di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale. Con riferimento al modello A dell'all. 13, l'art. 87, c. 3, del cit. d.lg., infatti, dispone che esso sia «realizzato al fine della sua acquisizione su supporti informatici e destinato alla formazione del catasto nazionale delle sorgenti elettromagnetiche di origine industriale». Al modello D può estendersi la stessa argomentazione, trattandosi di una istanza di autorizzazione relativa ad aree di più enti, pubblici o privati. Per i modelli B e C dell'all. 13, concernenti, rispettivamente, la denuncia di inizio attività e l'istanza di autorizzazione per opere civili, scavi e occupazione di suolo pubblico in aree urbane, l'art. 87, c. 3, e l'art. 88, c. 1, ne prevedono l'applicabilità in via suppletiva, nel caso in cui gli enti locali non abbiano predisposto i modelli equivalenti.

<sup>7</sup> La materia della tutela della concorrenza deve essere intesa non «soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto», ma anche in un'accezione dinamica «che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (cfr. sentenza C. cost. n. 14/2004 e sentenza C. cost. n. 272/2004).

<sup>8</sup> Cfr. sentenza C. cost. n. 307/2003.

<sup>9</sup> C. cost. n. 336/2005 ha escluso, viceversa, che vengano in rilievo materie di competenza residuale delle regioni, ex art. 117, quarto comma, Cost., essendo troppo fievole il legame tra dette materie e la materia dell'industria e del commercio; mentre, le materie dell'urbanistica e dell'edilizia non godono di autonomia costituzionale per rientrare nella più ampia materia del governo del territorio (cfr. sentenze C. cost. n. 196/ 2004; C. cost. n. 362/2003; C. cost. n. 303/2003).

<sup>10</sup> In base a questa ricostruzione, le regioni potrebbero pertanto normare nella materia *de qua*, fatto salvo il limite dei principi fondamentali, in applicazione della normativa comunitaria di settore. A tale riguardo, occorre specificare che la l. 11 febbraio 2005, n. 11 ha disposto che le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, nelle materie di competenza concorrente possono dare attuazione alle direttive comunitarie nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti nella legge comunitaria. La medesima legge dispone, altresì, che le

Ciò premesso, i principi fondamentali sono stati fissati nel Codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lg. 1° agosto 2003, n. 259, con cui sono state recepite le direttive quadro del Parlamento europeo e del Consiglio sulle comunicazioni elettroniche del 7 marzo 2002<sup>11</sup>, con l'intento espresso di superare i monopoli nazionali di settore, legati anacronisticamente a motivi di naturalità non più sussistenti, e rapidamente procedere alla liberalizzazione delle reti e dei servizi nei settori convergenti delle telecomunicazioni, dei media e delle tecnologie dell'informazione (cfr. quinto considerando della dir. 2002/21/Ce)<sup>12</sup>.

Emerge, dunque, da tali disposizioni l'esistenza di un preciso vincolo comunitario ad attuare un vasto processo di liberalizzazione del settore, armonizzando le procedure amministrative ed evitando ritardi nella realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica.

In particolare, il d.lg. n. 259/2003 fissa un procedimento unitario e dettagliato per l'autorizzazione all'installazione degli impianti, predeterminando i tempi di formazione degli atti e della volontà delle amministrazioni locali coinvolte.

A tale riguardo, si ritiene che la specificità della trama normativa non contrasti con l'ampiezza e l'area di operatività dei principî fondamentali<sup>13</sup>.

regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono, nella materia di competenza esclusiva, dare immediata attuazione alle direttive comunitarie, senza, quindi, alcuna intercessione di legge statale.

<sup>11</sup> Dir. 2002/19/Ce, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime – direttiva accesso; Dir. 2002/20/Ce, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica – direttiva autorizzazioni; Dir. 2002/21/Ce, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica – direttiva quadro; Dir. 2002/22/Ce, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica – direttiva servizio universale.

<sup>12</sup> La normativa comunitaria prescrive, inoltre, che le procedure «previste per la concessione del diritto di installare» le predette infrastrutture di comunicazione elettronica debbano essere «tempestive, non discriminatorie e trasparenti, onde assicurare che vengano le condizioni necessarie per una concorrenza leale ed effettiva» (ventiduesimo considerando, Dir. 2002/21/Ce). In particolare, l'art. 11, par. 1, della direttiva quadro – di cui le norme impugnate costituiscono specifica attuazione – stabilisce che gli Stati membri, nell'esaminare una domanda per la concessione del diritto di installare strutture su proprietà pubbliche o private, richiesta da un'impresa autorizzata a fornire reti di comunicazione elettronica, assicurino che l'autorità competente «agisca in base a procedure trasparenti e pubbliche, applicate senza discriminazioni né ritardi; e rispetti i principî di trasparenza e non discriminazione nel prevedere condizioni per l'esercizio di tali diritti».

<sup>13</sup> La sentenza C. cost. n. 336/2005 ha chiarito che l'ampiezza e l'area di operatività dei principî fondamentali, non avendo gli stessi carattere «di rigidità e di universalità», non

## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Infatti, i principi fondamentali relativi al settore delle infrastrutture di comunicazione elettronica non possono che essere disciplinati con carattere di unitarietà e uniformità per tutto il territorio nazionale, dovendosi evitare ogni frammentazione degli interventi, alla luce del principio di unicità della rete a livello globale, posto che la stessa «non ha senso se le singole frazioni non sono connesse tra di loro, quale che ne sia la proprietà e la disponibilità»<sup>14</sup>.

Tale intervento del legislatore statale che garantisce l'esistenza di un unitario procedimento sull'intero territorio nazionale appare in linea con le disposizioni comunitarie, secondo cui le procedure di rilascio del titolo abilitativo per l'installazione degli impianti devono essere improntate al rispetto dei canoni della tempestività e della non discriminazione.

Occorre precisare, inoltre, che il d.lg. n. 259/2003 non è norma di azione, non vale a conferire nuove funzioni amministrative agli enti locali; esso semplicemente, in via ricognitiva, si limita a formulare un «principio fondamentale» in base al quale i procedimenti relativi all'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica devono essere «gestiti» dai predetti enti, sul presupposto della preesistenza delle citate funzioni in capo agli enti locali, in base a normative previgenti.

Rimane stabile, infine, la facoltà delle Regioni di allocare le funzioni in esame ad un livello sub-regionale (art. 117, secondo comma, lett. *p*), e art. 118 Cost.) ovvero, nel rispetto dei principî fondamentali, prescrivere ulteriori modalità procedurali rispetto a quelle previste dallo Stato, in funzione di una maggiore semplificazione delle stesse.

### **3. Gli aspetti amministrativi e le questioni applicative**

Prima di addentrarci in alcune questioni applicative di particolare rilevanza, pare opportuno procedere a una breve sintesi storica dell'istituto.

La materia dell'installazione di reti di telecomunicazione, in origine, era regolata dall'art. 4, c. 3, l. 31 luglio 1997, n. 249 e dal d.P.R. 19 settembre 1997, n. 318.

possono essere individuate in modo aprioristico e valido per ogni possibile tipologia di disciplina normativa. Esse, infatti, devono necessariamente essere calate nelle specifiche realtà normative e devono tenere conto, in modo particolare, degli aspetti peculiari con cui tali realtà si presentano.

<sup>14</sup> Il principio di unicità della rete viene evidenziato nella Relazione illustrativa al d.lg. n. 259/2003 e, inoltre, evidenziato nella sentenza C. cost. n. 307/2003.

L'art. 4, l. n. 249/1997 prevedeva, in particolare, che l'installazione di reti di telecomunicazione che transitano su beni pubblici fosse subordinata al rilascio di concessione per l'uso di suolo pubblico da parte dei comuni, in modo non discriminatorio tra i diversi soggetti richiedenti<sup>15</sup>.

Il d.P.R. n. 318/1997 stabiliva che l'installazione, l'esercizio e la fornitura di reti di telecomunicazione e la prestazione di servizi ad esse relativi costituivano attività di preminente interesse generale, in quanto fondate sulla «libera concorrenza e pluralità degli operatori, nel rispetto dei principi di trasparenza, obiettività e non discriminazione». Il rilascio di licenze per installazioni di reti pubbliche di telecomunicazione costituiva dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere, dando titolo a richiedere l'esproprio del terreno, se non già di proprietà pubblica, e la concessione del suolo edilizio.

Il d.lg. n. 259/2003, nel recepire la normativa comunitaria di cui al pacchetto delle Direttive del 2002, ha abrogato, all'art. 218, l'art. 4, l. n. 249/1997 e, contestualmente, ha dedicato alla materia delle «reti e impianti» un intero capo (quinto), composto di dieci articoli (dall'art. 86 all'art. 95)<sup>16</sup>.

La materia è stata, in seguito, arricchita da altre disposizioni di rango primario.

In particolare, l'art. 2, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, ha introdotto l'istituto della dichiarazione di inizio attività (DIA) per l'installa-

<sup>15</sup> Nelle concessioni i comuni potevano prevedere obblighi di natura civica. A tal fine era prevista l'adozione, da parte dell'Agcom, di un regolamento che disciplinasse, in linea generale, le modalità e i limiti con cui possono essere previsti tali obblighi, la cui validità si estendeva anche alle concessioni precedentemente rilasciate, su richiesta dei comuni interessati. Parimenti, anche l'installazione delle reti dorsali doveva essere disciplinata da un apposito regolamento emanato dalla medesima Agcom.

<sup>16</sup> Dopo l'enunciazione di principi di carattere generale (art. 86), tra cui la trasparenza e non discriminazione a carico dell'autorità competente nell'analisi delle domande per la concessione del diritto di installare infrastrutture, il d.lg. n. 259/2003 ha disciplinato la procedura di autorizzazione alla installazione degli impianti, come premesso demandata agli Enti locali, con e senza la realizzazione di opere civili, scavi e occupazione di suolo pubblico (artt. 87-88), salvo poi dedicare una disposizione (art. 89) alla materia della ubicazione e condivisione di infrastrutture. Di poi, esso ha affrontato il connesso tema delle eventuali espropriazioni conseguenti al rilascio dei titoli abilitativi (art. 90), alle limitazioni legali della proprietà conseguenti all'installazione di cavi senza appoggio (art. 91) e alle servitù conseguenti all'installazione di cavi con appoggio (art. 92). Discipline particolari sono state, infine, dettate per le reti dorsali (art. 88, c. 8 e 9), per l'installazione su sedi autostradali (art. 94), per installazioni che presentino interferenze con le reti elettriche (art. 95) e per il passaggio delle reti su bene demaniale (art. 92, c. 2, 3 e 4), mentre un'apposita disposizione (art. 93) è stato riservato, alla materia degli oneri economici.

## L'installazione di reti di comunicazione elettronica

zione di reti e impianti a banda larga, la cui procedura risulta aggravata nell'ipotesi in cui l'immobile interessato dall'intervento sia sottoposto ad un vincolo<sup>17</sup>.

Infine, l'art. 1, c. 6, l. 18 giugno 2009, n. 69, recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», riformulando l'art. 231, c. 3, d.lg. 30 aprile 1992, n. 285 c.d. Codice della strada, ha disposto che in materia di installazione di reti su strade ed aree pubbliche (Capo, I Titolo II), comprese le strade di competenza di ANAS S.p.A. (art. 27), non trova applicazione il regime amministrativo previsto dal Codice della strada, in favore dell'applicazione del Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>18</sup>.

L'apparente semplicità e linearità di tali norme, apre il varco a numerose e complesse questioni interpretative, primariamente relative al rapporto tra le fonti (d.lg. n. 259/2003, l. n. 133/2008, l. n. 69/2009).

In altri termini, occorre chiarire quale norma si applichi qualora un operatore intenda effettuare interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica.

A parere di chi scrive, la norma applicabile è funzionalizzata al tipo di installazione.

In linea generale, quando un operatore intende installare fibra ottica, sarà sufficiente richiedere una semplice dichiarazione di inizio attività (DIA), ai sensi dell'art. 2, l. n. 133/2008<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ai sensi del citato art. 2, d. l. n. 112/2008, l'operatore ha facoltà di utilizzare, per la posa della fibra nei cavidotti, le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici. L'utilizzo avviene senza oneri, fatta salva la corresponsione di un equo indennizzo qualora dall'esecuzione dell'opera possa derivare un pregiudizio alle stesse infrastrutture (c. 2). L'operatore può, altresì, realizzare reti e impianti interrati in aree di proprietà pubblica, ad eccezione del caso in cui si tratti di beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni e che l'attività possa arrecare concreta turbativa al servizio pubblico. Inoltre, l'occupazione e l'utilizzo del suolo pubblico non necessitano di un autonomo titolo abilitativo (c. 14).

<sup>18</sup> L'art. 1, c. 6, l. n. 69/2009 così dispone: «all'art. 231, c. 3, del codice della strada, di cui al d.lg. 30 aprile 1992, n. 285, il primo periodo è sostituito dal seguente: «In deroga a quanto previsto dal capo I del titolo II, si applicano le disposizioni di cui al capo V del titolo II del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al d.lg. 1° agosto 2003, n. 259, e successive modificazioni».

<sup>19</sup> Per il rapporto con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), v. *infra*. Con riferimento al soggetto pubblico deputato a ricevere la domanda, la l. n. 133/2008 fa generico riferimento alla Amministrazione territoriale competente. La scelta di non individuare il centro di interessi pubblico appare in linea con il dettato costituzionale, in quanto, come il Codice delle Comunicazioni elettroniche, anche la l. n. 133/2008 non è una norma-azione,

La l. n. 133/2008, all'art. 2, infatti, fa riferimento a un tipo particolare di intervento di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica, sicché la specificità del mezzo adoperato (la «fibra ottica») costituisce l'elemento specializzante idoneo a dirimere il possibile conflitto tra il d.lg. n. 259/2003 e la l. n. 133/2008.

Le disposizioni del d.lg. n. 259/2003, invece, si “riespanderanno”, nei casi nel seguito evidenziati.

In primo luogo, si ritiene che il principio di specialità in funzione del mezzo utilizzato (fibra ottica) non operi quando l'installazione avvenga (piuttosto che su suolo pubblico) su strade pubbliche<sup>20</sup>.

In tal caso, anche se si tratta di fibra ottica, troverà applicazione, in luogo della l. n. 133/2008, il d.lg. n. 259/2003<sup>21</sup>.

Nel caso di strade autostradali, infatti, in attuazione dell'art. 94, d.lg. n. 259/2003, recante «occupazione di sedi autostradali da gestire in concessione e di proprietà dei concessionari», l'inizio del procedimento per l'imposizione della servitù sarà preceduto da un tentativo di bonario componimento tra il fornitore del servizio di comunicazione elettronica ad uso pubblico ed il proprietario dell'autostrada.

Rimangono derogate, quindi, le disposizioni di cui agli artt. 26 e 27 del Codice della strada, che conferiscono all'ente proprietario della strada o ad altro ente da quest'ultimo delegato o all'ente concessionario della strada, in conformità alle relative convenzioni (l'ANAS, in caso di strade o autostrade statali), il potere di rilascio delle relative autorizzazioni<sup>22</sup>.

non vale a conferire nuovi poteri in capo ai soggetti pubblici, ma è norma di principi e ricognitiva, che si inserisce nel contesto delle leggi preesistenti in materia. A tale riguardo, prendendo spunto analogico anche dal d.lg. n. 259/2003 (cfr. artt. 87 e ss.), dal t.u. in materia edilizia adottato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dal t.u. in materia di espropriazione per pubblica utilità adottato con d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, si ritiene che tali enti pubblici siano fissati per legge negli enti locali, fatta salva la possibilità delle regioni di allocare tali funzioni a livello regionale o sub-regionale (artt. 117, c. 2, lett. p), e art. 118 Cost.

<sup>20</sup> A tal riguardo, il d.lg. n. 285/1992, all'art. 2, definisce «strada» l'area ad uso pubblico destinata alla circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali. Nel seguito, è compiuta una classificazione delle strade, riguardo alle loro caratteristiche costruttive, tecniche e funzionali, nei seguenti tipi: A – Autostrade; B – Strade extraurbane principali; C – Strade extraurbane secondarie; D – Strade urbane di scorrimento; E – Strade urbane di quartiere; F – Strade locali; F *bis* Itinerari ciclopedonali.

<sup>21</sup> La cit. l. n. 69/2009, all'art. 1, c. 6, rinvia genericamente al d.lg. n. 259/2003, senza effettuare alcuna differenziazione (con o senza fibra ottica).

<sup>22</sup> Rimane anche derogata la disposizione di cui all'art. 26, c. 3, d.lg. n. 285/1992, secondo cui «per i tratti di strade statali, regionali o provinciali, correnti nell'interno di centri



## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Passiamo ora all'analisi delle altre ipotesi disciplinate dal d.lg. n. 259/2003.

Nel caso di installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, troverà applicazione l'art. 87.

Nel caso di installazione di fili/cavi senza appoggio «aereo» (al di sopra delle proprietà pubbliche o private) o «laterale» (dinanzi a quei lati di edifici ove non siano finestre od altre aperture praticabili a prospetto), troverà applicazione l'art. 91, d.lg. n. 259/2003, senza la necessità di alcun titolo autorizzatorio né il consenso del proprietario dell'area.

Per il passaggio con appoggio dei fili, cavi e impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico ed opere accessorie, occorrerà chiedere una servitù (art. 92).

Se, invece, la parte istante intenda ottenere l'acquisizione patrimoniale dei beni immobili necessari alla realizzazione di tali impianti ad uso pubblico, occorrerà attivare la procedura espropriativa, considerando che tali impianti e reti hanno carattere di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 12 ss., d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (art. 90)<sup>23</sup>.

Una questione controversa concerne l'ambito di applicazione dell'art. 88, secondo il quale, qualora l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica presupponga la realizzazione di opere civili o, comunque, l'effettuazione di scavi e l'occupazione di suolo pubblico, occorrerà attivare la relativa procedura autorizzatoria.

Non è chiaro, infatti, se tale disposizione riguardi tutte le installazioni di infrastrutture di comunicazione elettronica, comprese quelle in fibra ottica, o queste ultime rimangono escluse.

La prima opzione interpretativa (l'art. 88 include le ipotesi di installazione in fibra ottica) conduce ad una applicazione restrittiva dell'art. 2, l. n. 133/2008: quest'ultimo troverebbe applicazione solo qualora l'installazione non presupponga la realizzazione di opere civili o l'effettuazione di scavi.

La seconda opzione interpretativa (l'art. 88 non riguarda la fibra ottica) conduce ad un'applicazione estensiva dell'art. 2: quest'ultimo troverebbe applicazione per tutte le ipotesi di installazione in fibra ottica, incluse quelle che presuppongono la realizzazione di opere civili o l'effettuazione di scavi.

abitati con popolazione inferiore a diecimila abitanti, il rilascio di concessioni e di autorizzazioni è di competenza del comune, previo nulla osta dell'ente proprietario della strada».

<sup>23</sup> Nella procedura espropriativa il decreto di esproprio può essere emanato solo qualora l'opera da realizzare (e conseguente effettuazione di scavi e occupazione di suolo pubblico) sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente.

Un'ultima questione attiene, infine, al rapporto tra la DIA<sup>24</sup> di cui al-

<sup>24</sup> Innumerevoli sono state le modifiche dell'art. 19, l. n. 241/1990. Non è questo l'ambito più opportuno per descrivere analiticamente l'evoluzione normativa di questa travagliata disposizione. Dopo un'alternanza di decisioni normative in merito all'efficacia della DIA (differita, immediata), l'art. 3, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, le ha conferito in via generale solo un'efficacia differita. La l. 18 giugno 2009, n. 69, all'art. 9, ha reintrodotto, con riferimento all'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE (Direttiva Servizi), "compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante", la DIA immediata. L'art. 85 del d.lg. 26 marzo 2010, n. 59 ha ribadito, identicamente alla versione precedente dell'art. 19, che la DIA differita può iniziare decorsi 30 giorni dalla sua presentazione, previa comunicazione all'amministrazione competente. Permane, con qualche problema di coordinamento, il riferimento alla DIA immediata («Nel caso in cui la dichiarazione di inizio attività abbia ad oggetto l'esercizio di attività di cui al decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/123/CE, l'attività, ove non diversamente previsto, può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente»).

Con l'istituto della DIA differita, che rappresentava la regola, prima della venuta in campo della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), l'operatore della comunicazione presentava allo sportello unico dell'Amministrazione territoriale competente la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione e dagli elaborati progettuali, che asseverava la conformità delle opere da realizzare alla normativa vigente. Dopo trenta giorni dalla presentazione della domanda, l'operatore poteva iniziare i lavori. Decorso il tempo di legge, per la formazione del silenzio assenso, la amministrazione si ritiene che perdesse il potere di provvedere in maniera espressa, residuando poteri di autotutela. A tale riguardo, si cita la seguente giurisprudenza: Cons. St., IV, 24 maggio 2010, n. 3263; Cons. St., IV, 13 maggio 2010, n. 2919; Cons. St., IV, 8 febbraio 2008, n. 429; Cons. St., V, 28 novembre 2008, n. 5909; Cons. St., IV, 19 giugno 2006, n. 3652; Cons. St., 23 dicembre 2005, n. 7359; Cons. St., VI, 27 settembre 2005, n. 5052; Cons. St., V, 12 ottobre 2004, n. 6532; Cons. St., IV, 26 luglio 2004, n. 5326; Cons. St., V, 29 gennaio 2004, n. 308; Cons. St., VI, 04 settembre 2002, n. 4453; Cons. St., V, 11 maggio 1998, n. 554; Cons. St., IV, 3 marzo 1997, n. 200. Sotto il profilo della natura giuridica, la DIA sarebbe per alcuni un atto amministrativo tacito (Cons. St., IV, 25 novembre 2008, n. 5811; Cons. St., VI, 5 aprile 2007, n. 1550; Cons. St., VI, 10 giugno 2003, n. 3265). Per altri (Cons. St., VI, 9 febbraio 2009, n. 717; Cons. St., IV, 22 luglio 2005, n. 3916) la DIA è atto formalmente e soggettivamente privato, cui la legge ricollega l'effetto di abilitare l'istante all'esercizio dell'attività. Il conflitto sembra oggi superato, in modo concorde, dal giudice e dal legislatore. Da un lato, si è pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 15/2011, su rimessione di Cons. St., IV, n. 14/2011, su cui v. G. Greco, *La Scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 359 ss. Si è sottolineato come la principale caratteristica dell'istituto risieda nella sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti pur nella persistenza di un potere successivo di verifica della conformità alla legge dell'attività denunciata. Più di recente il legislatore ha confermato

## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

l'art. 2, l. n. 133/2008 e la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)<sup>25</sup>, di cui all'art. 19, l. n. 241/1990, come modificato recentemente ad opera dell'art. 49, c. 4-*bis*, d. l. n. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122<sup>26</sup>, nella parte in cui sostituisce l'espressione DIA con la denominazione SCIA.

È controverso, infatti, se, per effetto di tale sostituzione, ai fini dell'installazione di reti in fibra ottica, sia sufficiente una SCIA ovvero continui ad applicarsi il regime giuridico proprio della DIA, di cui all'art. 2, l. n. 133/2008.

A tale riguardo, occorre rilevare che una questione analoga è sorta in

tale prospettiva. Dispone oggi l'art. 19, c. 6-*bis*, l. n. 241/1990, aggiunto dall'art. 6, d.l. n. 138/2011, come modificato dalla l. n. 148/2011: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili».

<sup>25</sup> L'impostazione DIA/differita (regola)-DIA immediata (eccezione), è stata travolta dalla segnalazione certificata di inizio attività, che prevede, in ogni caso, l'avvio immediato dell'attività. Il suo avvento ha disposto che le espressioni «Segnalazione certificata di inizio attività» e «SCIA» sostituiscono le espressioni «Dichiarazione di inizio attività» e «DIA», ovunque ricorrano, e la disciplina della SCIA si sostituisce a quella della DIA in qualsiasi normativa, nazionale e regionale, che la richiami. L'oggetto della SCIA è il medesimo della DIA.

Con l'istituto della SCIA, l'operatore della comunicazione elettronica potrà iniziare l'attività contestualmente alla presentazione della segnalazione, senza attendere il decorso di termini. In particolare, l'intervento legislativo ha rideterminato l'ambito dell'art. 19 cit; definito più puntualmente il contenuto della comunicazione del privato alla amministrazione; generalizzato la possibilità di avviare immediatamente l'attività e seguito della dichiarazione, ponendosi in linea di tendenziale continuità con la DIA immediata di cui alla l. n. 69/2009; introdotto un regime sanzionatorio *ad hoc* nel caso di mendace certificazione dei requisiti richiesti per l'avvio dell'attività. L'amministrazione ha a disposizione un termine per verificare la segnalazione e in caso negativo deve inibire la prosecuzione dell'attività, salvo regolarizzazione. Decorso tale termine, l'amministrazione può usare i poteri di autotutela e/interdire l'attività nei casi stabiliti dalla legge.

<sup>26</sup> Il nuovo art. 19, l. n. 241/1990 dispone, infatti, che «ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria».

merito ai rapporti tra il citato art. 19 e gli artt. 22 e 23, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in materia edilizia<sup>27</sup>. Dopo ampio dibattito, si è ritenuto che la SCIA trovi applicazione alla materia edilizia, mantenendo l'identico campo applicativo della DIA<sup>28</sup>. *La querelle* è stata superata dal c.d. decreto sviluppo<sup>29</sup>, che prevede l'estensione della SCIA agli interventi edilizi.

<sup>27</sup> Sul punto erano emerse due opzioni interpretative differenti. Una prima ricostruzione riteneva che la nuova disciplina sulla SCIA non si applicasse alla materia urbanistica. Di contro, altra ricostruzione obiettava che il contenuto dell'art. 19 era riferibile proprio alla materia edilizia. Il Ministero per la semplificazione normativa, nella nota emanata in data 16 settembre 2010 dal Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero per la Semplificazione Normativa, indirizzata alla Regione Lombardia, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ha osservato che: a. il legislatore non ha indicato la DIA edilizia tra i casi in cui non si applica la regola posta dall'art. 19; analizzando i lavori preparatori della legge di conversione del d.l. n. 78/2010 (per cui v. AS 2228), si legge che «la norma ha anche un profilo abrogativo della normativa statale difforme, per cui si deve intendere che ad essa va ricondotta anche la denuncia di inizio attività edilizia, disciplinata dagli artt. 22 e 23 d.P.R. n. 380/2001»; l'art. 49, c. 4-ter, l. n. 122/2010 qualifica la disciplina della SCIA «livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lett. m), art. 117, c. 2, Cost.», così manifestando l'intenzione del legislatore di assicurare alla disposizione un'ampia portata applicativa, tranne i settori espressamente esclusi». Sul punto, si veda C. Rapicavoli, *Segnalazione certificata di inizio attività (Scia) – applicabilità alla normativa edilizia*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

<sup>28</sup> Appare incontrovertito che la SCIA si applica solo agli interventi prima soggetti a DIA (manutenzione straordinaria su parti strutturali, restauro, ristrutturazione edilizia leggera), e non a quelli soggetti a permesso di costruire (ristrutturazioni pesanti, ampliamenti, nuove costruzioni). In tal senso,

R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, 4ª ed., Roma, 2010, 658. Sulla possibilità, prospettata sul piano solo teorico, che la SCIA sostituisca anche il permesso di costruire v., per conclusioni contrastanti, F. Botteon, *Il nuovo art. 19, l. n. 241 del 1990 e la materia dell'edilizia*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010 e F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2010, 1045.

Non sussiste, invece, alcun problema di coordinamento relativamente alla nuova disposizione di cui all'art. 87-bis, d.lg. n. 259/2003, come aggiunto per effetto dell'art. 5-bis, c. 1, d.l. 25 marzo 2010, n. 40, nel testo integrato dalla legge di conversione 28 maggio 2012, n. 70, secondo cui «nel caso di installazione di apparati con tecnologia UMTS, sue evoluzioni o altre tecnologie su infrastrutture per impianti radioelettrici preesistenti o di modifica delle caratteristiche trasmissive, fermo restando il rispetto dei limiti, dei valori e degli obiettivi di cui all'articolo 87 nonché di quanto disposto al comma 3-bis del medesimo articolo, è sufficiente la segnalazione certificata di inizio attività [...]. Qualora entro trenta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda sia stato comunicato un provvedimento di diniego da parte dell'ente locale o un parere negativo da parte dell'organismo competente di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, la denuncia è priva di effetti».

<sup>29</sup> L'attuale art. 19, c. 6-bis, l. n. 241/90, aggiunto dall'art. 5, c. 2, lett. b), n. 2), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, e successivamente modificato dall'art. 6, c. 1, lett. b), d.l. 13 agosto 2011, n. 138, dispone che «nei casi di SCIA in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 [entro il quale la amministrazione, in caso di accertata ca-

## **l'installazione di reti di comunicazione elettronica**

A parere di chi scrive, due sono le possibili opzioni interpretative.

In base ad una prima opzione, il nuovo art. 19, l. n. 241/1990 si applica anche alla materia dell'installazione di reti a banda larga, ragion per cui tali interventi sono realizzabili attraverso una semplice SCIA, senza attendere il decorso del termine legale.

A favore di tale tesi, milita in primo luogo l'argomento letterale. Se, infatti, le espressioni «segnalazione certificata di inizio attività» e «SCIA» sostituiscono, rispettivamente, quelle di «dichiarazione di inizio attività» e «DIA», ovunque esse ricorrano, non si vede perché tale paradigma non dovrebbe funzionare anche per la banda larga.

Tuttavia, può valere anche l'argomento *a contrario* per cui se il legislatore avesse voluto escludere la DIA per la fibra ottica dall'ambito di applicazione della SCIA, lo avrebbe detto espressamente. Siccome non l'ha espressamente esclusa, bisogna dedurne che abbia inteso ricomprenderla nell'ambito della SCIA.

Sotto il profilo sistematico, poi, l'art. 49, c. 4-ter, l. n. 122/2010 dispone che la disciplina della SCIA costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ai sensi della lett. m) dell'art. 117, c. 2, Cost. Se la SCIA richiama una disciplina di principio, da ciò è ragionevole desumere che alla SCIA si vuole assicurare la massima portata applicativa, estendendola anche alla DIA per la fibra ottica.

In base a differente opzione, che rifiuta sia l'argomento letterale che sistematico, l'art. 19, l. n. 241/1990 non è idoneo a travolgere l'istituto della DIA di cui alla l. n. 133/2008, per cui gli interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica continueranno ad essere realizzati attraverso la presentazione di una DIA, dopo il decorso del relativo termine.

A tale riguardo, l'applicazione della SCIA alla materia urbanistica farebbe propendere per una soluzione favorevole anche relativamente alla banda larga. In tale caso, si riterrebbe possibile avviare i lavori di installazione immediatamente per effetto della semplice presentazione della domanda.

renza dei requisiti e dei presupposti stabiliti dalla legge, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa] è ridotto a trenta giorni». A tale riguardo: R. De Nicolis, *Natura giuridica della denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. app.*, 2003, 1374 ss.; P. Marzaro Gamba, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2005; M. Mattiuzzi, *Dia edilizia, tutela del terzo e ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel giudizio amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 10 ss.

Tuttavia, tale interpretazione non è immune da inevitabili conseguenze problematiche.

La SCIA, infatti, per sua natura, consente da subito l'inizio dei lavori e tale circostanza, a parere di chi scrive, appare comunque idonea a comprimere gli interessi primari di tipo pianificatorio sottesi al procedimento di cui all'art. 2, l. 133/2008, soprattutto se si considera che l'investimento della banda larga è attualmente in fase di piena espansione.

L'avvio di lavori multipli, da parte di svariati centri di interesse, anche privati, in tempi differenziati, su tutto il territorio nazionale, senza attendere il decorso del termine legale, potrebbe, infatti, creare problemi rilevanti in merito alla corretta gestione del territorio, costringendo gli enti locali ad azioni postume poco efficaci e sottoponendo la popolazione a possibili disservizi causati dalla conseguente manomissione senza controllo delle aree pubbliche.

È vero, infatti, che la semplificazione e velocizzazione delle procedure costituisce un obiettivo primario con riferimento alla realizzazione di reti di comunicazione a larga banda, dorsali e cittadine. Tale obiettivo, tuttavia, non pare possa essere perseguito fino al punto di sacrificare le esigenze di buon andamento della amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., connesse ad un equilibrato assetto e sviluppo del territorio.

La DIA di cui all'art. 2, l. n. 133/2008, invece, sembra costituire un buon punto di bilanciamento degli interessi contrapposti: da un lato, l'interesse del privato a avviare quanto prima i lavori, ma non prima del decorso del termine legale; dall'altro, l'interesse pubblico ad una corretta ed equilibrata ponderazione delle motivazioni sottese alla domanda, assieme alle ulteriori esigenze pubblicistiche e alla conformità del progetto con la normativa generale urbanistica ed edilizia.

#### **4. Coubicazione e condivisione di infrastrutture**

La normativa attualmente vigente consente, piuttosto che costruire nuove infrastrutture, di condividere strutture o proprietà.

Tuttavia, le varie disposizioni che si occupano della materia, nel seguito elencate, non si preoccupano di definire le nozioni dioubicazione e di condivisione, ma solo di individuare la relativa disciplina attuativa.

A tale proposito, l'Agcom ha chiesto al mercato, nell'ambito della consultazione pubblica avviata con delibera n. 510/10/Cons, il significato specifico da conferire a tali termini.

Con la delibera n. 622/11/Cons, di chiusura della consultazione pub-

## L'installazione di reti di comunicazione elettronica

blica e approvazione del Regolamento in materia di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica per collegamenti dorsali e coubicazione e condivisione di infrastrutture, l'Agcom ha disposto che la «*condivisione*» è un termine generale comprendente qualsiasi forma di sfruttamento in comune delle risorse fisiche passive in rete di accesso<sup>30</sup> e in rete dorsale<sup>31</sup> (quali, ad esempio, cavedi, cavidotti, condotti, edifici, incluso verticale di palazzo), con possibile concorrenza di proprietà e responsabilità, mentre «*coubicazione*» e «*colocazione*» sono sinonimi e costituiscono forme particolari di *condivisione* di uno spazio da parte di più attori, che possono anche non avere alcuna relazione commerciale tra loro, per alloggiamento di apparati e componenti di rete.

Occorre a questo punto individuare la normativa di riferimento, che risulta essere differenziata a seconda del soggetto destinatario dell'obbligo di condivisione.

In particolare, è opportuno distinguere a seconda che l'imposizione della condivisione gravi su: a) operatori SMP; b) operatori non SMP; c) enti pubblici (o assimilati); d) soggetti privati.

Gli operatori SMP hanno l'obbligo di consentire la coubicazione o la condivisione degli impianti, incluso condotti, edifici o piloni, ai sensi dell'art. 49, c. 1, lett. f), d.lg. n. 259/2003 e l'Agcom può intervenire per imporre loro di consentire tale coubicazione/condivisione<sup>32</sup>.

Tutti gli operatori indistintamente (sia SMP sia non SMP) hanno l'obbligo di consentire la condivisione di infrastrutture a particolari condizioni e, ai sensi dell'art. 89, c. 2, d.lg. n. 259/2003<sup>33</sup>, l'Agcom può intervenire per imporla, qualora gli operatori richiedenti non dispongano di valide alternative a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> La rete di accesso è l'insieme dei collegamenti che connettono l'utente con una rete (di *backhaul* o *backbone*) per l'utilizzazione di servizi.

<sup>31</sup> La rete dorsale è una rete di comunicazione elettronica, distinta dalla rete locale dell'operatore, interessante aree di proprietà di uno o più Enti, pubblici (anche concessionari) o privati.

<sup>32</sup> A tal riguardo, si rinvia agli obblighi regolamentari già imposti dalla delibera n. 731/09/Cons nei mercati dell'accesso alla rete fissa (mercati n. 1, e 5 fra quelli individuati dalla raccomandazione 2007/879/Ce), come integrata dalla delibera n. 1/10/Cons e dalla delibera n. 260/10/Cons.

<sup>33</sup> Sia nella versione originaria sia in quella attuale, relativa al nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al testo consolidato con le modifiche di cui al d.lg. n. 70/2012.

<sup>34</sup> Si ritiene che la valutazione in merito alla sussistenza di tali ragioni ostative non

La norma appare criptica, in quanto una sua interpretazione letterale comporterebbe la possibilità per l'Agcom, su istanza di parte o anche *ex officio*, di valutare tutti gli interessi in conflitto (tutela dell'ambiente, salute pubblica, pubblica sicurezza o realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale) e di decidere, a valle di una pubblica consultazione, di obbligare taluno operatore alla condivisione di infrastrutture.

Tale interpretazione estensiva sembrerebbe provare troppo, in quanto la sua adozione comporterebbe il conferimento in capo all'Agcom di mansioni al di fuori della propria sfera istituzionale, perimetrata dalla l. n. 249/1997.

Un'interpretazione più conforme alla *ratio* di sistema conduce, invece, a risultati diversi: l'Agcom non avrebbe la possibilità di valutare interessi che non rientrano nella propria competenza istituzionale e potrebbe imporre la condivisione, dopo aver sentito il mercato (evidentemente per stabilire le modalità più eque di condivisione di strutture e impianti), solo dopo che altro centro istituzionale competente a valutare gli interessi in conflitto<sup>35</sup> abbia accertato l'impossibilità di procedere all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica, per i motivi specificati all'art. 89<sup>36</sup>.

Ciò detto, si osserva che la nuova direttiva quadro n. 2009/140/Ce ha introdotto, all'art. 12, alcune modifiche alla disciplina in materia di coibitazione/condivisione<sup>37</sup>. Tale direttiva è stata recepita dal legislatore interno

competa all'Autorità, bensì all'ente locale preposto. Solo dopo che l'ente proposto abbia terminato il relativo procedimento amministrativo con un provvedimento di rigetto, l'AGCOM potrà avviare il procedimento per l'imposizione dell'obbligo di condivisione all'operatore titolare dell'infrastruttura preesistente (nelle forme della previa consultazione pubblica di cui all'art. 89 del Codice).

<sup>35</sup> Si tratta degli enti locali, secondo quanto previsto dal d.lg. n. 259/2003 e, per la fibra ottica, dalla l. n. 133/2008.

<sup>36</sup> Si tratta, per l'appunto, degli interessi di tutela dell'ambiente, della salute pubblica, della pubblica sicurezza o della realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale.

<sup>37</sup> L'art. 12, direttiva n. 2009/140/ce dispone: «1. Quando un'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica ha il diritto, in forza della legislazione nazionale, di installare strutture su proprietà pubbliche o private ovvero al di sopra o al di sotto di esse, oppure può avvalersi di una procedura per l'espropriazione o per l'uso di una proprietà, le autorità nazionali di regolamentazione hanno la facoltà di imporre la condivisione di tali strutture o proprietà, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità, ivi compresi tra l'altro edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione. 2. Gli Stati membri possono imporre ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 di condividere le strutture o la proprietà (compresa la coibitazione fisica) o di adottare misure volte a facilitare il coordinamento di lavori pubblici per tutelare l'ambiente, la salute pubblica, la pubblica sicurezza o per realizzare obiettivi di



## L'installazione di reti di comunicazione elettronica

con ritardo, per effetto del d.lg. 28 maggio 2012, n. 70, recante le modifiche al d.lg. n. 259/2003.

L'istituto della condivisione, come ridisegnato dalla cit. direttiva n. 2009/140/CE e dal d.lg. n. 259/2003, nella sua attuale versione, appare significativamente ampliato quanto al suo ambito applicativo<sup>38</sup>.

Nel vigore della vecchia versione dell'art. 12, attuata dall'art. 89, c. 2, d.lg. n. 259/2003, infatti, la coubicazione era imposta dall'Agcom, a richiesta di un operatore (soggetto attivo) verso altro operatore (soggetto passivo), solo a valle di un procedimento amministrativo nel corso del quale, dopo attenta valutazione di tutti gli interessi in conflitto, l'autorità competente (ente locale) escludeva l'assenza di valide alternative «a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale». La posizione dell'operatore richiedente la coubicazione/condivisione appariva qualificarsi nei termini di un interesse legittimo pretensivo.

pianificazione urbana o rurale e soltanto dopo un adeguato periodo di pubblica consultazione nel corso del quale a tutte le parti interessate è data la possibilità di esprimere il proprio parere. Tali disposizioni su condivisione o coordinamento possono comprendere regole sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà. 3. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali, previo adeguato periodo di consultazione pubblica nel corso del quale tutte le parti interessate hanno la possibilità di esprimere le proprie opinioni, abbiano anche la facoltà di imporre obblighi in relazione alla condivisione del cablaggio all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio, ai titolari dei diritti di cui al paragrafo 1 e/o al proprietario di tale cablaggio, se ciò è giustificato dal fatto che la duplicazione di tale infrastruttura sarebbe economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile. Tra queste disposizioni in materia di condivisione o coordinamento possono rientrare norme sulla ripartizione dei costi della condivisione delle strutture o delle proprietà, adattate se del caso in funzione dei rischi. 4. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali di regolamentazione possano richiedere alle imprese di fornire le informazioni necessarie, su richiesta delle autorità competenti, per consentire a queste ultime, di concerto con le autorità nazionali di regolamentazione, di elaborare un inventario dettagliato della natura, disponibilità e ubicazione geografica delle strutture di cui al paragrafo 1, e metterlo a disposizione delle parti interessate. 5. I provvedimenti adottati da un'autorità nazionale di regolamentazione conformemente al presente articolo sono obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Se del caso, tali provvedimenti sono eseguiti in coordinamento con le autorità locali».

<sup>38</sup> Come si argomenterà più diffusamente in seguito, si osserva che prima del recepimento in Italia della direttiva n. 2009/140/Ce, prendendo spunto dalle osservazioni di parte del mercato nel corso della consultazione pubblica che ha preceduto l'approvazione della delibera n. 622/10/Cons, l'Autorità aveva ritenuto che la nuova versione dell'art. 12 fosse *self executing*, e in quanto tale, non richiedesse specifiche ulteriori precisazioni in merito alle sue modalità attuative, potendo trovare diretta attuazione anche in assenza della norma nazionale di recepimento.

Per effetto della modifica comunitaria e nazionale, attualmente sussistono varie forme di coubicazione.

In aggiunta a quella, non modificata, di cui all'originario art. 89, c.2, se ne è aggiunta una seconda tipologia: con riferimento alla versione novellata dell'art. 12, c. 1, della direttiva, in combinato disposto con il c. 3, nonché al c. 1 del nuovo art. 89, in combinato disposto con il c. 5-*bis*, l'imposizione dell'obbligo di condivisione è una facoltà che l'Agcom può attuare *sic et simpliciter*, nei casi in cui ritenga che le condizioni concorrenziali lo richiedano.

Tale condivisione può avere ad oggetto «edifici o accesso a edifici, cablaggio degli edifici, piloni, antenne, torri e altre strutture di supporto, condotti, guaine, pozzetti e armadi di distribuzione».

In tal caso, la posizione dell'operatore richiedente potrebbe qualificarsi in termini di diritto soggettivo perfetto, in quanto l'Agcom non deve valutare interessi in conflitto, ma solamente verificare la fattibilità dell'operazione sotto un profilo economico/concorrenziale.

Qualora il cablaggio avvenga «all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio», la coubicazione sarà preceduta da una consultazione pubblica e sarà subordinata alla verifica che la duplicazione di tale infrastruttura è economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile.

A tale riguardo, occorre focalizzare l'attenzione sul soggetto passivo di questo particolare tipo di coubicazione (all'interno di edifici o fino al primo punto di concentrazione/distribuzione). In tal caso, esso non corrisponde *tout court* con l'impresa che fornisce reti di comunicazione elettronica, ma anche (e/o) con il «proprietario del cablaggio».

Non è chiaro, infatti, se il soggetto proprietario del cablaggio sia un operatore di rete, ovvero un soggetto diverso, pubblico o privato.

Se accediamo alla prima opzione interpretativa (proprietario del cablaggio=operatore di rete), l'Agcom potrà imporre la coubicazione solo all'operatore.

Se accediamo alla seconda opzione interpretativa (proprietario del cablaggio=soggetto pubblico), in deroga a quanto normalmente avviene per i soggetti pubblici<sup>39</sup>, l'Agcom potrà obbligare anche un soggetto pubblico a questo particolare tipo di coubicazione.

<sup>39</sup> In base alla legislazione vigente, i soggetti pubblici hanno un obbligo diretto di condivisione, ma in tal caso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non ha alcun potere in merito alla possibilità di ordinare loro la condivisione delle infrastrutture.

## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Se accediamo alla terza opzione interpretativa (proprietario del cablaggio=soggetto privato), in deroga a quanto normalmente accade per i soggetti privati<sup>40</sup>, il potere dell'Agcom di imporre la coubicazione sarà esteso anche a tali soggetti.

A parere di chi scrive, appaiono maggiormente condivisibili le prime due opzioni, in quanto l'adesione alla terza comporterebbe l'atipico e innovativo allargamento dei poteri dell'Agcom anche verso soggetti privati, normalmente esclusi dal suo raggio di azione e di competenze.

Passando all'analisi della posizione dei soggetti/concessionari pubblici che non siano operatori di comunicazione elettronica, essi hanno un obbligo diretto di condivisione, ma in tal caso l'Agcom non ha alcun potere in merito alla possibilità di ordinare loro la condivisione delle infrastrutture<sup>41</sup>.

In particolare, le figure soggettive esercenti pubblici servizi o titolari di pubbliche funzioni hanno l'obbligo, sulla base di accordi commerciali a condizioni eque e non discriminatorie, di consentire l'accesso alle proprie infrastrutture civili disponibili, a condizione che non venga turbato l'esercizio delle rispettive attività istituzionali (art. 88, c. 12, d.lg. n. 259/2003).

In senso rovesciato (dal lato del titolare del diritto) l'operatore di comunicazioni elettroniche ha facoltà di utilizzare per la posa della fibra nei cavidotti, senza oneri, le infrastrutture civili già esistenti di proprietà a qualsiasi titolo pubblica o comunque in titolarità di concessionari pubblici (art. 2, c. 2, l. n. 133/2008). I soggetti pubblici non possono opporsi all'installazione, nella loro proprietà, di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica, ad eccezione dei casi che si tratti di beni facenti parte del patrimonio indisponibile (art. 2, c. 2, l. n. 133/2008); per la realizzazione e la manutenzione di reti di comunicazione elettronica, ad uso pubblico, può essere occupata una sede idonea, lungo il percorso delle autostrade, gestite in concessione e di proprietà del concessionario, all'interno delle reti di recinzione (art. 94, d.lg. n. 259/2003).

Da tali norme non sembra emergere alcun potere generale dell'Agcom di ordinare agli enti/concessionari pubblici la condivisione delle infrastrutture.

Un'eccezione a tale principio riguarda il caso in cui la condivisione suddetta sia strumentale alla realizzazione di una rete dorsale. Solo in tal

<sup>40</sup> In base alla legislazione vigente, i soggetti privati proprietari di infrastrutture di posa non sono tenuti a condividerle e nemmeno a soggiacere agli obblighi di vigilanza e sanzionatori dell'Autorità in materia.

<sup>41</sup> Tranne il caso previamente analizzato in cui la coubicazione avviene all'interno di edifici o fino al primo punto di concentrazione/distribuzione.

caso, infatti, l'Agcom potrebbe ordinare a tali enti/concessionari pubblici la condivisione delle infrastrutture, in forza dell'art. 2, l. n. 133/2008, che, nell'assegnare all'Autorità il compito di emanare un regolamento in materia di installazione di reti dorsali, implicitamente le riconosce anche il potere di imporre la condivisione di una dorsale su suolo pubblico, vigilare sul rispetto della normativa e sanzionare le inosservanze.

Pertanto, fatta salva l'ipotesi della rete dorsale, l'Agcom ritiene di non potere usare in tema di obblighi di condivisione, nei confronti di tali soggetti pubblici, il potere di ordine né la leva sanzionatoria di cui alla legge istitutiva.

Con riferimento ai soggetti privati, la normativa non pare prenderli in considerazione quali soggetti passivi dell'obbligo di condivisione, facendo, invece, riferimento ai soli «operatori che gestiscono una rete di comunicazione elettronica»<sup>42</sup>.

A tale riguardo, si ritiene che i soggetti privati proprietari di infrastrutture di posa non siano, pertanto, tenuti a condividerle e nemmeno a soggiacere agli obblighi di vigilanza e sanzionatori dell'Agcom in materia.

Sotto il profilo attuativo, l'Agcom ha ribadito la diretta applicabilità della direttiva n. 2009/140/UE anche prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 70/2012, declinando, all'art. 8 del Regolamento di cui alla delibera n. 622/11/Cons, gli obblighi di condivisione in capo agli operatori, ai sensi dell'art. 89, d.lg. n. 259/2003 (originaria versione) e dell'art. 12 della citata direttiva.

Il Regolamento ha previsto, altresì, in capo all'operatore che abbia ricevuto (dall'ente locale) un provvedimento di diniego in merito alla richiesta di conferimento di diritti di passaggio per interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica e che intenda chiedere l'attivazione di imposizione della condivisione o coubicazione, un obbligo di comunicazione strumentale di tale provvedimento di diniego all'Autorità (art. 8, c. 4).

Nel seguito, l'Agcom ha messo in rilievo il potere generale di incoraggiare la condivisione delle infrastrutture, previsto dall'originaria versione dell'art. 89, c. 1, d.lg. n. 259/2003, cui rimanda l'art. 2, c. 3, l. n. 133/2008.

Tale compito appare, tuttavia, sprovvisto di ulteriori specifiche indicazioni sulle modalità con cui la stessa possa contribuire a favorire la condivisione.

<sup>42</sup> Tranne il caso previamente analizzato in cui la coubicazione avviene all'interno di edifici o fino al primo punto di concentrazione/distribuzione.

## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Al riguardo, l'Agcom ha ritenuto che un primo profilo si concretizzi nel favorire gli accordi di condivisione, intervenendo, ad esempio, laddove gli operatori non riuscissero a completare la negoziazione (funzione conciliativa).

Altro e più penetrante ambito di intervento consiste nella formazione di un costituendo archivio telematico, contenente l'insieme delle infrastrutture di posa esistenti e realizzato sulla base delle informazioni fornite dai soggetti destinatari degli obblighi di pubblicizzazione e comunicazione delle infrastrutture da essi gestite e degli interventi, programmati, in tale materia. Tale catasto dovrà essere dinamicamente aggiornato, mediante la conoscenza dei progetti di realizzazione di scavi e posa di cavidotti o delle opere civili atte alla posa dei cavi e fibre ottiche. L'Agcom sarà tenuta a vigilare in merito al rispetto delle norme sul catasto e ad avviare, nei confronti dei soggetti che non ottemperino agli ordini impartiti, eventuali procedimenti sanzionatori, ai sensi della l. n. 249/1997 (artt. 10-14).

È appena il caso di riferire che la previsione del Catasto da parte di Agcom, avvenuta in diretta attuazione della direttiva del 2009, prima dell'entrata in vigore del d.lg. n. 70/2012, può creare qualche problema di coordinamento con l'attuale versione dell'art. 89, c. 3 e c. 4, i quali prevedono l'elaborazione di un archivio telematico da parte del Ministero dello sviluppo economico<sup>43</sup>.

Al di là delle differenze terminologiche e nominalistiche (catasto-archivio telematico), infatti, occorrerà, in primo luogo, chiarire se il d.lg. n. 70/2012 sia conforme con l'art. 12 della direttiva.

Tale conformità appare controversa, innanzitutto perché vi è una certa

<sup>43</sup> «Qualora l'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica comporti l'effettuazione di scavi all'interno di centri abitati, gli operatori interessati devono provvedere alla comunicazione del progetto in formato elettronico al Ministero, o ad altro Ente delegato, per consentire il suo inserimento in un apposito archivio telematico, affinché sia agevolata la condivisione dello scavo con altri operatori e la coubicazione dei cavi di comunicazione elettronica conformi alle norme tecniche UNI e CEI. L'avvenuta comunicazione in forma elettronica del progetto costituisce un presupposto per il rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 88».

«Entro il termine perentorio di trenta giorni, a decorrere dalla data di presentazione e pubblicizzazione del progetto di cui al comma 3, gli operatori interessati alla condivisione dello scavo o alla coubicazione dei cavi di comunicazione elettronica, possono concordare, con l'operatore che ha già presentato la propria istanza, l'elaborazione di un piano comune degli scavi e delle opere. In assenza di accordo tra gli operatori, l'Ente pubblico competente rilascia i provvedimenti abilitativi richiesti, in base al criterio della priorità delle domande».

ambiguità dell'attuale art. 12, c. 4, in merito all'individuazione del centro di competenza autorizzato a creare l'archivio.

Una lettura aderente al testo, potrebbe portare a ritenere che l'archivio debba essere formato e gestito dall'Agcom, quale autorità nazionale di regolamentazione competente in materia o, al più, dal Ministero di concerto con Agcom.

Siffatta interpretazione dimostrerebbe, pertanto, il contrasto del d.lg. n. 70/2012 con la direttiva comunitaria, nella parte in cui prevede che sia il Ministero a formare l'archivio ovvero nella parte in cui non prevede che esso sia formato dal Ministero di concerto con l'Agcom.

## **5. Le reti dorsali nella disciplina attuativa. L'attività sanzionatoria dell'Agcom**

L'art. 2, c. 3, l. n. 133/2008 dispone laconicamente che «all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni compete l'emanazione del regolamento in materia di installazione delle reti dorsali».

Il compito dell'Agcom è consistito, pertanto, nella delimitazione della sua sfera di poteri e competenze in materia, alla luce dei principi generali, coadiuvata dall'intervento di operatori e soggetti istituzionali nell'ambito della consultazione pubblica avviata con delibera n. 510/10/Cons. e conclusa con delibera n. 622/11/Cons.

L'Agcom, pertanto, ha determinato alcuni principi generali, con riflessi anche sulle procedure, per un'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, alla luce delle pratiche discriminatorie segnalate nel corso della consultazione.

Nel quadro di semplificazione e omogeneizzazione delle procedure, l'Agcom ha stabilito alcune regole comuni connesse alla realizzazione di nuove infrastrutture dorsali e l'accesso a quelle esistenti.

A tale fine, è stato necessario contestualizzare l'intervento, in modo da identificare i poteri conferiti dalla legge all'Agcom, attività resa particolarmente complessa dal fatto che l'art. 2, c. 3, l. n. 133/2008 sembra conferire a quest'ultima un'ampissima sfera di discrezionalità, solo delimitata dal suo ambito applicativo (la rete dorsale).

Attraverso l'analisi della delibera n. 622/11/Cons, non pare, tuttavia, che l'Agcom abbia individuato norme procedurali in una materia in cui manchi del tutto la disciplina da parte di leggi o atti aventi forza di legge: per tale via, si sarebbe portati ad escludere che la citata delibera abbia natura di regolamento indipendente.

## **l'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Piuttosto, la delibera n. 622/10/Cons. pare contenere solo disposizioni attuative della normativa primaria, potendo qualificarsi alla stregua di un regolamento attuativo/integrativo<sup>44</sup>.

Il soggetto passivo degli obblighi scaturenti dalla delibera n. 622/11/Cons non è «l'ente locale», quale soggetto istituzionalmente preposto per legge a ricevere le domande per la realizzazione di dorsali o l'accesso a quelle esistenti, bensì gli enti «titolari» di reti atte alla realizzazione di reti dorsali (si deve trattare di enti pubblici, inclusi gli organismi di diritto pubblico e i concessionari pubblici, con l'esclusione dei soggetti privati).

Gli obblighi che ricadono su questi enti sono soprattutto di tipo informativo. Infatti, essi devono pubblicare una serie di informazioni riguardanti le procedure e le condizioni per la realizzazione, sul suolo da essi gestito, di nuove infrastrutture e per l'accesso a quelle esistenti<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> A tale riguardo, in dottrina e giurisprudenza è discussa l'ammissibilità del conferimento del potere regolamentare in capo alle autorità amministrative indipendenti. Un primo indirizzo non ammette l'attribuzione di un potere normativo in capo alle Autorità, attesa la loro estraneità al circuito di legittimazione democratica. Un secondo indirizzo ritiene che la copertura costituzionale dei poteri normativi attribuiti alle Autorità deriva dagli artt. 21,41,47 e 97 Cost., nonché dai principi comunitari di concorrenza, libertà di circolazione e stabilimento nonché tutela del risparmiatore. Le Autorità indipendenti sarebbero dotate di poteri normativi. Cfr. Cons. St., VI, 11 aprile 2006, n. 7972; Cons. St., VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. St., VI, 11 aprile 2007, n. 2007; Cons. St., VI, 20 aprile 2006, n. 2201; Cons. St., VI, 2 maggio 2006, n. 2444.

Il Consiglio di Stato, Sezione atti consultivi, si è anche espresso sulla materia in sede di parere 25 febbraio 2005, n. 11603. Nell'avallare la scelta di conferire all'ISVAP poteri regolamentari, l'organo giurisdizionale ha confermato l'esistenza di poteri di formazione secondaria in capo alle autorità indipendenti in materie non coperte da riserva di legge.

In generale, sui poteri di regolazione delle autorità indipendenti: M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49 ss.; G. Puccini, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in *La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, a cura di P. Caretti e M. C. Grisolia, Bologna, Il Mulino, 2010, 409 ss.; R. Chiappa e V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 203.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 4, c. 1, delibera n. 622/11/Cons, infatti, tali soggetti devono indicare:

- a) L'ente o ufficio competente cui inviare la domanda dell'interessato volta all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica;
- b) gli elementi e le informazioni da allegare alla domanda;
- c) l'individuazione delle zone in cui è vietata l'installazione, in cui è consentita solo a particolari condizioni e in cui è sempre consentita;
- d) le modalità di esercizio e i limiti dei diritti di accesso ed uso di infrastrutture esistenti, le procedure e le condizioni per rinnovare tali diritti oltre alle procedure per gli eventuali spostamenti o dismissioni delle infrastrutture;
- e) lo spazio da riservare nelle altre infrastrutture all'ente pubblico proprietario o al-

Un aspetto rilevante del Regolamento è il riconoscimento in capo all'Agcom di nuovi poteri sanzionatori<sup>46</sup>, come necessaria conseguenza del conferimento alla medesima di poteri regolamentari<sup>47</sup>.

In particolare, la regolamentazione in materia di reti dorsali del rapporto tra concessionario/ente/soggetto-pubblico ed operatore, comporta la possibilità per l'Agcom di ordinare l'accesso alla proprietà o a infrastrutture a specifiche condizioni (quelle per l'appunto previste dal Regolamento) e sanzionare l'inosservanza dell'ordine.

l'organismo di diritto pubblico o concessionario che le ha in gestione, per suo uso personale o per fini istituzionali;

f) le condizioni contrattuali inerenti il rapporto tra l'ente concessionario o l'ente pubblico proprietario o l'organismo di diritto pubblico, titolare di reti, e l'operatore interessato a installare reti dorsali in fibra ottica;

g) gli oneri (*una tantum* e/o mensili secondo le modalità di applicazione ritenute congrue) connessi al conferimento dei diritti di passaggio o all'accesso e all'uso delle infrastrutture di posa esistenti. Tali oneri sono previsti, ai sensi della vigente normativa, nel caso in cui gli enti proprietari, i concessionari o gli organismi di diritto pubblico titolari di reti o infrastrutture sostengano spese per la realizzazione di infrastrutture quali cavedi multi-servizi, condotti o, comunque, cavidotti per il passaggio di cavi di telecomunicazioni o per opere connesse a tale finalità, per le opere di sistemazione e manutenzione delle infrastrutture o aree pubbliche specificamente coinvolte dagli interventi, conseguenti il conferimento dei diritti di passaggio e/o accesso ed uso delle infrastrutture esistenti, e per il ripristino a regola d'arte delle aree medesime;

h) le istruzioni tecniche per la realizzazione di nuove infrastrutture e per l'uso delle infrastrutture esistenti. Gli Enti proprietari o gestori di infrastrutture di cui al presente articolo promuovono l'adozione delle moderne tecniche di scavo (comunque a minori costi ed impatto ambientale, nel rispetto delle esigenze di sicurezza e delle norme tecniche) e definiscono requisiti tecnici e di ripristino del suolo proporzionati all'intervento richiesto dall'operatore;

i) le sanzioni amministrative, ove applicabili, per la violazione della normativa di settore;

j) Le penali relative al ripristino delle condizioni iniziali nel caso di danni arrecati alle infrastrutture pre-esistenti;

k) Le regole per la preventiva divulgazione degli interventi pianificati, allo scopo di ottenere supporto da altri operatori che intendono realizzare o installare infrastrutture nella stessa area.

<sup>46</sup> Occorre precisare che nel richiamato regolamento n. 622/11/CONS, l'Agcom ha mantenuto un approccio neutrale, non andando a incidere sulla normativa preesistente di rango primario, stabilendo, quindi, regole che possano applicarsi sia qualora la domanda sia effettuata ai sensi dell'art. 2 l. n. 133/2008 sia qualora sia presentata una domanda per l'ottenimento di un'autorizzazione ai sensi del d.lg. n. 259/03.

<sup>47</sup> L'art. 7 del Regolamento dispone che «L'Autorità vigila in merito al rispetto delle disposizioni di cui agli articoli precedenti in materia di reti dorsali e, ai soggetti che non ottemperano agli ordini ivi impartiti, commina le sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla l. n. 249/1997».



## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Al riguardo, l'Agcom ha ritenuto che non esista alcun impedimento giuridico di principio all'irrogazione di sanzioni amministrative da parte di Autorità indipendenti nei confronti di soggetti pubblici (anche diversi dagli operatori di comunicazione elettronica). L'Agcom, altresì, ha ritenuto che il potere sanzionatorio rinvenga il proprio naturale fondamento normativo nell'art. 1, c. 31, l. n. 249/1997, per la generale violazione di ordini e diffide dell'Autorità<sup>48</sup>.

Al di là dei poteri riconosciuti dall'Agcom in materia di interventi di installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica, occorre chiedersi se ed entro quali limiti il soggetto richiedente/operatore della comunicazione possa procedere all'installazione senza il consenso del proprietario dell'area.

Dal complesso delle norme, sembra emergere il dato per cui l'installazione di una rete presuppone l'attivazione di una procedura amministrativa, sia essa di tipo autorizzatorio (artt. 87 e 88, d.lg. n. 259/2003) ovvero una DIA/SCIA (l. n. 133/2008, l. n. 241/1990, e sue modifiche).

Ai sensi dell'art. 91, c. 1, d.lg. n. 259/2003, in via di eccezione, il consenso del proprietario dell'area sembra non essere necessario qualora si tratti di installazione di fili/cavi senza appoggio «aerea» o «laterale».

Nel caso di installazione con appoggio di antenne, sostegni, condutture, fili o altri impianti, invece, il consenso del proprietario sembra non essere necessario solo nel caso in cui sussista una «richiesta di utenza degli inquilini o dei condomini» (art. 91, c. 2, d.lg. n. 259/2003). In altri termini, il proprietario dell'area non potrà opporsi al passaggio qualora un condomino/condominio vanti un diritto di utenza, *alias* quando l'utilità finale consistente nel «servizio di comunicazione elettronica» possa essere soddisfatta solo attraverso il passaggio dei fili su suolo altrui, per la mancanza di valide alternative.

Tale assetto degli interessi sembra essere stato recentemente alterato per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 2, c. 15, l. n. 133/2008, che estende l'applicazione dell'art. 91 d.lg. n. 259/2003 alla fibra ottica<sup>49</sup>, ma esclude la necessità, in tal caso, della preventiva richiesta di utenza.

<sup>48</sup> Il d.lg. n. 259/2003, all'art. 98, c. 11, trova applicazione solo in relazione a violazioni di disposizioni regolamentari che rinvengano il proprio fondamento in una fonte primaria del Codice stesso, mentre il Regolamento sulle reti dorsali trova la sua fonte primaria nell'art. 2 l. n. 133/2008. Pertanto, le violazioni del regolamento sulle reti dorsali devono ritenersi attratte nel presidio sanzionatorio della cit. legge n. 249/1997.

<sup>49</sup> L'art. 2, c. 15, l. n. 133/2008 dispone che «gli articoli 90 e 91 del d.lg. 1 agosto 2003, n. 259, si applicano anche alle opere occorrenti per la realizzazione degli impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica su immobili di proprietà privata, senza la necessità di alcuna preventiva richiesta di utenza».

In base ad una prima opzione interpretativa, il proprietario dell'area non potrà opporsi al passaggio di fili/cavi in fibra ottica senza appoggio ovvero con appoggio di antenne, sostegni, condutture, fili o altri impianti.

Tuttavia, tale opzione sembra provare troppo, in quanto condurrebbe ad ampliare indiscriminatamente l'ambito applicativo della norma, senza tutele e garanzie per il proprietario dell'area.

Appare più conforme allo spirito della novella legislativa, dunque, una seconda opzione, che riguarda la distribuzione dell'onere probatorio.

In particolare, nel primo caso di cui all'art. 91, c. 2, d.lg. n. 259/2003, l'onere probatorio incomberebbe sul richiedente l'installazione, il quale dovrebbe dimostrare l'esistenza del «diritto di utenza». In assenza di tale prova, il proprietario dell'area potrebbe legittimamente rifiutarsi di concedere il passaggio dei cavi/impianti.

Nel caso di cui all'art. 2, c. 15, l. n. 133/2008, si invertirebbe l'onere probatorio: il richiedente l'installazione in fibra ottica potrebbe, anche contro la volontà del proprietario, avviare le conseguenti attività, senza la necessità di provare l'esistenza di un diritto di utenza. Spetterà, viceversa, al proprietario l'onere di dimostrare che tale diritto di utenza non sussiste, al fine di impedire l'installazione.

## 6. Conclusioni

La normativa in materia di comunicazioni elettroniche è ampia ed eterogenea, perché essa non costituisce una singola “materia” *tout court*, bensì un fascio di interessi, dotati di autonoma rilevanza costituzionale.

Spetta quindi all'interprete, di volta in volta, verificare quale sia l'aspetto correlato alle reti di interesse (tutela della salute; ordinamento della comunicazione; governo del territorio; coordinamento informativo statistico e informatico, tutela della concorrenza, tutela dell'ambiente e via discorrendo), al fine di compiere un corretto inquadramento costituzionale (legislazione statale esclusiva, regionale concorrente o esclusiva).

L'oggetto principale dell'indagine concerne, tuttavia, il solo governo del territorio, con particolare riferimento alle problematiche applicative correlate all'implementazione delle procedure amministrative occorrenti per l'installazione delle reti.

Si è chiarito, infatti, che quando un operatore intende installare fibra ottica, sarà sufficiente richiedere una semplice DIA, ai sensi dell'art. 2, l. n. 133/2008, ovvero, a seconda dell'opzione interpretativa prescelta, una SCIA.

## **L'installazione di reti di comunicazione elettronica**

Si è evidenziato, altresì, che se l'installazione avviene (piuttosto che su suolo pubblico) su strade pubbliche, si ritiene trovi applicazione, in luogo della l. n. 133/2008, il d.lg. n. 259/2003. Nel caso di strade autostradali, infatti, l'avvio del procedimento per l'imposizione della servitù comporta un *iter* amministrativo più complesso, perché caratterizzato da un previo tentativo di bonario componimento tra il fornitore del servizio di comunicazione elettronica ad uso pubblico ed il proprietario dell'autostrada.

Continuano ad applicarsi, infine, le disposizioni previste dal d.lg. n. 259/2003 per tutti i casi che non comportano la mera installazione di fibra ottica su suolo pubblico. In particolare, si fa riferimento all'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici; all'installazione di fili/cavi senza appoggio; al passaggio con appoggio dei fili, cavi e impianti di reti di comunicazione elettronica ad uso pubblico ed opere accessorie; all'acquisizione patrimoniale dei beni immobili necessari alla realizzazione di tali impianti ad uso pubblico. Una questione controversa concerne, invece, l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica che presupponga la realizzazione di opere civili o, comunque, l'effettuazione di scavi e l'occupazione di suolo pubblico, perché in tal caso è dubbio se tale disposizione riguardi tutte le installazioni di infrastrutture di comunicazione elettronica, comprese quelle in fibra ottica.

Circa la condivisione di strutture o proprietà si è evidenziato che l'Agcom può intervenire al fine di imporre la condivisione solo in capo ad operatori di comunicazione elettronica ovvero ad enti pubblici, ma nel solo caso in cui la condivisione suddetta sia strumentale alla realizzazione di una rete dorsale, in forza dell'art. 2, l. n. 133/2008.

Nel corso dell'anno 2009, la materia è stata caratterizzata da una rilevante modifica comunitaria, che ha comportato una duplicazione di tutele per gli operatori suddetti.

In particolare, nel vigore della vecchia versione dell'art. 12 della direttiva quadro come modificata dalla direttiva n. 2009/140/Ce, la coubicazione era imposta dall'Agcom, solo a valle di un procedimento amministrativo nel corso del quale, dopo attenta valutazione di tutti gli interessi in conflitto, l'ente locale escludeva l'assenza di valide alternative «a causa di esigenze connesse alla tutela dell'ambiente, alla salute pubblica, alla pubblica sicurezza o alla realizzazione di obiettivi di pianificazione urbana o rurale».

Per effetto della modifica comunitaria citata, si è aggiunta una nuova tipologia di coubicazione, consistente nella facoltà per l'Agcom di imporre la condivisione nei casi in cui ritenga che le condizioni concorrenziali lo richiedano. Qualora, tuttavia, il cablaggio avvenga «all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si

trovi al di fuori dell'edificio», la coubicazione sarà preceduta da una consultazione pubblica e sarà subordinata alla verifica che la duplicazione di tale infrastruttura è economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile.

Altro ambito di intervento consiste nella formazione di un archivio tematico, contenente l'insieme delle infrastrutture di posa esistenti sul territorio.

Ulteriore aspetto di rilievo ha riguardato la materia della rete dorsale, in base alle competenze conferite in capo all'Agcom dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133.

Con delibera n. 622/11/Cons, l'Agcom ha individuato in capo agli enti «titolari» di reti atte alla realizzazione di reti dorsali obblighi di natura informativa, essendo i medesimi tenuti a pubblicare una serie di informazioni riguardanti le procedure e le condizioni per la realizzazione, sul suolo da essi gestito, di nuove infrastrutture e per l'accesso a quelle esistenti.

Ultimo aspetto rilevante dell'indagine è il riconoscimento in capo all'Agcom di nuovi poteri sanzionatori, per l'inosservanza delle disposizioni relative alle reti dorsali e alla materia di coubicazione di infrastrutture. A tale riguardo, la “novità” sta nell'aver riconosciuto che, a specifiche condizioni, anche soggetti pubblici diversi dagli operatori di comunicazione elettronica possono essere sanzionati dall'Agcom, con conseguente allargamento della relativa potestà impositiva.

#### *Abstract*

*This publication concerns the installation of electronic communications networks, sharing /co-location of infrastructure and backbone networks.*

*The inquiry involves several levels and points of observation: the Community profile, under the new framework directive n. 2009/140/EC, the Constitutional profile, a brief historical overview, the analysis of the primary and secondary legislation; the analysis of the Resolution no. 622/11/CONS “Regulation on the rights of installation of electronic communications networks and backbone connections for co-location and infrastructure sharing”.*

*In general, when an operator intends to install optical fiber, it is sufficient to present a simple request called “DIA”, pursuant to art. 2, l. n. 133/2008.*

*The Electronic Communications Code under legislative decree n. 259/2003 provides for, however, some special cases, such as the construction of civil works in excavation sites and occupation of public land, which require a special authorization by local authorities.*

*The analysis has been continuing with the co-location and infrastructure sharing,*

## **I'installazione di reti di comunicazione elettronica**

*in light of the changes made to the legislative decree n. 259/2003 by Law no. 70/2012, to comply with the Framework Directive n. 2009/140/EC.*

*The new fact is that Agcom may impose the co-location and infrastructure sharing if required by competitive conditions.*

*Only when the wiring is made "inside buildings or up to the first concentration or distribution point where this is located outside the building," co-location will be preceded by a public consultation and will be subject to verification that duplication of such infrastructure is economically inefficient or physically impractical.*

*Agcom cannot impose the co-location against private individuals or public institutions, except in case of a backbone network.*

*The NRA has also provided for the formation of an electronic archive, which contains the entire infrastructure of the existing installation, dynamically updated.*

*In the case of installation of backbone networks, Agcom is in charge of drafting a regulation, pursuant to art. 2, l. n. 133/2008.*

*In this case, according to the resolution no. 622 cit., Agcom has obliged public entities to publish information, regarding the procedures and conditions for the construction of new infrastructure and access to the infrastructure that already exist.*



BARBARA NERI

## I SERVIZI FUNEBRI E CIMITERIALI: NATURA GIURIDICA E FORME DI GESTIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inquadramento della materia. – 3. Il trasporto funebre: natura giuridica e forme di gestione. – 4. I servizi cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione. – 4.1. La sepoltura dei cadaveri e le attività necroscopiche. – 4.2. L'illuminazione votiva. – 5. Le onoranze funebri: natura giuridica e forme di gestione. – 6. Considerazioni conclusive.

### **1. Premessa**

Il lavoro si prefigge l'obiettivo di analizzare il settore dei servizi funebri e cimiteriali al fine di indagare la natura giuridica delle relative attività ed individuarne le forme di gestione.

Si tratta di un settore scarsamente contemplato nell'ambito dei contributi scientifici in materia di servizi pubblici, probabilmente a causa della minore rilevanza rispetto a servizi normalmente utilizzati nella quotidianità (si pensi ai servizi idrici o ai trasporti pubblici). Diversamente alcuni servizi funebri e cimiteriali (soprattutto i trasporti funebri e l'illuminazione votiva) sono stati oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, le quali hanno fornito importanti elementi interpretativi della materia. Il frequente ricorso al giudice d'altronde si spiega in ragione della forte redditività del settore in oggetto, trattandosi di ambiti nei quali gli interessi economici sono molto forti e in cui pubblico e privato convivono spesso senza una puntuale definizione di ruoli.

Peraltro, il settore in questione non può essere considerato in maniera unitaria, in quanto si compone in realtà di una serie di attività diverse esercitate da soggetti distinti sulla base di disposizioni tra loro non assimilabili.

Per questo motivo, l'indagine prende avvio con una breve panoramica delle numerose attività svolte conseguentemente al decesso, utile al fine di dar conto delle varie classificazioni fornite e far chiarezza in ordine all'uso di alcune locuzioni.

Una volta delineato poi il quadro normativo di riferimento, l'analisi

prosegue con l'individuazione dei profili critici, che hanno richiesto l'intervento interpretativo della dottrina e della giurisprudenza, oltre che sovente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in avanti, AGCM). In particolare, l'esame si concentra sulla qualificazione in termini di servizio pubblico di talune delle attività svolte dai comuni, anche al fine di individuarne le forme di gestione. Nello specifico, la trattazione si sofferma sul servizio di trasporto funebre, sui servizi cimiteriali (tanto con riguardo ai sistemi di sepoltura quanto con riferimento all'illuminazione votiva) ed, infine, sulle onoranze funebri. In quest'ultimo caso, in realtà, non si pongono particolari questioni relativamente alla natura giuridica, in quanto è pacifico che dette attività non siano classificabili come servizi pubblici; tuttavia, esse sono oggetto di attenzione a causa dell'incompatibilità fra la loro organizzazione e la gestione dei servizi necroscopici. Peraltro, dal punto di vista della gestione, rileva la presenza sul campo di società *in house* comunali.

Infine, si tenta di delineare possibili scenari di cambiamento in ordine alle modalità di gestione dei servizi funebri e cimiteriali, anche alla luce della recente evoluzione normativa che ha interessato il settore dei servizi pubblici in generale.

## 2. Inquadramento della materia

Sotto il profilo giuridico, i cimiteri, dal greco «luoghi di riposo», individuano il complesso dei beni e servizi necessari per la sepoltura dei defunti<sup>1</sup>.

In merito all'esatta configurazione di questa particolare categoria di beni pubblici, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che i cimiteri costituiscano il c.d. demanio specifico comunale, definito tale in ragione della sua appartenenza ai comuni<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Così S. Pelillo, *Cimiteri*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, 27.

<sup>2</sup> Per la dottrina si vedano: S. Rosa, *Cimitero (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 993 s.; G. Clemente di San Luca, *Cimitero*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, 1 s.; S. Pelillo, *op. cit.*, 33; N. Centofanti, *I cimiteri. Piano regolatore, regolamenti e concessioni cimiteriali*, Milano, Giuffrè, 2007, 25 s. Per la giurisprudenza si rimanda a Cass., sez. I, 20 gennaio 1964, n. 114, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1174 ss., e a Cons. reg. sic., 12 novembre 1974, n. 429, in *Cons. St.*, 1974, I, 1570 s. Sicuramente, stando all'art. 824 c.c., i cimiteri (insieme ai mercati comunali) sono soggetti al regime del demanio pubblico, la cui disciplina si rinviene ai precedenti artt. 822 e 823. Ne deriva che sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, salvo nei casi e nei modi previsti dalle leggi che li riguardano.



## i servizi funebri e cimiteriali

I cimiteri, dunque, sono beni pubblici attraverso i quali i comuni fanno fronte alle esigenze primarie della collettività, che si sostanziano nel bisogno materiale di igiene pubblica e nell'aspirazione spirituale al culto dei propri cari<sup>3</sup>. All'utilizzo da parte dell'ente comunale può affiancarsi un uso posto in essere dai privati, mediante forme di concessione che riguardano la costruzione di sepolture a sistema di tumulazione individuale o (ma si tratta di un'ipotesi remota visto lo scarso ricorso in tempi recenti a questa pratica) per l'impianto di campi di inumazione<sup>4</sup>.

A prescindere dalle dispute circa la qualificazione del bene come demaniale, la competenza comunale sui cimiteri non è mai stata messa in dubbio<sup>5</sup>, stanti anche le previsioni del regolamento di polizia mortuaria (d'ora in avanti, regolamento di P.M.), d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, il quale, all'art. 49, riprendendo il testo unico delle leggi sanitarie (approvato con r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, c.d. t.u. sanitario), dispone che ciascun comune si doti di un cimitero a sistema inumatorio e che i comuni di maggiori dimensioni ne abbiano uno per ogni frazione se il collegamento tra le stesse non risulta agevole, salva l'ipotesi per piccoli comuni contermini di costituirsi in consorzio per l'esercizio di un unico cimitero<sup>6</sup>.

Nell'ambito del bene pubblico cimitero si sviluppa un complesso di attività legate all'evento morte e, in particolare, al seppellimento dei corpi, le quali si configurano, anche se con diverse sfumature, come servizio pub-

<sup>3</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*<sup>12</sup>, Napoli, Jovene, 1974, 542.

<sup>4</sup> Per un approfondimento in materia di concessioni cimiteriali si vedano: M.L. Allasia, *La concessione cimiteriale: istituti a tutela di un bene collettivo*, in *Stato civ. it.*, 2000, 568 ss. e 725 ss.; M. Bellesia, *Le concessioni cimiteriali*, in *Azienditalia*, 2004, 525 ss.; S. Scolaro, *Demanio, natura ed "oggetto" delle concessioni cimiteriali*, in *I Servizi Funerari*, 2006, n. 1, 10 ss. Inoltre, si vedano i seguenti contributi, nei quali il tema è affrontato sotto il profilo del regime fiscale applicato: M. Stelio, *Le concessioni cimiteriali nella nuova disciplina dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Amm. it.*, 1976, 1668 ss.; A. Claudione, *Concessioni cimiteriali e regime fiscale*, in *N. rass. ldg.*, 1990, 2526 ss.

<sup>5</sup> Peraltro, molteplici sono le funzioni in materia attribuite al sindaco tra cui si segnalano la vigilanza sui cimiteri, il rilascio delle autorizzazioni per la sepoltura e per pratiche considerate non ordinarie quali imbalsamazione e cremazione nonché la disciplina di tempi e modalità per il trasporto dei cadaveri (per un approfondimento si veda O. Vercelli, *Le funzioni di polizia mortuaria che fanno capo al sindaco: l'esercizio delle medesime da parte dei funzionari comunali "delegati"*, in *Stato civ. it.*, 2009, 20 ss.). L'unica eccezione alla competenza comunale su detti beni è costituita dai c.d. cimiteri di guerra, che appartengono allo Stato e rientrano nell'ambito del patrimonio indisponibile. Infatti, ai comuni sono attribuiti compiti di vigilanza anche sui cimiteri c.d. privati, realizzati antecedentemente all'entrata in vigore del t.u. sanitario ed oggi non più previsti.

<sup>6</sup> Analoghe statuizioni si rinvencono all'art. 47 del precedente regolamento approvato con d.P.R. 21 ottobre 1975, n. 803.

blico, dal momento che i comuni sono chiamati a svolgerle al fine di salvaguardare la salute pubblica e la tutela dell'igiene. Si tratta delle attività c.d. di polizia mortuaria, le quali possono essere distinte in attività funerarie, che si esplicano nella fase compresa tra la morte e il seppellimento, e in attività cimiteriali, ricomprendendo il termine qualsiasi funzione successiva alla sepoltura.

In proposito, è interessante osservare come alcune regioni abbiano fornito una diversa distinzione, inquadrando le attività conseguenti al decesso in quattro distinti ambiti<sup>7</sup>.

In primo luogo, vanno ricomprese nell'ambito necroscopico le prestazioni assicurate in via obbligatoria sia dal comune sia dal servizio sanitario regionale quali il trasporto funebre per indigenti, la raccolta e il trasporto funebre su chiamata dell'autorità giudiziaria o per esigenze igienico-sanitarie, il deposito di osservazione, l'obitorio, il servizio mortuario sanitario e le attività di medicina necroscopica.

Nell'ambito funebre sono invece da collocarsi l'attività funebre (con cui si intende il servizio volto a fornire le prestazioni relative al disbrigo delle pratiche amministrative inerenti il decesso, alla fornitura di casse mortuarie ed altri articoli funebri in occasione del funerale nonché al trasporto di salma, di cadavere, di ceneri e di ossa umane) e i servizi forniti dalle strutture per il commiato che, stando al dettato normativo, non costituiscono compiti obbligatori dei comuni<sup>8</sup>.

Il terzo gruppo di attività è relativo all'ambito cimiteriale e, quindi, alla disponibilità del demanio cimiteriale, e ricomprende le operazioni di sepoltura e di cremazione con relativa registrazione, le concessioni di spazi cimiteriali e l'illuminazione elettrica votiva.

Infine, nell'ambito della polizia mortuaria vengono raggruppate le attività autorizzatorie, di vigilanza e di controllo da parte degli enti competenti.

In questa sede, si farà riferimento alla seconda classificazione proposta, in primo luogo perché più completa e in seconda battuta in quanto elabo-

<sup>7</sup> Si veda la l. rg. Em. Rom. 29 luglio 2004, n. 19, ripresa dalla più recente l. rg. Puglia 15 dicembre 2008, n. 34.

<sup>8</sup> Si noti peraltro come le leggi regionali distinguano le pratiche relative alla salma da quelle inerenti il cadavere, laddove con il termine salma identificano il corpo umano rimasto privo delle funzioni vitali prima che sia intervenuto l'accertamento di morte, mentre attribuiscono la denominazione di cadavere alla salma una volta eseguito il predetto accertamento. Tale differenziazione non si rinviene all'interno del d.P.R. n. 285/1990, che non contiene definizioni terminologiche e sembra utilizzare indistintamente le due locuzioni.

## i servizi funebri e cimiteriali

rata dalle leggi regionali che, oltre a costituire una fonte rilevante in materia, hanno rappresentato, nella prassi, il punto di riferimento per i comuni nell'adozione dei regolamenti comunali di P.M., in assenza di una riforma dell'omonimo regolamento statale.

Nel materiale esercizio delle attività funerarie (termine onnicomprensivo delle suddette attività conseguenti al decesso) vengono coinvolti molteplici soggetti; parallelamente gli organi chiamati a disciplinare la materia sono numerosi e cospicue sono le relative fonti normative.

Le fonti generali della disciplina dei servizi funerari vanno senz'altro rinvenute, da un lato, nella Costituzione, e precisamente nell'art. 32 dedicato alla tutela della salute, dall'altro, nella normativa comunitaria e nelle leggi regionali, per via della definizione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

La disciplina puntuale della materia, invece, è contenuta a livello statale nel d.P.R. n. 285/1990, recante il regolamento di P.M.<sup>9</sup>, affiancato da una serie di norme settoriali, fra le quali rileva la l. 30 marzo 2001, n. 130, in tema di cremazione e dispersione delle ceneri.

<sup>9</sup> Si tenga presente che le norme di polizia mortuaria nell'ordinamento italiano trovano il proprio antecedente storico nel regolamento sulla polizia medica per l'Italia, adottato il 5 settembre 1806 al fine di estendere all'Italia napoleonica le norme del *Décret Impérial sur les sépultures*, emanato il 12 giugno 1804 e noto a tutti come editto di *Saint-Cloud*. Esso rappresenta una pietra miliare nella disciplina della materia perché per la prima volta raccoglie in un unico *corpus* normativo tutte le disposizioni sparse relative alla polizia mortuaria e all'edilizia cimiteriale. Per quanto concerne i contenuti, la legge fortemente voluta da Napoleone dispone che ogni comune si doti di un cimitero, posto lontano dalle zone abitate, all'interno del quale sistemare i corpi dei defunti. Inoltre, reca una serie di previsioni riguardo ai sistemi di sepoltura e alle modalità dei trasporti. Per il livello di approfondimento raggiunto, l'editto di *Saint-Cloud* ha rappresentato un modello per gli Stati europei nell'elaborazione delle proprie discipline. Al suo impianto si sono ispirate anche le prime leggi organiche in materia funebre adottate dal Regno d'Italia, ossia il r.d. 10 gennaio 1981, n. 42, e il r.d. 25 luglio 1982, n. 442. Per una breve disamina della normazione ottocentesca, si veda C. Vitta, *Polizia mortuaria*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, pt. II, IV, Milano, Società editrice libraria, 1905, 668 ss., e più di recente E. Vaj, *I cimiteri prima e dopo l'Editto di Saint-Cloud*, in *I Servizi Funerari*, 2010, n. 3, 31 s. Per una trattazione giuridica dello *ius sepulcri* nel diritto romano, nel diritto ecclesiastico e in quello moderno, si rimanda a U. Pranzataro, *Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica e nelle speciali attinenze col diritto moderno*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1895. Per un approfondimento di carattere storico sulla riforma settecentesca delle sepolture, innescata dalla creazione dei cimiteri fuori dei centri abitati, si legga G. Tomasi, *Per salvare i viventi. Le origini settecentesche del cimitero extraurbano*, Bologna, Il Mulino, 2001. In argomento, si segnala, infine, il contributo di L. Bertolaccini, *Città e cimiteri. Dall'eredità medievale alla codificazione ottocentesca*, Roma, Kappa, 2004, nel quale la chiusura dei sepolcri urbani e l'installazione dei cimiteri vengono trattate prevalentemente sotto il profilo architettonico.

Il d.P.R. n. 285/1990 regola lo svolgimento di tutte le attività precedenti e successive al trasporto funebre, che può essere considerato come momento di snodo fra le attività propriamente funebri e quelle cimiteriali in quanto il trasferimento del cadavere al cimitero è indispensabile in vista dell'esecuzione della sepoltura, che rientra fra i servizi cimiteriali. Il d.P.R. n. 285/1990 contiene una serie di norme relative alle funzioni spettanti alle autorità pubbliche (fra le quali il riscontro diagnostico, l'autorizzazione al seppellimento, le concessioni per sepolture private e per la costruzione di tombe), alle strutture da gestire (depositi di osservazione, obitori e camere mortuarie) e ai servizi pubblici da offrire (trasporto dei cadaveri e servizi cimiteriali in senso proprio, con particolare riguardo alle operazioni di manutenzione, alle pratiche di seppellimento e al servizio di custodia).

Sotto il profilo dei contenuti, con riferimento soprattutto alle funzioni dei comuni e alle modalità di gestione dei servizi, il regolamento statale di P.M. si presenta inattuale e ciò non in seguito all'adozione del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. t.u. enti loc.), bensì anche rispetto alla precedente l. 8 giugno 1990, n. 142, che pure è stata emanata solo qualche mese prima del d.P.R. n. 285/1990; basti pensare che alcune funzioni e taluni compiti individuati dal regolamento erano già venuti meno al momento dell'adozione della suddetta legge. Ciò comporta che le disposizioni del citato d.P.R., per essere applicate, necessitano di un'attività di interpretazione al fine di renderle compatibili con l'ordinamento delle autonomie locali che nel frattempo si è andato determinando in modo compiuto. Peraltro, il regolamento di P.M. appare ancor più obsoleto in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, che ha modificato il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni.

A partire dal 2001, infatti, proprio per far fronte all'inadeguatezza della normativa statale, talvolta con lo scopo dichiarato di dettare la disciplina di dettaglio in attuazione dei principi contenuti nel regolamento statale di P.M., talaltra con l'intento di adeguarne le previsioni a specifiche esigenze locali e di evoluzione tecnica, molte regioni si sono dotate di leggi di disciplina delle attività e dei servizi necroscopici, funebri e cimiteriali. Poiché lo Stato non ha impugnato tali leggi, il mancato esercizio di questa facoltà è stato sovente interpretato dalla dottrina come una dichiarazione governativa di legittimità costituzionale<sup>10</sup>. A ben vedere, il contenuto recato dal regola-

<sup>10</sup> Riporta questo orientamento S. Scolaro, *Legislazione regionale: quali ambiti di competenze?*, in *I Servizi Funerari*, 2007, n. 2, 13, il quale fa riferimento alla generica dottrina senza citare né autori né contributi specifici.

## i servizi funebri e cimiteriali

mento di P.M. non attiene a materie riconducibili alla potestà legislativa residuale regionale, in quanto parrebbe piuttosto ricompreso nelle materie dell'ordine pubblico e della sicurezza, di competenza esclusiva statale, nonché nel governo del territorio e nella tutela della salute (per i profili legati all'esercizio delle funzioni necroscopiche), di competenza concorrente. Tuttavia, nei fatti si assiste ad una sovrapposizione della normativa statale e di quelle regionali, ancorché esse non rechino discipline sostanzialmente difformi rispetto al regolamento statale. Secondo l'orientamento dottrinale prevalente, comunque, una disciplina regionale sui servizi funebri e cimiteriali è da considerarsi se non illegittima quantomeno superflua in quanto, anche considerando la materia come esclusivamente afferente alla tutela della salute (in linea con quanto contemplato in alcune leggi regionali), non appare congrua la scelta delle regioni di servirsi dello strumento legislativo, dal momento che avrebbero potuto far ricorso alla potestà regolamentare loro spettante nelle materie di potestà legislativa concorrente<sup>11</sup>.

Le norme regionali in materia si suddividono in due gruppi distinti.

Da un lato vi sono le leggi regionali di disciplina generale dell'attività funebre e cimiteriale le quali, riprendendo i contenuti del regolamento statale di P.M., individuano la propria finalità nella necessità di garantire un trattamento adeguato, rispettoso ed uniforme sull'intero territorio regionale e, a questo proposito, attribuiscono alla regione il ruolo di indirizzo, coordinamento e vigilanza nei confronti delle amministrazioni comunali<sup>12</sup>.

Dall'altro lato vi sono normative specifiche di disciplina della cremazione e delle attività correlate che si rifanno alla l. n. 130/2001, discostandosene per alcune previsioni, tra le quali rilevano quelle relative alla determinazione delle tariffe per il servizio di cremazione dei cadaveri che la normativa statale prevede siano stabilite con decreto del Ministro dell'interno<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Così S. Scolaro, *Livelli normativi: dall'unicità alla pluralità*, 2008, in *I Servizi Funebrari*, 2008, n. 1, 14, e M. Gaeta, *Quadro di riferimento delle leggi regionali in materia funeraria*, *ivi*, 2010, n. 3, 23.

<sup>12</sup> Hanno emanato leggi di disciplina generale della materia le Regioni Campania (l. rg. 24 novembre 2001, n. 12), Emilia-Romagna (l. rg. n. 19/2004), Friuli Venezia Giulia (l. rg. 21 ottobre 2011, n. 12), Marche (l. rg. 1 febbraio 2005, n. 3), Piemonte (l. rg. 3 agosto 2011, n. 15), Puglia (l. rg. n. 34/2008), Umbria (l. rg. 21 luglio 2004, n. 12), Veneto (l. rg. 4 marzo 2010, n. 18), oltre alla Provincia autonoma di Trento (l. prov. 20 giugno 2008, n. 7). Anche la Regione Lombardia aveva adottato una legge specifica (l. rg. 18 novembre 2003, n. 22) ma essa è stata abrogata dalla l. rg. 30 dicembre 2009, n. 33, recante il t.u. delle leggi regionali in materia sanitaria, che ne ripropone i contenuti all'interno del capo III, dedicato alle norme in materia di attività e servizi necroscopici, funebri e cimiteriali.

<sup>13</sup> Si osservi, peraltro, come il d.m. Interno 1 luglio 2002 si limiti a determinare un importo massimo rimettendo ai comuni la competenza puntuale in materia.

e non con provvedimento adottato dalla regione, come invece disposto da alcune leggi regionali<sup>14</sup>.

La regolazione puntuale del settore funerario, comunque, avviene ad opera del regolamento comunale di P.M., al quale l'omonimo regolamento statale demanda soltanto la specificazione di criteri e condizioni già recati dalle previsioni statali. Le leggi regionali, invece, hanno individuato più precisamente i contenuti propri del regolamento comunale, identificandoli nella disciplina delle attività funebri, necroscopiche, cimiteriali e di polizia mortuaria e, in particolare, nella determinazione delle condizioni e delle modalità di fornitura dei servizi.

Generalmente i comuni adottano un unico regolamento recante la disciplina di tutti i compiti e le funzioni in materia funeraria. Tuttavia, non mancano casi in cui il trasporto funebre viene disciplinato in un atto a sé stante<sup>15</sup>, come pure vi sono casi di regolamenti accessori rispetto a quello di P.M. che hanno ad oggetto esclusivamente la disciplina delle concessioni cimiteriali<sup>16</sup>. Nella maggior parte dei casi i regolamenti comunali si limitano comunque a duplicare i contenuti del regolamento statale di P.M.: l'ambito delle potestà comunali non è quindi facilmente distinguibile da quello delle competenze statali<sup>17</sup>.

### 3. Il trasporto funebre: natura giuridica e forme di gestione

Il trasporto funebre, che già il testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, adottato

<sup>14</sup> Hanno emanato leggi in materia di cremazione le Regioni Basilicata (l.r. 28 aprile 2009, n. 14), Campania (l.r. 9 ottobre 2006, n. 20), Liguria (l.r. 4 luglio 2007, n. 24), Piemonte (l.r. 31 ottobre 2007, n. 20), Sardegna (l.r. 22 febbraio 2012, n. 4), Sicilia (l.r. 17 agosto 2010, n. 18), Toscana (l.r. 31 maggio 2004, n. 29), Umbria (l.r. n. 12/2004), Valle d'Aosta (l.r. 23 dicembre 2004, n. 37), oltre alle Province autonome di Bolzano (l. prov. 19 gennaio 2012, n. 1) e di Trento (l. prov. n. 7/2008). Anche la Regione Friuli Venezia Giulia aveva adottato una legge specifica (l.r. 13 ottobre 2008, n. 11) ma essa è stata recentemente abrogata ad opera della l.r. n. 12/2011, che ha provveduto a disciplinare sistematicamente l'intera materia funeraria.

<sup>15</sup> Tra gli altri, hanno adottato appositi regolamenti per la disciplina dei trasporti funebri i Comuni di Aosta (con del. C.C. 27 giugno 2003, n. 79), Bologna (con del. C.C. 29 gennaio 2001, n. 9872) e Venezia (con del. C.C. 16 giugno 2008, n. 65).

<sup>16</sup> Ciò avviene solitamente nei comuni di modesta entità.

<sup>17</sup> È di questo avviso S. Scolaro, *I Regolamenti comunali di polizia mortuaria: un'impostazione attuale*, in *I Servizi Funerari*, 2008, n. 4, 12.

## i servizi funebri e cimiteriali

con r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, annoverava fra i servizi pubblici comunali<sup>18</sup>, era configurato come servizio pubblico anche dal d.P.R. n. 285/1990 il quale, all'art. 16, ne individuava due tipologie: un servizio c.d. istituzionale, erogato in via ordinaria e considerato gratuito nel senso che il relativo onere era posto a carico del bilancio comunale, ed un servizio a pagamento, i cui costi erano attribuiti al soggetto che ne faceva richiesta ed erano giustificati dalla fornitura di trattamenti speciali.

Il servizio istituzionale poteva essere gestito direttamente dal comune oppure mediante ricorso ad appalto.

Per quanto riguarda il servizio a pagamento, invece, potevano profilarsi due possibilità: il comune poteva decidere di non gestirlo, lasciandolo quindi al mercato; il comune poteva scegliere di gestirlo. In questo secondo caso, il comune poteva gestire il servizio a pagamento in regime concorrenziale oppure in regime monopolistico, attribuendo il c.d. diritto di privativa a se stesso oppure ad un soggetto terzo (mediante affidamento esclusivo in concessione). Nel caso di gestione in regime di privativa, quindi, il servizio poteva essere erogato dal comune o da imprese private ma in entrambe le ipotesi le tariffe erano stabilite dall'autorità comunale, al fine di calmierare i prezzi.

Ciò fintanto che l'art. 1, comma 7-bis, l. 28 febbraio 2001, n. 26 (di conversione del d.l. 27 dicembre 2000, n. 392, recante disposizioni urgenti in materia di enti locali), ha implicitamente abrogato l'art. 16, comma 1, d.P.R. n. 285/1990, rovesciandone le previsioni e stabilendo che il servizio sia normalmente a titolo oneroso, anche quando sussistono le condizioni di gratuità della sepoltura ma salvi i casi in cui, per finalità di ordine pubblico e per ragioni sociali, il comune interviene per assicurarlo<sup>19</sup>.

In seguito a questo intervento normativo la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi circa la possibilità da parte del comune di esercitare il servizio in questione in regime di monopolio.

Un primo orientamento, rimasto minoritario, ha rinvenuto che il trasporto dei cadaveri costituisce la soddisfazione di un interesse pubblico al-

<sup>18</sup> In merito alla gestione del servizio di trasporto funebre *ex r.d. n. 2578/1925* la dottrina non ha lasciato contributi significativi. Per una breve disamina, comunque, è possibile rifarsi a G. Zaccaria, *Trasporti funebri e polizza mortuaria; trasporto di salme da comune a comune; trasporto di salme all'estero*, in *Il servizio ispettivo*, 1955, 379 s.

<sup>19</sup> Le finalità di ordine pubblico hanno a che vedere con i rischi per la salute della collettività e con l'esigenza di liberare luoghi pubblici o privati da resti umani; le ragioni sociali sono collegate allo stato di indigenza della famiglia del defunto, che è ordinariamente stabilita dai servizi sociali comunali, o al disinteresse dei parenti, normalmente configurato in carenza di familiari oltre il sesto grado di parentela.

l'igiene e alla sanità, tale da giustificare la privativa in favore del comune<sup>20</sup>. Le ragioni di pubblico interesse sarebbero perciò prevalenti rispetto al principio di tutela della libera concorrenza stabilito al livello costituzionale e comunitario.

Un altro orientamento ha giudicato il trasporto funebre come servizio indispensabile ed ha di conseguenza ritenuto che non se ne possa negare al comune l'assunzione diretta ed il successivo conferimento ad una società mista o *in house*, purché l'affidamento avvenga nel rispetto delle regole che escludono il regime di monopolio (dunque non in privativa) ed impongono l'indizione della gara, come previsto dall'art. 113 t.u. enti loc.<sup>21</sup>.

L'orientamento prevalente, invece, sostiene che la possibilità per i comuni di stabilire l'acquisizione del servizio in privativa sia venuta meno già nel 1990 in ragione dell'incompatibilità fra l'art. 22, l. n. 142/1990, che assegnava unicamente alla fonte legislativa il potere di attribuire in via esclusiva agli enti locali taluni servizi pubblici, e l'art. 1 del precedente r.d. n. 2578/1925, il quale invece rimetteva ad un provvedimento amministrativo discrezionale del comune la scelta circa l'assunzione in privativa dell'esercizio di alcuni servizi, espressamente indicando, fra gli altri, il trasporto funebre<sup>22</sup>. La medesima giurisprudenza ha anche precisato che l'obbligatorietà e l'indispensabilità di un servizio pubblico locale comportano che il medesimo debba necessariamente essere svolto nell'ambito del territorio del soggetto pubblico di riferimento, con conseguente sostegno delle relative spese. I caratteri di indispensabilità ed obbligatorietà non sono tuttavia sufficienti a giustificare l'erogazione in privativa, in quanto non corrispondono al riconoscimento di un privilegio monopolistico in favore dell'ente pubblico titolare<sup>23</sup>.

Si noti, peraltro, come conclusioni conformi fossero già state raggiunte

<sup>20</sup> Nello specifico, si veda Tar Veneto, sez. III, 15 dicembre 2004, n. 4338, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> In proposito, si veda Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7950, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e in *Foro it.*, 2007, III, 560 ss., con commento di F. Fracchia.

<sup>22</sup> Tra le tante, si segnalano: Tar Puglia, Bari, sez. I, 20 marzo 2000, n. 1056, in *ITAR*, 2000, I, 2786 ss.; Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 2001, n. 253, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Campania, Napoli, sez. I, 26 giugno 2003, n. 7807, *ivi*; Tar Campania, Napoli, sez. I, 1 agosto 2003, n. 10768, *ivi*; Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7899, *ivi*; Cass., sez. I, 6 giugno 2005, n. 11726, in [www.dirittoediservizipubblici.it](http://www.dirittoediservizipubblici.it); Tar Campania, Salerno, sez. II, 31 maggio 2011, n. 1037, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Questo orientamento è stato ripreso anche dalla Corte dei conti: si veda il parere n. 6 reso dalla sezione regionale per il controllo per l'Emilia-Romagna in data 13 marzo 2009, consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>23</sup> A questo proposito, si veda Cons. St., sez. V, n. 7899/2004.



## i servizi funebri e cimiteriali

dall'AGCM la quale aveva sostenuto che la gestione in privativa del servizio di trasporto funebre da parte dei comuni fosse in grado di distorcere la concorrenza, oltre che nel mercato dei trasporti, anche in settori attigui, ambiti di esplicazione delle attività correlate all'esercizio del medesimo trasporto, che vedono la competitività di più ditte private<sup>24</sup>. In sostanza, secondo i rilievi dell'Autorità, si crea un'ingiustificata posizione dominante in un mercato (quello delle pompe funebri) nel quale non esiste alcun regime di privativa, e ciò avviene solo per il fatto che i cittadini colpiti da lutto hanno interesse ad organizzare i funerali nel più breve tempo possibile e, pertanto, tendono ad affidare l'intera onoranza al soggetto che per primo contattano per il trasporto del feretro il quale, vigente la privativa, coincide con il comune<sup>25</sup>.

Sul punto, il dibattito in dottrina non ha condotto a conclusioni unanimemente condivise: alcuni hanno sostenuto che l'illegittimità del diritto di privativa sarebbe dovuta essere affermata fin dall'approvazione della Costituzione, stante la riserva di legge in materia di monopoli pubblici disposta dall'art. 43; altri hanno invece asserito la compatibilità tra l'art. 1, r.d. n. 2578/1925 e l'art. 22, l. n. 142/1990 ed hanno ritenuto il provvedimento amministrativo indispensabile per rendere concreto l'esercizio di un diritto (quello di privativa, appunto) posto in astratto dalla legge, la quale si limita così ad attribuire agli enti locali la facoltà di esercitarlo<sup>26</sup>.

In conclusione, il trasporto funebre pare configurarsi quale servizio pubblico locale di rilevanza economica, essendo in grado di produrre utili a favore dei soggetti che lo esercitano. Infatti, pur essendo venuto meno il regime di monopolio in cui lo stesso era gestito ed essendosi quindi prodotta la liberalizzazione dell'attività<sup>27</sup>, il suo carattere pubblico non può essere ne-

<sup>24</sup> Si veda il parere n. AS147 del 14 luglio 1998, reperibile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>25</sup> Concordano con questa analisi Tar Emilia-Romagna, Parma, 24 gennaio 2002, n. 41, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e Tar Abruzzo, Pescara, 8 febbraio 2002, n. 249, *ivi*.

<sup>26</sup> Sul punto si confrontino F. Gualtieri, *Servizi pubblici locali: private e liberalizzazioni; vincoli di legge e autonomie* (nota a Cons. St., sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7899 e Cass., sez. I, 6 giugno 2005, n. 11726), in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 842, e C. Tessarolo, *Legittimità della privativa nei trasporti funebri* (nota a Tar Puglia, Bari, sez. I, 20 marzo 2000, n. 1056), in *I Servizi Funerari*, 2000, n. 3, 13. Per un ulteriore approfondimento si segnalano i contributi di: E. Bertasi, *Riflessi della legge 8 giugno 1990, n. 142 sulla vigenza della privativa nei trasporti funebri comunali*, in *I Servizi Funerari*, 2000, n. 3, 11 ss.; M. Camero, M. De Nichilo, *Trasporto funebre: privativa o libera concorrenza?*, in *Comuni It.*, 2004, n. 12, 26 ss. Infine, per un'analisi puntuale della disciplina normativa si legga A. Poggiali, *Il trasporto di salma: un percorso ad ostacoli. Dal D.P.R. 285/90 alle disposizioni regionali*, in *I Servizi Funerari*, 2006, n. 3, 33 ss.

<sup>27</sup> Negli anni più recenti si è assistito infatti al passaggio da un regime di tipo monopolistico pubblico ad un sistema ispirato al principio del libero accesso al mercato.

gato. In proposito, si osservi come, fatti salvi i casi (tra i quali rientra il trasporto funebre c.d. istituzionale) in cui sia la stessa legge a configurare in chiave pubblicistica un certo servizio, la nozione di servizio pubblico costituisca tuttora una fattispecie aperta: d'altronde l'art. 112, comma 1, t.u. enti loc. consente agli enti locali di scegliere se qualificare una certa attività come pubblica ove la stessa è diretta a conseguire fini sociali e promuovere lo sviluppo della comunità locale<sup>28</sup>.

Pertanto, laddove l'ente locale sia interessato a fornire alla cittadinanza il servizio di trasporto funebre a pagamento, tale offerta può avvenire mediante la costituzione di un apposito soggetto di diritto privato e, comunque, all'interno di un mercato concorrenziale in cui operino aziende dotate delle necessarie autorizzazioni amministrative<sup>29</sup>.

Infatti, in caso di offerta privata sufficiente a soddisfare la richiesta del mercato, se l'ente locale assume la titolarità del servizio in virtù del disposto di cui all'art. 112 t.u. enti loc., la gestione non deve avvenire con le forme previste per i servizi di rilevanza economica. Ciò in quanto l'affidamento del servizio ad un'unica società configura una distorsione della concorrenza, che invece non si produce laddove si consente a qualunque operatore in possesso delle autorizzazioni richieste di accedere liberamente al mercato<sup>30</sup>.

Per contro, qualora l'offerta privata risulti inadeguata rispetto alla domanda, il comune ha l'obbligo di provvedere alla gestione del servizio, ovviamente nelle forme stabilite per i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Occorre riflettere, in ogni caso, sulle ragioni che storicamente hanno condotto i comuni a scegliere di gestire in regime di privativa il servizio di trasporto funebre; infatti, queste non vanno individuate solo nella necessità di calmieramento dei prezzi o nell'impossibilità per i privati di fornire il servizio in assenza di mezzi adeguati<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Così F. Gualtieri, *op. cit.*, 849.

<sup>29</sup> In questi termini Tar Puglia, Bari, sez. I, 29 gennaio 2004, n. 241, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>30</sup> Sul punto si veda Tar Campania, Napoli, sez. III, 27 dicembre 2011, n. 6134, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che, in virtù del principio di concorrenza, ha peraltro negato la possibilità per il comune di imporre il contingentamento del numero di imprese di trasporti funebri, in quanto questo porrebbe un ingiustificato limite alla libertà di iniziativa economica.

<sup>31</sup> È il caso, ad esempio, del Comune di Venezia, che ha gestito il servizio di trasporto funebre su spazi accequi in carenza di soggetti privati dotati dei mezzi necessari.

## i servizi funebri e cimiteriali

Rileva, soprattutto, l'esigenza di sostenere i rilevanti costi inerenti la gestione delle aree cimiteriali ed i servizi ad essa connessi, compresa quella porzione di trasporti c.d. istituzionali, che l'ente locale è comunque tenuto a garantire. Infatti, venuta meno la privativa e dunque sottratto al comune il beneficio economico risultante dallo svolgimento della totalità dei trasporti di defunti eseguiti nel territorio comunale, le spese per la gestione dei trasporti istituzionali e di tutti quei servizi che si esplicano in mercati attigui a quello considerato vanno a gravare sul bilancio comunale.

Per tale ragione, con lo scopo di compensare gli enti locali per la perdita dell'introito economico derivante dall'esistenza della privativa e necessario per far fronte alle spese per l'erogazione degli altri servizi richiamati, il giudice amministrativo ha ritenuto lecita la fissazione di un diritto per ogni autorizzazione al trasporto funebre rilasciata dagli uffici preposti e ha giustificato questa tariffa come la controprestazione per le pratiche amministrative svolte dall'ente locale e per l'esercizio della generale funzione di vigilanza e controllo che il comune è chiamato a compiere sulle modalità di gestione del servizio, che rimane pubblico, nonostante l'avvenuta liberalizzazione<sup>32</sup>. Infatti, il diritto fisso è imponibile in relazione all'autorizzazione al trasporto e comunque in condizione di parità tra i diversi soggetti che esercitano il servizio a pagamento<sup>33</sup>.

Soppressa la privativa e liberalizzato il mercato, il diritto fisso resta, quindi, l'unico strumento per consentire al comune di percepire un introito con il quale sostenere le spese per i suddetti servizi obbligatori<sup>34</sup>.

In realtà la denominazione di «diritto di privativa» con cui talvolta viene identificato tale diritto fisso è fuorviante, perché la sua *ratio* si rinviene

<sup>32</sup> Così Tar Veneto, sez. III, 7 luglio 2010, n. 2867, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Peraltro, in virtù di quanto disposto dall'art. 19 del regolamento statale di P.M., la misura dei c.d. diritti fissi non può eccedere l'importo della tariffa dei trasporti di ultima categoria.

<sup>33</sup> È questo il caso della società *in house* del Comune di Roma che, oltre a svolgere il c.d. servizio istituzionale a proprie spese, fornisce anche il servizio a pagamento in concorrenza con gli operatori privati, i quali anzi soddisfano con la propria offerta la quasi totalità della domanda. Il mercato in cui Azienda Municipale Ambiente s.p.a. (AMA) opera è del tutto liberalizzato, nel senso che il servizio non è affidato in concessione dal Comune, ponendo qualsiasi ditta in possesso dei requisiti (e delle autorizzazioni) richiesti accedere al mercato. L'unico fattore residuo che testimonia la preesistenza di un diritto di privativa a favore del Comune di Roma (del. gov. 10 agosto 1936, n. 4138), prima, e di AMA (del. C.C. 25 settembre 1997, n. 231), poi, va rinvenuto nel pagamento, da parte delle società esercenti i trasporti in questione, di un diritto fisso (per ciascun trasporto eseguito) stabilito in misura equivalente alla tariffa ordinaria di ultima categoria.

<sup>34</sup> È di questo avviso F. Gualtieri, *op. cit.*, 845 e 853.

proprio nell'inoperatività dell'istituto della privativa. Infatti, laddove gestiva il servizio in privativa o lo concedeva ad un soggetto terzo, sempre in privativa, il comune agiva in regime di monopolio e quindi il servizio di trasporto funebre a titolo gratuito riusciva ad essere garantito grazie ai proventi generati dal servizio offerto a pagamento. È proprio nel momento in cui la gestione in privativa viene meno che, restando al comune il solo obbligo di fornire il servizio istituzionale (anche se accompagnato dalla possibilità di offrire il servizio a pagamento in regime di concorrenza con gli operatori privati), si manifestano le difficoltà di reperire le risorse per il finanziamento dello stesso. Il diritto fisso serve quindi a ripianare questa situazione di squilibrio.

Sul punto la dottrina non ha assunto una posizione univoca. Se alcuni concordano con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza, altri sostengono che l'imposizione di un diritto fisso da parte di un regolamento (quale è quello di P.M., adottato con d.P.R.) contrasta con il principio costituzionale di cui all'art. 23, in virtù del quale nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge<sup>35</sup>.

Peraltro, alla gestione del servizio di trasporto funebre si lega un altro profilo di criticità con il quale la giurisprudenza si è spesso misurata negli ultimi anni. Si tratta della possibilità per i comuni di fissare le tariffe anche per i servizi offerti dalle imprese private. In proposito, si è affermato come, con l'eliminazione della privativa comunale, sia da considerarsi estinto qualsiasi potere da parte dei comuni in ordine alla fissazione delle tariffe<sup>36</sup>.

Più nello specifico, il giudice ha precisato che al comune è fatto divieto di stabilire sia le tariffe minime, le quali ovviamente costituirebbero fonte di pregiudizio per gli utenti, sia quelle massime perché, se il servizio non può essere gestito in privativa né affidato in concessione ai privati, non può essere regolamentato nemmeno sotto il profilo tariffario. Il mercato deve essere informato al principio del libero accesso e il comune può imporre solo il possesso dell'autorizzazione al commercio, della licenza di pubblica sicurezza e del provvedimento rilasciato a seguito dell'accertamento dei requisiti igienico-sanitari prescritti per gli automezzi<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Sul punto si confrontino le differenti posizioni espresse da F. Gualtieri, *op. loc. cit.* e da I. Melis, *Decisione dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza sulle privative nei trasporti funebri. Efficacia nei confronti della pubblica Amministrazione*, in *N. rass. ldg.*, 2000, 877.

<sup>36</sup> Si vedano Tar Puglia, Bari, I, n. 241/2004, e Cass., I, n. 11726/2005. Per un approfondimento si legga la seguente nota di commento a Tar Puglia, Bari, I, n. 241/2004: B. Delfino, *Trasporto funebre e tariffe comunali*, in *Giust. amm.*, 2004, II, 244 ss.

<sup>37</sup> Così Tar Veneto, III, n. 2867/2010.

#### 4. I servizi cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione

Per quanto attiene ai servizi cimiteriali, occorre innanzitutto delinearne in modo compiuto la nozione, dal momento che correntemente si è soliti indicare con la locuzione «gestione cimiteriale» una serie di attività che spaziano dalla custodia delle strutture alla pulizia e alla cura del verde, dalla tenuta dei registri cimiteriali e del catasto cimiteriale alla sepoltura dei corpi all'illuminazione votiva.

In questa direzione si è orientata fin da subito la giurisprudenza, che nelle proprie pronunce ha escluso alcune attività da detta nozione. Si tratta, nello specifico, della fornitura degli arredi votivi, quali lapidi, vasi portafiori e copritomba. In proposito, si è affermato che non costituisce legittima estrinsecazione delle attribuzioni del comune provvedere, ancorché con gara ad evidenza pubblica, al reperimento degli arredi, dal momento che, non essendo l'attività di approvvigionamento qualificabile come servizio pubblico, i privati devono potersi rivolgere ad imprese liberamente scelte, le quali devono operare in regime di concorrenza<sup>38</sup>.

In secondo luogo, è necessario interrogarsi circa la qualificazione dei servizi cimiteriali in termini di servizi pubblici locali. In particolare, considerando come servizio pubblico solo le prestazioni eseguite in favore della collettività ed a fronte del pagamento di una tariffa imposta dal soggetto esercente, bisogna ritenere che i servizi di custodia, pulizia e giardinaggio non siano da annoverare fra i servizi pubblici locali<sup>39</sup>. In tal senso, anche la tenuta dei registri e del catasto va esclusa dall'ambito dei servizi pubblici, poiché attinente alla funzione certificativa dell'anagrafe e dello stato civile.

Inoltre, è opportuno prendere in esame ulteriori elementi di criticità,

<sup>38</sup> Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6620, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>39</sup> In questi termini Tar Valle d'Aosta, 15 ottobre 2003, n. 180, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In realtà, il regolamento statale di P.M., all'art. 52, riconduce il servizio di custodia, che si esplica nelle attività di apertura e chiusura delle strutture, nel novero dei servizi diretti alla cura e al mantenimento dei cimiteri. In ogni caso, si osservi come il sistema si sia evoluto da una gestione in cui veniva in rilievo il custode come persona fisica ad una in cui diventa preponderante il profilo organizzativo: il servizio di custodia, infatti, può ora essere materialmente prodotto da più soggetti, coordinati da una figura responsabile. Peculiare al riguardo il caso del Comune di Trento, in cui è previsto che il servizio di custodia possa essere affidato, mediante convenzione, a enti, istituzioni o associazioni che statutariamente abbiano lo scopo, privo di lucro, di onorare i defunti; oltre alla custodia, con la stessa modalità possono essere attribuite a detti enti anche altre funzioni cimiteriali. Detta disposizione è contenuta all'art. 33, comma 2, del regolamento comunale di polizia mortuaria, adottato con del. C.C. 9 aprile 1997, n. 38.

sui quali in verità è di recente intervenuta l'AGCM, in particolare osservando come la gestione delle aree cimiteriali sia idonea a produrre un vantaggio concorrenziale per l'operatore che la svolge visto che, come pure nel caso della gestione delle camere ardenti, questi può sfruttarne la presenza per promuovere i servizi offerti nel campo delle pompe funebri<sup>40</sup>. Per tali ragioni, l'Autorità ha in più occasioni censurato la condotta di quelle amministrazioni comunali che avevano bandito gare per affidare il servizio di gestione delle aree cimiteriali ad imprese di onoranze funebri<sup>41</sup>.

Fra i servizi cimiteriali risultano fondamentali, da un lato, la sepoltura dei cadaveri e le funzioni connesse, dall'altro, l'illuminazione votiva; dette attività sono ora analizzate separatamente, anche per via delle differenti caratteristiche che le denotano.

#### *4.1. La sepoltura dei cadaveri e le attività necroscopiche*

Stando al regolamento statale di P.M., la sepoltura dei cadaveri può aver luogo in tre diversi modi.

Il sistema classico, anche se ormai non più prevalente, consiste nell'inumazione, ossia nella deposizione del cadavere chiuso in una bara all'interno di una fossa scavata nel terreno. Era infatti inizialmente configurato come servizio istituzionale obbligatorio del comune che, quindi, non poteva chiedere il pagamento di un corrispettivo.

Il sistema considerato eccezionale consiste nella tumulazione, ossia nella sepoltura dei cadaveri riposti in duplice cassa all'interno di loculi o tumuli.

Infine, vi è la pratica della cremazione, che è applicata in misura sempre crescente ed è considerata dal legislatore statale come modalità sostitutiva della pratica inumatoria; ciò è testimoniato dalla proliferazione negli anni recenti di leggi e regolamenti regionali ad essa dedicati. L'assimilazione delle due forme di sepoltura è confermata dalla qualificazione fornita dalla dottrina, che le connota come servizi pubblici a domanda individuale, in-

<sup>40</sup> Si legga la segnalazione n. AS392 del 17 maggio 2007, consultabile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>41</sup> In proposito, si segnala che nel 2005 è stato presentato un d.d.l. di riforma delle attività nel settore funerario (Atto parl. Cam. n. 4144), conosciuto come d.d.l. Sirchia, il quale stabiliva espressamente detta incompatibilità. Il d.d.l. non è stato adottato ma comunque il regime di incompatibilità è stato sancito da alcune leggi regionali (si vedano: art. 5, commi 2 e 3, l. rg. Em. Rom. n. 19/2004; art. 6-bis, commi 4 e 5, l. rg. Lig. n. 24/2007; art. 9, comma 3, l. rg. Marche n. 3/2005; art. 6, commi 2 e 3, l. rg. Piem. n. 15/2011; art. 5, commi 2 e 3, l. rg. Puglia n. 34/2008; art. 5, comma 4, l. rg. Ven. n. 18/2010).

## i servizi funebri e cimiteriali

tendendosi con questa formula le attività gestite direttamente dall'ente e poste in essere non per obbligo istituzionale, che vengano fornite a richiesta dell'utente e che non siano state dichiarate gratuite da leggi nazionali o regionali.

La disciplina regionale vigente, successiva all'adozione della normativa statale settoriale di cui alla l. n. 130/2001, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 1, comma 7-bis, l. n. 26/2001, stabilisce espressamente che inumazione, tumulazione e cremazione sono servizi pubblici onerosi<sup>42</sup>. Viene dunque ribadita la natura di servizio pubblico, in presenza tuttavia dell'onerosità dello stesso.

Si assiste, analogamente a quanto avvenuto con riferimento ai trasporti funebri, ad un ribaltamento delle condizioni economiche dell'offerta: dalla gratuità generalizzata di cui al d.P.R. n. 803/1975, recante il previgente regolamento di polizia mortuaria, all'onerosità come regola, considerando invece eccezionali le ipotesi di gratuità, che si configurano solo nei casi di indigenza del defunto, stato di bisogno della famiglia e disinteresse dei familiari<sup>43</sup>. Relativamente alla tumulazione, invece, non si verifica un mutamento di prospettiva, essendo stata da sempre considerata una pratica «ammessa», quasi tollerata, probabilmente a causa della circostanza per cui, fino ad alcuni decenni fa, era appannaggio di una minoranza di cittadini; attualmente, tuttavia, è il sistema di sepoltura prevalente. Conseguentemente è divenuta a titolo oneroso la esumazione ordinaria, nulla variando invece in relazione alla estumulazione che era già soggetta al pagamento di un corrispettivo<sup>44</sup>.

In ogni caso, la natura di servizio pubblico attribuita alle pratiche di seppellimento ora considerate sembra confermata anche dalle previsioni relative agli impianti e alle attività connessi alle pratiche suddette. Rilevante, fra le altre, è la disposizione di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 130/2001, la quale

<sup>42</sup> Per un approfondimento in ordine alla disciplina recata dalla l. n. 130/2001 si vedano: I. Melis, *La nuova normativa in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*, in *N. rass. ldg.*, 2001, 1086 ss.; C. Montanari, *Le recenti novità in materia di servizio di cremazione*, in *Azienditalia*, 2001, 625 ss.; D. Trentacapilli, *L. 30 marzo 2001, n. 130 – Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*, in *Leg. pen.*, 2002, I, 571 ss.; P. Becchi, *Cremazione e dispersione delle ceneri. Una panoramica generale alla luce delle disposizioni vigenti*, in *Stato civ. it.*, 2005, 11 ss.; G. Nencini, *Cremazione e dispersione delle ceneri: il regolamento comunale*, *ivi*, 2009, 331 ss.

<sup>43</sup> Comunque, in virtù di quanto disposto dall'art. 1, comma 7-bis, l. n. 26/2001, l'effettuazione in modo gratuito dei servizi di cremazione ed inumazione (che ha luogo al verificarsi delle tre ipotesi suddette) non comporta necessariamente la gratuità del trasporto del cadavere, le cui forme sono disciplinate dall'art. 16 del regolamento di P.M.

<sup>44</sup> Per un approfondimento si veda S. Scolaro, *Cremazione, inumazione, esumazione ordinaria a pagamento: le condizioni delle gratuità*, in *I Servizi Funerari*, 2001, n. 2, 14 ss.

attribuisce la gestione dei crematori ai comuni, imponendogli di esercitarla secondo una delle modalità disciplinate all'art. 113 t.u. enti loc., in materia di servizi pubblici di rilevanza economica, come previsto prima dell'adozione del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133), a sua volta abrogato. La previsione che attribuisce la gestione dei crematori ai comuni è dovuta, probabilmente, alla circostanza per cui in capo agli stessi si registra già la proprietà degli impianti che, infatti, sono costruiti all'interno delle strutture cimiteriali appartenenti agli enti locali. Il servizio di cremazione, oltre ad essere un servizio a domanda individuale, presenta rilevanza economica, dal momento che è fornito previo pagamento di una tariffa, con i cui proventi si provvede agli oneri connessi alla costruzione e alla gestione degli impianti medesimi<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> È di questo avviso, fra gli altri, G. Belloni, *Servizio di cremazione: forme di gestione e considerazioni operative ed economico-finanziarie*, in *Azienditalia*, 2010, 750, il quale ravvisa la rilevanza economica dell'attività nella significativa dimensione degli investimenti necessari, nei volumi dei costi e dei ricavi generati, nonché nella concorrenza che caratterizza gli impianti tra loro, i fornitori di impianti e i prestatori di attività di gestione e manutenzione. Similmente D. Fogli, *La riforma può aprire la porta alla internazionalizzazione dei servizi funebri e cimiteriali in Italia?*, in *I Servizi Funerari*, 2011, n. 2, 27, per il quale la rilevanza economica del servizio sta diventando evidente soprattutto negli ultimi anni, in ragione della diffusione della pratica crematoria che ha indotto le amministrazioni ad installare numerosi impianti, con il risultato di aumentare la concorrenza fra i gestori. Si osservi come, invece, il d.d.l. di riforma del settore funerario, c.d. d.d.l. Sirchia, configurasse i crematori quali servizi pubblici privi di rilevanza economica, prevedendo infatti per la loro gestione una delle forme di cui all'art. 113-bis t.u. enti loc., oggi abrogato in virtù della declaratoria di illegittimità pronunciata dalla Corte costituzionale con la nota sentenza 27 luglio 2004, n. 272 (consultabile in [www.corte-costituzionale.it](http://www.corte-costituzionale.it)). Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale orientamento non è condivisibile in quanto ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale in termini di servizio di rilevanza economica è sufficiente che l'attività espletata presenti il carattere della redditività, anche in via potenziale. Peraltro, la configurazione dei servizi cimiteriali quali servizi pubblici di rilevanza economica sembra potersi evincere pure dall'atteggiamento mostrato al riguardo dall'AGCM. Infatti, nell'ambito della propria attività di rilascio dei pareri in merito alla possibilità di ricorrere alla gestione *in house* del servizio, funzione prevista dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, abrogato in seguito a consultazione referendaria, l'Autorità ha sovente respinto le richieste pervenute dagli enti locali sul presupposto che non fossero state dimostrate, da parte dei medesimi, le ragioni ostative ad un efficace ricorso al mercato per l'offerta di detti servizi. In queste occasioni, dunque, l'AGCM non ha sospeso il proprio giudizio dichiarando i servizi privi di rilevanza economica e dunque non soggetti alla disciplina di cui all'art. 23-bis, ma ha semplicemente affermato la propria impossibilità ad emettere parere favorevole alla gestione *in house* in assenza di elementi utili per valutare i vantaggi scaturenti dal mancato ricorso al mercato. In particolare, si vedano i pareri 4 gennaio 2010, n. AS666, e 13 gennaio 2010, n. AS667, entrambi pubblicati nel Bollettino dell'AGCM n. 6 del 2010 e altresì reperibili in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).



## i servizi funebri e cimiteriali

Occorre quindi considerare che, per lo svolgimento delle funzioni necroscopiche e cimiteriali, vi sono altre strutture, oltre ai crematori, che il comune è tenuto a rendere disponibili<sup>46</sup>, i cui costi prima gravavano sul bilancio dell'ente ed ora sono spesso trasferiti sull'utenza, dal momento che il relativo utilizzo può essere legittimamente sottoposto a tariffazione<sup>47</sup>.

Il riferimento è, in particolare, al deposito di osservazione e all'obitorio, la cui disciplina si rinviene nel regolamento di P.M. soprattutto con riguardo alle caratteristiche igienico-sanitarie che tali impianti devono presentare<sup>48</sup>.

La gestione dei depositi di osservazione e degli obitori (la quale comprende, tra gli altri, la pulizia, la custodia e i trattamenti di disinfezione) rientra nell'ambito dei servizi necroscopici, insieme alle attività legate alla raccolta delle salme rinvenute sulle strade pubbliche. Si tratta di servizi indispensabili (perché soddisfano esigenze di igiene e salute pubblica<sup>49</sup>), essenziali (in quanto volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente protetti, concernenti la tutela della vita, della salute e del-

<sup>46</sup> In particolare, il comune deve disporre di un deposito di osservazione e di un obitorio, i quali non sono obbligatori a livello cimiteriale ma a livello comunale, nel senso che deve esserne presente uno entro il territorio di ciascun comune, e non necessariamente all'interno del cimitero ma anche presso la struttura sanitaria. Vi sono, invece, impianti di cui ogni cimitero deve essere dotato. Nello specifico, il cimitero deve essere provvisto di una camera mortuaria (per l'eventuale sosta dei feretri prima del seppellimento), dell'ossario comune (per la raccolta delle ossa provenienti dalle esumazioni e non richieste dai familiari per altra destinazione all'interno del cimitero), nonché, infine, del cinerario comune (per la conservazione in perpetuo e collettiva delle ceneri provenienti dalla cremazione dei cadaveri, per le quali sia stata espressa la volontà del defunto di scegliere tale forma di dispersione dopo la cremazione oppure per le quali i familiari non abbiano provveduto ad altra destinazione).

<sup>47</sup> Per un approfondimento si leggano S. Scolaro, *La separazione tra attività in monopolio ed in concorrenza in ambito funebre e cimiteriale*, in *I Servizi Funerari*, 2003, n. 4, 14, e Id., *Le concessioni cimiteriali*, Rimini, Maggioli, 2008, 37 ss.

<sup>48</sup> Il deposito di osservazione serve a ricevere e tenere in osservazione le salme di persone morte in abitazioni inadatte e nelle quali sia pericoloso mantenerle per il periodo prescritto, oppure decedute in seguito ad incidente in luoghi pubblici o, più semplicemente, di persone ignote per cui è necessario esporre i corpi al pubblico per il riconoscimento. L'obitorio assolve alle medesime funzioni del deposito di osservazione, ma per i casi di persone morte senza assistenza medica, di cadaveri a disposizione dell'autorità giudiziaria per autopsia nonché, infine, di cadaveri portatori di radioattività. È bene precisare che le due strutture, le quali talvolta sono localizzate presso i presidi ospedalieri, per i comuni di piccole dimensioni, ossia fino a cinquemila abitanti, possono coincidere.

<sup>49</sup> L'individuazione dei servizi indispensabili degli enti locali è stata operata con il d.m. Interno 28 maggio 1993.

l'ambiente<sup>50</sup>) e, infine, istituzionali (poiché l'ente locale non può esimersi dal gestirli)<sup>51</sup>. Inoltre, data la marginalità della domanda, i servizi in discussione non sembrano presentare rilevanza economica e, quindi, in seguito all'abrogazione dell'art. 113-bis t.u. enti loc., in carenza di una disciplina regionale, gli enti locali godono di autonomia decisionale relativamente alla scelta delle modalità di gestione. Infatti, con la nota sentenza n. 272 del 2004, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica non afferisce alla tutela della concorrenza e, perciò, non spetta alla competenza legislativa esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, della Costituzione. Da ciò è derivato un vuoto normativo relativamente, appunto, alla disciplina dei servizi privi di rilevanza economica. Se apparentemente l'abrogazione dell'art. 113-bis sembra implicare una remissione della disciplina di detti servizi alla potestà legislativa regionale, in realtà la declaratoria di incostituzionalità ha una portata maggiore poiché amplia il contenuto dell'autonomia locale e consente alle fonti regionali e locali di regolare la materia<sup>52</sup>. Quindi il comune, nei limiti della propria potestà regolamentare, può disciplinare la gestione dei servizi necroscopici pur in assenza di una legge regionale di riferimento.

Per quanto concerne le modalità di gestione dei servizi necroscopici e cimiteriali concretamente prescelte dagli enti locali, si registra la predominanza dell'affidamento a società multiservizi, che non svolgono quella cimiteriale come attività prevalente. Se, però, nei comuni di entità modesta tali società sono *in house* (e dunque affidatarie in via diretta) o a capitale privato (quindi selezionate con gara), nei comuni di grandi dimensioni, che dispongono di più cimiteri, la gestione delle strutture e dei servizi connessi è normalmente affidata a società *in house multiutility*. Generalmente tali società operano nel campo dei servizi legati alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Sul punto si veda la del. 4 marzo 2004, n. 04/80, emanata dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e consultabile in [www.ipzs.it](http://www.ipzs.it).

<sup>51</sup> Per un approfondimento circa la qualificazione in termini di servizio pubblico dell'attività di gestione delle strutture obitoriali si rimanda a R. Lopez, *Brevi note sulla qualificazione dell'addetto all'obitorio come incaricato di pubblico servizio: una coincidenza necessaria*, in *Giur. merito*, 1999, II, 87 ss.

<sup>52</sup> Per un approfondimento sul punto si vedano G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5533, e H. Bonura, *La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica* (nota a Cons. St., sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097), in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 518.

<sup>53</sup> È questo il caso del Comune di Roma che nel 2007 (con del. G.C. 28 febbraio 2007,

## i servizi funebri e cimiteriali

### 4.2. L'illuminazione votiva

Il servizio di illuminazione votiva rappresenta, oltre a quello del trasporto dei feretri, uno dei servizi funerari sui quali si è maggiormente concentrata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza<sup>54</sup>. Essendo infatti una delle attività più remunerative fra quelle legate alla tradizione di venerazione dei defunti, è sovente oggetto di contenzioso tra le amministrazioni comunali, da un lato, e le imprese private interessate a gestirlo, dall'altro; ciò spiega i numerosi interventi del giudice amministrativo in materia.

In particolare, la giurisprudenza non ha mancato di sottolinearne la

n.74) ha formalizzato l'affidamento ad AMA dei servizi cimiteriali, che la stessa già svolgeva a partire dal 1998. Anche il Comune di Aosta opera nel campo dei servizi cimiteriali e di illuminazione votiva mediante una società *in house* (A.P.S. s.p.a.), che gestisce anche le farmacie comunali e i servizi legati alla sosta e alla mobilità. Situazione analoga si verifica nei Comuni di Torino e di Parma, dove i servizi sono gestiti da società partecipate dal Comune (nel primo caso AFC Torino s.p.a., nel secondo Ade s.p.a.), che hanno esternalizzato, mediante appalto, alcuni segmenti operativi, fra i quali rilevano rispettivamente quello inerente i trasporti funebri essenziali e quello relativo alla pulizia e cura delle aree verdi. Si segnala anche quanto avvenuto nei comuni dell'Emilia-Romagna dove, per molti anni, i servizi cimiteriali e necroscopici sono stati gestiti da Hera s.p.a., azienda *multiutility* la cui attività prevalente consiste nella gestione dei servizi legati al ciclo dell'acqua, all'utilizzo delle risorse energetiche e alla gestione dei servizi ambientali. Si tratta di una società di capitali a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui gli azionisti pubblici sono costituiti da comuni della Regione, fra i quali, ad esempio, Bologna, Ferrara, Forlì, Modena, Ravenna e Rimini, che hanno fatto confluire le proprie società *in house* in questa s.p.a. di livello regionale. Su tale modello la giurisprudenza è stata spesso chiamata a pronunciarsi rispetto alla possibilità che questo assetto societario fosse o meno perfettamente assimilabile alla fattispecie di società *in house* quale delineata dall'art. 113, comma 5, t.u. enti loc. e fosse dunque possibile procedere in suo favore all'affidamento diretto di servizi (in particolare, si veda Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 697, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); *contra*: Tar Piemonte, sez. II, 10 marzo 2001, n. 566, *ivi*; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 4 aprile 2001, n. 222, *ivi*; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2003, n. 4807, *ivi*; Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, *ivi*). Anche in Toscana i comuni ricompresi tra Pistoia ed Empoli hanno affidato la gestione dei servizi cimiteriali ad una società multicomunale (Publiambiente s.p.a.) il cui capitale è totalmente detenuto dai comuni dislocati nell'area di riferimento. Casi isolati fra i comuni di grandi dimensioni, infine, sono quelli di Trento e Bolzano, che curano la manutenzione dei cimiteri e gestiscono direttamente, attraverso i propri uffici, le operazioni di sepoltura e le attività necroscopiche ed obitoriali. Per una rassegna recente delle possibili modalità di gestione dei servizi cimiteriali si veda S. Scolaro, *La gestione dei cimiteri: quali forme? (Parte I)*, in *I Servizi Funerari*, 2011, n. 1, 12 ss., e Id., *La gestione dei cimiteri: quali forme? (Parte II)*, *ivi*, 2011, n. 2, 13 ss.

<sup>54</sup>Tra i contributi dottrinali risalenti vale la pena menzionare L. Bonaretti, *Illuminazione votiva delle tombe dei cimiteri: natura, controversie, competenza*, in *N. rass. Idg.*, 1985, 1029 ss.

natura di servizio pubblico atteso che, soddisfacendo il sentimento religioso di quanti si recano nel cimitero, consegue finalità sociali e promuove quindi lo sviluppo civile della comunità locale<sup>55</sup>.

Il giudice amministrativo non ha mai negato la qualificazione di servizio pubblico pur considerando come, in alcuni casi, alla concessione di detto servizio si accompagni l'onere per l'impresa di eseguire lavori di implementazione degli impianti esistenti<sup>56</sup>. In questi casi, infatti, le imprese hanno ritenuto che la concessione avesse ad oggetto la realizzazione di un'opera, cosicché il diritto di gestire il servizio si veniva a configurare come la controprestazione per i lavori eseguiti, volta a permettere il reperimento dei mezzi finanziari necessari al loro svolgimento. Tuttavia, nel caso dell'illuminazione votiva, l'espletamento di lavori risulta strumentale, sotto il profilo della manutenzione e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico; tale elemento è sufficiente per considerarne l'affidamento ad impresa privata nei termini di una concessione di servizi anziché di una concessione di costruzione ed esercizio<sup>57</sup>.

Peraltro, il carattere di servizio pubblico locale è confermato anche dalle previsioni di cui al r.d. n. 2578/1925 che, all'art. 1, c. 1, ha annoverato l'impianto e l'esercizio dell'illuminazione pubblica e privata fra i servizi

<sup>55</sup> Sul punto si vedano Cons. St., sez.V, 16 settembre 1994, n. 996, in *Cons. St.*, 1994, I, 1220 ss., e Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 6 maggio 2005, n. 3397, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>56</sup> Ad esempio, l'impresa è sovente tenuta all'allaccio delle nuove utenze, all'ampliamento della rete elettrica che consiste nella posa di cavi elettrici e nel loro collegamento ad un punto luce per ciascuna sepoltura, nonché alla sostituzione delle lampadine ad incandescenza con le più moderne a tecnologia led.

<sup>57</sup> Così: Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 giugno 1994, n. 1060, in *I TAR*, 1994, I, 3353 ss.; Cass., sez. un., 17 settembre 1998, n. 9261, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 1981 s.; Cons. St., sez.V, 11 settembre 2000, n. 4795, in *Contratti Stato enti pubbl.*, 2001, 86 ss. con nota di P. Pettinelli, *Concessione di costruzione e gestione e concessione di servizi. Natura e caratteri distintivi*; Tar Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2004, n. 2828, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Puglia, Bari, sez. III, 11 settembre 2007, n. 2103, *ivi*; Cons. St., sez.V, 5 dicembre 2008, n. 6049, *ivi*; Cons. St., sez.V, 29 marzo 2010, n. 1790, *ivi*; Cons. St., sez.V, 24 gennaio 2013, n. 435, *ivi*. Come recentemente rilevato, l'illuminazione votiva costituisce oggetto di concessione di pubblico servizio, visto che in essa si rinvencono i tratti distintivi della fattispecie. In particolare: l'assunzione del rischio è a carico del concessionario; a differenza di quanto avviene nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, il corrispettivo non è versato dall'amministrazione, la quale anzi percepisce un canone da parte del concessionario; infine, il rapporto è trilaterale, coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti, diversamente dall'appalto, in cui il rapporto intercorre tra la stazione appaltante e l'appaltatore. A tal proposito, si leggano Cons. St., sez.V, 11 agosto 2010, n. 5620, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e Tar Umbria, 6 marzo 2012, n. 73, *ivi*.

## i servizi funebri e cimiteriali

pubblici comunali, nonché dal d.m. del Ministro dell'interno 31 dicembre 1983, il quale ha posto l'illuminazione votiva tra i servizi pubblici a domanda individuale, ossia non erogati in favore della totalità degli individui, bensì su richiesta del singolo utente. Sul punto la dottrina ha fatto notare come l'identificazione dei servizi a domanda individuale non abbia l'obiettivo di enucleare i servizi riservati agli enti locali, bensì quello di individuare quei servizi per i quali i comuni devono richiedere una contribuzione a carico dell'utente, evitando dunque la fornitura gratuita degli stessi<sup>58</sup>.

Più nello specifico, sembrerebbe che il servizio in questione possa essere inquadrato tra quelli di rilevanza economica<sup>59</sup>. Infatti, in carenza di un'espressa elencazione legislativa dei servizi economicamente rilevanti, occorre in via induttiva determinare la rilevanza economica del singolo servizio pubblico rifacendosi a quei parametri che la Corte costituzionale ha rinvenuto nella presenza di uno scopo precipuamente lucrativo, nell'assunzione dei rischi connessi all'attività e nell'eventuale finanziamento pubblico della stessa<sup>60</sup>.

In particolare, può ritenersi che l'illuminazione votiva integri la fattispecie del servizio pubblico locale a fruizione individuale e con rilevanza economica, in quanto il concessionario impiega propri mezzi, capitali e personale per lo svolgimento di una attività economica rilevante idonea a produrre un utile di gestione e, dunque, a riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore<sup>61</sup>.

Pertanto, il servizio in questione può essere gestito in forma imprenditoriale. Infatti, seppure alcuni comuni ricorrano all'affidamento a società *in house*, normalmente tale servizio è svolto da imprese private che, tuttavia, concorrono per il mercato e non al suo interno, essendo il servizio in genere affidato ad un'unica impresa.

<sup>58</sup> In proposito, si vedano S. Daccò, *La gestione finanziaria dei servizi cimiteriali*, in *Amm. civ.*, 2003, n. 12, 53, e M. Cavallotti, *Crematori e servizi pubblici locali*, in *I Servizi Funerari*, 2006, n. 2, 20.

<sup>59</sup> Così Tar Lombardia, Milano, sez. I, 9 gennaio 2007, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e Tar Puglia, Bari, III, n. 2103/2007.

<sup>60</sup> Il riferimento è a C. cost., n. 272/2004.

<sup>61</sup> In proposito, si vedano: Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e in *Dir. prat. amm.*, 2009, n. 10, 16 ss., con nota di I. Correale, *Il requisito della redditività per l'affidamento diretto*; Cons. St., V, n. 5620/2010; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 450, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, *ivi*; Cons. St., V, n. 435/2013. Diversa è la posizione espressa da Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 4 febbraio 2011, n. 1077, *ivi*, secondo cui il servizio in questione è privo di rilevanza economica, dati i ridotti margini di profitto che è in grado di generare.

Nello specifico, per quanto concerne le modalità di gestione concretamente adottate, la distinzione più rilevante si ha con riferimento ai comuni di modesta entità demografica e territoriale, da un lato, e ai comuni di grandi dimensioni, dall'altro. Infatti, nel primo caso si procede normalmente all'affidamento in favore di società di capitali, scelte con gara, o di società miste in cui il socio privato è selezionato con procedura ad evidenza pubblica<sup>62</sup>. Invece, negli enti di grandi dimensioni generalmente il servizio è affidato a società con capitale interamente pubblico, nel rispetto delle condizioni poste dalla giurisprudenza comunitaria<sup>63</sup>.

Peraltro, il giudice amministrativo è recentemente intervenuto in merito alle forme di gestione del suddetto servizio, allo scopo di precisare la differenza tra affidamento diretto, che si concretizza mediante attribuzione della gestione all'esterno dell'ente comunale ed è possibile solo previo espletamento di gara ad evidenza pubblica, salva l'eccezionale ipotesi dell'affidamento *in house*, e la gestione diretta, che è sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratta di attività di esiguo impegno finanziario. Ad avviso del giudice, infatti, non vi è alcuna norma che obblighi i comuni ad esternalizzare determinati servizi, fra i quali appunto l'illuminazione votiva, qualora preferiscano amministrarli in via diretta e in economia. In quest'ottica, non è ammissibile che un comune di modesta entità non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva, che

<sup>62</sup> Oltre ai comuni piccolissimi, è il caso, fra gli altri, dei Comuni di Brindisi, Forlì, Reggio Calabria e Viterbo. In proposito, la giurisprudenza ha sostenuto che il servizio di illuminazione votiva non presenta una complessità tale da richiedere per il suo espletamento una organizzazione imprenditoriale articolata ed, infatti, nei centri di ridotte dimensioni territoriali e demografiche, che quindi dispongono di piccoli cimiteri, esso è stato a lungo svolto da ditte individuali. Il giudice amministrativo ha così affermato che l'affidamento mediante gara non debba essere disposto necessariamente in favore di società di capitali in quanto sarebbe ingiustificato e discriminante precludere l'accesso al mercato ad imprese di modeste dimensioni, considerato pure che con riferimento a servizi di questo tipo l'offerta resa dalle grandi imprese non è qualitativamente più apprezzabile. Così Cons. St., V, n. 1600/2008.

<sup>63</sup> È il caso, ad esempio, del Comune di Roma, dove però si registra una peculiarità: il servizio di illuminazione delle tombe è gestito da ACEA, società mista partecipata per il 51% dal Comune di Roma ed operante nei settori energetico ed idrico, in tutti i cimiteri eccetto quello Laurentino, di recente costruzione, in cui è invece offerto da AMA, la società *in house* che si occupa della gestione dei servizi cimiteriali nella totalità delle strutture comunali. Diversamente i Comuni di Torino e di Milano hanno affidato il servizio in questione ad imprese private, che peraltro lo gestiscono in numerose amministrazioni del nord Italia. Si segnala, infine, il caso del Comune di Palermo il quale, in difformità rispetto a quanto stabilito dalla giurisprudenza, ha ritenuto che la manutenzione delle lampade votive costituisca oggetto di appalto di servizi anziché di concessione.

## **i servizi funebri e cimiteriali**

esige soltanto l'impegno periodico di una persona e un esborso non impegnativo, il quale invece sarebbe necessario anche solo per procedere a tutte le formalità previste per indire una gara pubblica<sup>64</sup>.

Altra questione sulla quale la giurisprudenza si è pronunciata in diverse occasioni riguarda il rinnovo tacito dei contratti di concessione. In particolare, il giudice amministrativo ha chiarito come, se si consentissero rinnovi taciti delle concessioni di servizio, si prolungherebbero in maniera eccessiva ed ingiustificata i rapporti in corso e, quindi, si impedirebbe ad altri operatori di accedere al mercato, con violazione dei principi di ispirazione comunitaria in materia di libera concorrenza e di circolazione delle persone e delle merci<sup>65</sup>.

### **5. Le onoranze funebri: natura giuridica e forme di gestione**

Le onoranze funebri sono oggetto di indagine al fine di appurarne la natura, anche in ragione dell'attenzione ad esse prestata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che si sono sforzate soprattutto di sancire l'incompatibilità tra il loro esercizio e la gestione dei servizi necroscopici e cimiteriali.

<sup>64</sup> In questi termini, tra le tante, Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e Tar Toscana, sez. I, 6 aprile 2011, n. 593, *ivi*, laddove si sostiene che il principio della concorrenza, cui si ispirano le recenti norme in materia di servizi pubblici locali, non può prevalere sui principi di efficienza, economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, qualora una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili soluzioni interne all'amministrazione interessata e pertanto non competitive. A sostegno di questa tesi, viene altresì richiamata la pronuncia della Corte di giustizia della Comunità europea (C. giust. CE, grande sez., 9 giugno 2009, causa C-480/06, consultabile in *www.curia.europa.eu*), ove si afferma che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico mediante strumenti propri senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, non contrastando tale modalità con la tutela della concorrenza perché viene rispettato il principio della parità di trattamento degli interessati e nessuna impresa privata viene posta in una posizione privilegiata rispetto alle altre. Diversamente Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 460, in *Foro amm. Tar*, 2010, I, 111, che, rifacendosi all'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 allora vigente, ha dichiarato illegittima la scelta dell'amministrazione di procedere con amministrazione diretta alla manutenzione delle lampade votive cimiteriali, in quanto modalità di gestione non contemplata per i servizi pubblici di rilevanza economica. Altresì difforme è l'orientamento espresso da Tar Lazio, Roma, II-ter, n. 1077/2011, il quale tuttavia nell'ammettere la possibilità di gestione diretta, ne rinviene la giustificazione nelle modeste dimensioni del servizio, tali da escluderne la rilevanza economica.

<sup>65</sup> Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 6 ottobre 2009, n. 1023, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

L'attività delle onoranze funebri è disciplinata dai regolamenti comunali di P.M., nel rispetto di quanto previsto dalle relative leggi regionali. Trattandosi della regolazione di un'attività economica, si presume che essa afferisca a materie di esclusiva competenza legislativa statale, quali la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale<sup>66</sup>.

L'attività di onoranza funebre è normalmente svolta da un'impresa appositamente costituita al fine della produzione e dell'erogazione di detto servizio. Il servizio di onoranza funebre è composito, consistendo nell'insieme delle prestazioni necessarie ai fini della sepoltura del cadavere<sup>67</sup>.

Comunque, il *core business* dell'impresa funebre consiste nell'organizzazione della cerimonia esequiale, considerato pure che molti degli ulteriori servizi offerti vengono richiesti dai dolenti solo in casi eccezionali. Pertanto, le onoranze funebri vanno inquadrare nell'ambito delle prestazioni di servizio, essendo la produzione e la vendita di articoli da considerarsi unicamente quali attività strumentali. Tale schematizzazione, in ogni caso, non si rinviene in alcuna fonte normativa, essendo solo frutto di elaborazioni dottrinarie<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Così S. Scolaro, *Legislazione regionale: quali ambiti di competenze?*, cit., 12. Si noti, peraltro, come in questo senso si muovesse il c.d. d.d.l. Sirchia, nella cui relazione di accompagnamento si affermava proprio la competenza dello Stato a dettare norme a tutela del mercato e della concorrenza e, dunque, degli utenti, al fine di evitare il sorgere di situazioni di monopolio o di oligopolio che si ritorcono inevitabilmente in danno dei fruitori dei servizi.

<sup>67</sup> La dottrina (così S. Scolaro, *La polizia mortuaria*, Rimini, Maggioli, 2003, 108 ss.) ha ricompreso nell'ambito delle onoranze funebri sette distinte tipologie di attività: produzione di beni (cofani funebri, casse metalliche etc.); vendita di beni (vendita di cofani, casse, articoli di arredo funerario, fiori, corone e simili); noleggio di attrezzature (talvolta utilizzate in sede di allestimento della camera ardente); noleggio di mezzi (sostanzialmente, il carro funebre); prestazioni di servizio (predisposizione dei necrologi, attività cerimoniali, organizzazione della cerimonia esequiale); intermediazione di affari (svolgimento dei procedimenti amministrativi per l'ottenimento della concessione di aree o sepolcristi privati nei cimiteri, e per l'ottenimento di particolari autorizzazioni, come quelle relative all'imbalsamazione e al trasporto del feretro all'estero); operazioni di altra natura (stampa di necrologi e tutto quanto non classificabile nelle precedenti categorie). La maggior parte delle leggi regionali, più semplicemente, ricomprende nell'ambito delle onoranze funebri le attività volte al disbrigo delle pratiche amministrative inerenti il decesso, alla fornitura di articoli funebri in occasione del funerale e, anche in forma disgiunta, al trasporto del cadavere. Nello specifico si vedano: art. 13, comma 1, l. rg. Em. Rom n. 19/2004; art. 6, comma 1, l. rg. Fr.V.G. n. 12/2011; art. 6-bis, comma 1, l. rg. Lig. n. 24/2007; art. 74, comma 1, l. rg. Lomb. n. 33/2009; art. 7, comma 1, l. rg. Marche n. 3/2005; art. 5, comma 1, l. rg. Piem. n. 15/2011; art. 15, comma 1, l. rg. Puglia n. 34/2008; art. 5, comma 1, l. rg. Ven. n. 18/2010.

<sup>68</sup> In proposito, si noti come la mancanza di una definizione legislativa puntuale del



## **i servizi funebri e cimiteriali**

Per quanto attiene alla natura dell'attività in questione, sembra potersi affermare che essa non costituisca servizio pubblico bensì presenti natura privatistica, essendo attività commerciale-imprenditoriale, e possa quindi essere esercitata dalle imprese in regime di libera concorrenza. Peraltro, tale orientamento trova conferma nelle esternazioni del giudice amministrativo, difformemente da quanto previsto dalle disposizioni di cui al d.m. del Ministro dell'interno 31 dicembre 1983, il quale ha posto le pompe funebri tra i servizi pubblici a domanda individuale<sup>69</sup>.

Pertanto, qualora l'ente pubblico voglia fornire i servizi di onoranze funebri alla propria cittadinanza deve farlo in posizione paritetica rispetto agli altri operatori. D'altronde, l'offerta dei servizi di onoranze funebri non si ricollega in alcun modo a fini propri del comune né implica l'esercizio di una funzione amministrativa<sup>70</sup>. Quindi non può essere qualificato come

servizio di onoranza funebre comporta che l'impresa interessata a svolgere il suddetto complesso di attività necessita di molteplici e diverse autorizzazioni, non essendone prevista una omnicomprensiva. D'altronde, appare difficile ipotizzare un'autorizzazione unica, visto che alcune attività di onoranza funebre (in particolare, quelle volte al disbrigo delle pratiche amministrative inerenti il decesso) non rientrano tra quelle tipicamente commerciali o economiche bensì attengono alla materia della sicurezza pubblica. Così Cons. St., sez.V, 19 maggio 2009, n. 3072, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Peraltro, il giudice amministrativo ha avuto modo di precisare come il comune non possa negare una autorizzazione motivando la propria decisione sull'assunto che il mercato sia già sufficientemente servito, in quanto lo stesso, in mancanza di contingentamento stabilito da espresse previsioni legislative, è soggetto alle sole regole della concorrenza. Sul punto, si veda Cons. St., sez.V, 14 aprile 2004, n. 2133, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Diversamente, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 16 aprile 2012, n. 693, *ivi*, secondo cui le esigenze di sicurezza, di ordine pubblico e di prevenzione dei reati giustificano la previsione regolamentare di un contingentamento delle autorizzazioni rilasciabili. Tale orientamento non trova riscontro positivo ed anzi a livello normativo si segnala l'apertura della l. rg. Em. Rom. n. 19/2004, come modificata nel 2010, la quale, all'art. 13, comma 2, ha sostituito il provvedimento autorizzatorio con la dichiarazione di inizio attività che le imprese pubbliche o private interessate a svolgere l'attività funebre devono presentare, corredata delle necessarie autocertificazioni. L'istituto della D.I.A., peraltro, è stato esteso anche al settore del trasporto funebre. Previsione analoga è contenuta all'art. 5, comma 2, l. rg. Piem. n. 15/2011, che fa riferimento alla segnalazione certificata di inizio attività.

<sup>69</sup> Sembra opportuno in proposito precisare come, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea, i servizi di pompe funebri rispondano ad un bisogno di interesse generale, che non viene meno per il solo fatto che il relativo mercato è caratterizzato dall'esistenza di una concorrenza articolata. L'indizio della sussistenza di tale bisogno troverebbe riscontro nella circostanza per cui l'ente locale ha l'obbligo di provvedere ai funerali, nel caso in cui questi ultimi non siano stati organizzati entro un determinato termine dal decesso dell'individuo. Il riferimento è a C. giust. CE, sez.V, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, consultabile in *www.curia.europa.eu*.

<sup>70</sup> Sul punto si vedano Cass., sez. un., 25 novembre 1977, n. 5132, in *Giust. civ.*, 1978,

comportamento di concorrenza sleale quello del comune che eserciti, direttamente o attraverso una propria società *in house*, l'attività imprenditoriale di onoranze funebri in concorrenza con imprese private<sup>71</sup>. L'evidenza empirica, infatti, dimostra che nel mercato in questione (peraltro caratterizzato da una estrema frammentazione perché in ciascun comune esercitano più imprese, di cui molte di piccole dimensioni, spesso anche individuali) accanto agli operatori privati ed in regime di libera concorrenza operano sovente società *in house*<sup>72</sup>.

Tale configurazione dell'attività di pompe funebri conduce ad aderire ai rilievi posti dalla giurisprudenza in ordine all'incompatibilità fra il servizio di onoranza funebre (attività di natura economico-imprenditoriale espressione di funzioni privatistiche) e la gestione degli altri servizi mortuari (attività di natura pubblicistica volta ad ottemperare ad obblighi previsti in funzione di ragioni di natura igienico-sanitaria), in particolare della camera ardente.

Infatti, come sostenuto dal giudice amministrativo, la presenza di una ditta presso la camera mortuaria inevitabilmente finisce per favorire la stessa nel contiguo mercato delle onoranze in quanto i parenti del defunto, data la particolare situazione emotiva, sono inclini ad affidare l'intera gestione

I, 960 ss., con nota di A. Bendonì, *Sull'esperibilità di azioni cautelari contro la p.a.*, e Cons. St., VI, n. 7950/2006.

<sup>71</sup> Così Cass., sez. un., 22 maggio 1991, n. 5787, in *Foro it.*, 1992, I, 2204 ss., con nota di L. Di Via, *Assunzione di servizi pubblici da parte dei comuni, violazione di norme pubblicistiche e concorrenza sleale*.

<sup>72</sup> È questo il caso, fra gli altri, del Comune di Roma, che presenta un settore funebre effettivamente liberalizzato: infatti, seppure AMA offra il servizio a prezzi normalmente inferiori alla media, soddisfa solo una minima percentuale della domanda, che invece riesce ad essere evasa quasi completamente dal mercato privato. Avviene il contrario nel Comune di Ferrara che, attraverso la propria società *in house*, ha acquisito la maggioranza della quota di mercato, del tutto liberalizzato. Parzialmente diverso è anche il caso del Comune di Trento, che è presente nel campo delle onoranze funebri come pure in quello dei trasporti a pagamento, settori comunque liberalizzati, ed opera avvalendosi dei propri uffici e del proprio personale, senza far ricorso a società *in house*. Peculiare, infine, il caso del Comune di Milano che non ha approntato una propria offerta di onoranze ma si è limitato a stipulare delle convenzioni con le imprese di pompe funebri per lo svolgimento dei trasporti di feretri, per l'organizzazione dei funerali, per la fornitura delle lapidi, per la pulitura dei monumenti funebri e per la manutenzione del verde. Tale scelta persegue un duplice obiettivo: da un lato, mediante le convenzioni il comune svolge una funzione di calmieramento dei prezzi, in quanto i servizi sono offerti alla cittadinanza ad un prezzo concordato con l'amministrazione; dall'altro, il comune consegue un risparmio di costi rispetto a quelli che dovrebbe sostenere se volesse approntare un proprio servizio di onoranze funebri avvalendosi di una società *in house*.

## i servizi funebri e cimiteriali

delle esequie all'operatore con il quale per primo sono venuti in contatto in occasione, appunto, della collocazione del cadavere presso la camera ardente<sup>73</sup>. Quello dei servizi funebri è un mercato imperfetto, connotato da una scarsa sensibilità al fattore prezzo e da una maggiore rispondenza ad altri elementi, fra i quali il contatto tempestivo con l'impresa nel momento in cui sorge la necessità di acquisto dei servizi stessi.

La capacità delle attività legate alla gestione della camera ardente di promuovere le ditte di pompe funebri nel mercato delle onoranze è facilmente intuibile se si pensa che in alcuni casi l'offerta presentata dalle imprese all'ente comunale per l'assegnazione della relativa gestione è stata del tutto formale, tale cioè da non consentire il ripianamento dei costi con il solo importo versato dal comune. Infatti, l'impresa è disposta a gestire il servizio relativo alla camera ardente ad un prezzo che non permette il ricavo di utili in quanto questa attività, introducendola nei luoghi in cui avvengono i decessi, le accorda una posizione privilegiata nei confronti degli altri operatori del settore delle pompe funebri, che si colloca a valle rispetto a quello della gestione delle camere ardenti. In questo modo, il risparmio conseguito dalla struttura ospedaliera, che annulla il costo di gestione della camera ardente mediante affidamento a soggetti terzi, viene in realtà trasferito sui consumatori, dal momento che il prezzo pagato dagli utenti dei servizi di onoranze funebri, dovendo coprire i costi di gestione di un altro servizio (quello relativo alla camera mortuaria, appunto), risulterà più elevato<sup>74</sup>.

L'unica clausola di salvaguardia suscettibile di rivelarsi utile allo scopo dovrebbe prevedere il divieto esplicito, per l'impresa assegnataria, di concludere affari con i parenti di persone decedute nei presidi ospedalieri ove è situata la camera ardente. In ogni caso, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la sola soluzione conforme al principio di concorrenza sia quella dell'incompatibilità tra l'esercizio dell'attività di onoranze funebri e la gestione delle camere mortuarie.

<sup>73</sup> Così: Tar Friuli Venezia Giulia, 29 novembre 1999, n. 1206, in *Ragiusan*, 2000, nn. 193-194, 127; Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 aprile 2001, n. 1704, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Liguria, sez. II, 30 dicembre 2003, n. 1781, *ivi* e in *Urb. app.*, 2004, 719 ss., con nota di M. Poto, *Problematiche in tema di libera concorrenza negli appalti di servizi mortuari*; Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1639, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 24 giugno 2011, n. 3815, *ivi*, che adduce lo svolgimento in contemporanea dei servizi cimiteriali e dell'attività di onoranze funebri quale esempio di concorrenza sleale. In argomento, si vedano pure i pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, resi in data 22 luglio 2010 (parere n. 146) e 21 aprile 2011 (parere n. 77), reperibili in *www.avcp.it*.

<sup>74</sup> In proposito, si veda la segnalazione dell'AGCM n. AS392/2007.

Tali considerazioni dovrebbero valere anche per il caso delle società a partecipazione pubblica locale che operano nel campo delle onoranze funebri, alle quali dunque non dovrebbero essere affidati, per i motivi esposti, i servizi di gestione delle camere ardenti<sup>75</sup>.

Infine, sembra opportuno segnalare che le regioni, oltre ad aver adottato disposizioni tese a vietare agli operatori funebri la possibilità di presentare i propri servizi all'interno di ospedali, cliniche e strutture di ricovero, hanno introdotto previsioni volte a perseguire chi propone direttamente o indirettamente offerte, promesse, doni o vantaggi di qualsiasi genere per ottenere informazioni atte a consentire il procacciamento di uno o più funerali o indicazioni per l'attribuzione degli stessi<sup>76</sup>. Si tratta di misure adottate proprio in ragione dell'assetto estremamente competitivo del mercato. Considerato il delicato momento nel quale i servizi funebri vengono ad essere richiesti che, come anticipato, induce gli utenti ad essere scarsamente sensibili rispetto ad alcune componenti dell'offerta, tra le quali il prezzo, e ad essere più interessati, invece, ad altre, come la possibilità di incaricare una unica impresa della gestione di tutte le attività conseguenti al decesso, il legislatore regionale si è sforzato soprattutto di regolare il rapporto comunicativo che intercorre tra il soggetto esercente le onoranze funebri e il consumatore della prestazione.

In particolare, si è stabilito che il comune debba informare adeguatamente la cittadinanza circa i servizi offerti dalle imprese operanti nell'ambito del proprio territorio, con particolare riferimento ai profili economici e alle diverse pratiche funerarie previste dall'ordinamento<sup>77</sup>. Talvolta poi la legge dispone espressamente che il comune assicuri ai dolenti il diritto di scegliere liberamente nell'ambito dei soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività funebre, favorendo peraltro tale selezione con una corretta informazione sui compiti delle imprese esercenti<sup>78</sup>. Infine, alcune leggi regionali

<sup>75</sup> G. Bassi, *Ancora sulla commistione tra gestione di pubblici servizi ed attività in libero mercato: ovvero del divieto (pubblico o privato) di alterazione della concorrenza*, in *Appalti&Contratti*, 2007, n. 7, 60 s.

<sup>76</sup> Nello specifico, si vedano: art. 6, allegato A, l. rg. Camp. n. 12/2001; art. 13, comma 6, l. rg. Em. Rom. n. 19/2004; art. 51, comma 6, l. rg. Fr.V.G.; art. 7, comma 1, l. rg. Piem. n. 15/2011; art. 16, comma 3, l. rg. Puglia n. 34/2008; art. 53, comma 5, l. rg. Ven. n. 18/2010.

<sup>77</sup> Nello specifico, si vedano: art. 1, comma 1, l. rg. Em. Rom. n. 19/2004; art. 50, comma 1, l. rg. Fr.V.G. n. 12/2011; art. 74, comma 7, l. rg. Lomb. n. 33/2009; artt. 1 e 7, comma 7, l. rg. Marche n. 3/2005; artt. 1, comma 1, e 5, comma 5, l. rg. Piem. n. 15/2005; art. 1, comma 1, l. rg. Puglia n. 34/2008; art. 1, l. rg. Ven. n. 18/2010; art. 14, l. prov. Trento n. 7/2007.

<sup>78</sup> Una disposizione di questo tipo è recata dall'art. 6, comma 1, l. rg. Piem. n. 15/2005.

## i servizi funebri e cimiteriali

promuovono, d'intesa con le associazioni rappresentative dei comuni e di categoria, l'adozione di un codice deontologico delle ditte che svolgono attività funebre, con il duplice fine di tutelare il dolente e la concorrenza<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> In particolare, si vedano: art. 8 e allegato A, l. rg. Camp. n. 12/2001; art. 74, comma 8, l. rg. Lomb. n. 33/2009; art. 7, comma 8, l. rg. Marche n. 3/2005; art. 6, comma 5, l. rg. Piem. n. 15/2005; art. 3, comma 1, l. rg. Umbria n. 12/2004. A differenza delle leggi regionali, che espressamente considerano la tutela dell'utenza come finalità precipua, la normativa statale di settore, ossia il d.P.R. n. 285/1990, non contiene nessun riferimento ad essa. In ogni caso, la tutela degli utenti è elemento fortemente avvertito anche nei contratti di servizio e, soprattutto, nelle carte dei servizi, le quali, nel settore necroscopico e cimiteriale, presentano, con variazioni minime, la medesima struttura. Innanzitutto, sono elencati i principi che l'ente erogatore si impegna a rispettare, i quali sono identificabili nei valori di uguaglianza ed imparzialità (derogabili solo al fine di offrire servizi differenziati in base alle specifiche esigenze dei richiedenti), continuità, efficienza ed efficacia, partecipazione ed informazione (per ridurre l'asimmetria informativa che penalizza fortemente i dolenti), riservatezza e tutela della *privacy* ed, infine, cortesia (tanto più indispensabile se si considera la particolare situazione emotiva in cui l'utente si trova). In secondo luogo, per ciascun servizio offerto sono specificati gli indicatori di qualità e le sanzioni applicate in caso di mancato rispetto degli stessi: ad esempio, con riguardo ai servizi inerenti la sepoltura vengono dettagliatamente esplicitate le diverse modalità possibili, viene posto come obiettivo il rispetto di tempistiche stabilite e viene fissato un indennizzo che il soggetto erogatore deve corrispondere al consumatore qualora non soddisfi gli *standard* predeterminati; nel caso dei servizi di custodia, pulizia degli immobili e manutenzione del verde l'indicatore prescelto è relativo al mantenimento dei luoghi in buono stato conservativo e di decoro; con riferimento all'illuminazione votiva solitamente l'indicatore di qualità adottato è inerente al tempo necessario per l'attivazione del servizio a partire dal momento in cui viene effettuata la richiesta. Generalmente poi viene configurato quale servizio sottoposto al rispetto di indicatori di qualità (identificabili nei tempi di evasione delle richieste e di risposta ai reclami) anche il rapporto con i cittadini, considerato di fondamentale importanza viste le particolari condizioni psicologiche dell'utente. Alla fine sono elencati gli obiettivi di miglioramento del servizio che il soggetto erogatore si prefigge di raggiungere nel periodo di riferimento, normalmente corrispondente ad un triennio. Nel caso di mancato rispetto degli *standard* indicati nella carta, è ordinariamente previsto che gli utenti possano presentare reclamo, al quale l'ente gestore è tenuto a rispondere comunicando anche gli esiti degli accertamenti eseguiti ed informazioni circa l'eventuale corresponsione dell'indennizzo o la restituzione dell'importo versato come corrispettivo per la prestazione già eseguita. Solitamente le carte relative a servizi effettuati in piccoli comuni dispongono il rimborso del cinquanta per cento dell'importo versato come sanzione per lo svolgimento delle prestazioni in modi e tempi più lunghi rispetto agli *standard* prefissati mentre prevedono la restituzione dell'intera tariffa nel caso di prestazione non eseguita. Nei centri di maggiori dimensioni, invece, sono stabiliti indennizzi ad importo fisso indipendenti dal contributo versato. Tuttavia, nonostante i moderni sistemi di comunicazione abbiano consentito la diffusione dei contenuti della carta dei servizi (la quale invero costituisce uno strumento largamente in uso nel settore funerario), alcune interviste condotte fra gli utenti hanno messo in luce come solo una modesta percentuale sia conscia dell'esistenza della carta. Ad esempio, nel Comune di Trento è al corrente dell'esistenza della carta dei servizi

## 6. Considerazioni conclusive

Dall'analisi delle forme di gestione emerge come il processo di liberalizzazione che negli ultimi anni ha interessato i servizi pubblici locali abbia inciso in maniera significativa sul settore dei servizi funerari e, in particolare, nel campo dei trasporti funebri, i quali, anche se qualificati come servizio pubblico, sono soggetti alla disciplina del libero mercato. Con riguardo a detto settore, pertanto, ci si può attendere uno sviluppo del processo di liberalizzazione sostenuto con forza dalla giurisprudenza.

Invece, con riferimento ai servizi cimiteriali, e fra questi specialmente all'illuminazione votiva, non sussiste una concorrenza nel mercato quanto al limite una concorrenza per il mercato; peraltro, la modalità di affidamento *in house* risulta ancora prevalente.

In chiave prospettica pare potersi affermare che il settore nel suo complesso, tanto per il mercato dell'illuminazione elettrica votiva quanto per quello inerente alle attività legate alla sepoltura, non subirà significativi processi di sviluppo per ciò che concerne le modalità di organizzazione. Infatti, le discipline recenti di cui ai d.l. n. 112/2008 (e relativo regolamento attuativo adottato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168) e 13 agosto 2011, n. 138 (c.d. manovra di ferragosto), hanno avuto vita troppo breve per modificare incisivamente il mercato<sup>80</sup>. Dette norme intendevano dare un impulso forte

solo il 18,7% degli intervistati. Probabilmente la ragione di una così scarsa conoscenza è da ricercarsi nel particolare approccio del cittadino a questi servizi i quali, a differenza di altri relativi ad esempio ai trasporti o alle forniture elettriche ed idriche che fanno parte della quotidianità, sono considerati «servizi *una tantum*» e, quindi, presi in considerazione solo al verificarsi dell'effettiva necessità. Così C. Passalacqua, *Comune di Trento – Il percorso dei Servizi Funerari verso l'eccellenza: Carta servizi, customer satisfaction, sito web e certificazione di qualità*, in *I Servizi Funerari*, 2009, n. 3, 22.

<sup>80</sup> L'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, è stato abrogato ad opera del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, in seguito allo svolgimento, nel giugno 2011, di un referendum popolare, mentre l'art. 4, d.l. n. 138/2011, è stato dichiarato illegittimo dal giudice costituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199 (reperibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). Si osservi come la Corte costituzionale non sia entrata nel merito della disciplina, essendosi limitata ad affermare che, rappresentando un ripristino della normativa di cui all'art. 23-bis, in quanto ne riprende i principi ispiratori e ne ricalca quasi per intero i contenuti, essa è da ritenersi costituzionalmente illegittima. Per un approfondimento in ordine alla *ratio* ispiratrice delle recenti riforme si veda F. Di Lascio, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. amm. app.*, 2012, 18. In generale, per un'analisi delle recenti evoluzioni normative che hanno interessato il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si vedano, tra i molti, i seguenti contributi: G. Chinè, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Corr. mer.*, 2009, 237 ss.; M. Alesio, *Le ultime "incursioni" del legislatore nazionale sui servizi pubblici locali*, in *Comuni*

## i servizi funebri e cimiteriali

alla liberalizzazione, limitando a casi specifici gli affidamenti diretti; in sostanza, si imponeva in via ordinaria l'esternalizzazione della gestione dei servizi, mantenendo l'*in house providing* come eventualità del tutto eccezionale cui far ricorso in presenza di determinate condizioni (da motivare adeguatamente) che comunque non consentissero lo svolgimento efficiente del servizio<sup>81</sup>. Con l'espunzione della disciplina pro-concorrenziale di cui all'art.

*It.*, 2010, n. 5, 67 ss.; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010; A. Muratori, *Servizi degli cell e regolamento esecutivo dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008: gestioni in house, addio?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2010, 957 ss.; G. Bassi e F. Moretti, *L'assetto dei servizi pubblici locali dopo i referendum abrogativi - Una ricostruzione del quadro ordinamentale, in Azienditalia*, 2011, II ss.; *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Rimini, Maggioli, 2011; G. Farneti, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum e la manovra estiva*, in *Azienditalia*, 2011, 719 ss.; S. Glinianski e U. Patroni Griffi, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, Firenze, Accursio-Noccioli, 2011; S. Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. app.*, 2011, 48 ss.; *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, Giappichelli, 2011; C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011; G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 23 ss.; M. Lombardo e F. Scura, *Liberalizzazione e "pubblicizzazione" dei servizi pubblici locali nel D.L. 1/2012*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2012; B. Spadoni, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali - I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2012; C. Vivani, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del governo Monti*, in *Urb. app.*, 2012, 511 ss.

<sup>81</sup> Sul punto si veda Tar Toscana, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in *Urb. app.*, 2010, 227, con nota di F. Dello Sbarba, *La compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23-bis d.l. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15, d.l. 135/2009*, e in *Giust. amm.*, 2009, 292 ss., con nota di R. Bianchini, *La mancata richiesta del parere preventivo comporta l'illegittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale*. Secondo l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, infatti, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica doveva avvenire in via ordinaria in favore di imprenditori o di società in qualunque forma individuate mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica o in favore di società miste in cui il socio privato fosse ugualmente selezionato con procedura competitiva; tale modalità di affidamento ordinario era derogabile solo nel caso di particolari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento che rendevano difficile il ricorso al mercato. In questi casi, comunque, l'ente locale era chiamato a motivare adeguatamente la propria scelta e a trasmettere una relazione all'AGCM per l'espressione di un proprio parere. In particolare, la richiesta di parere, da presentarsi anticipatamente rispetto all'adozione della deliberazione di affidamento del servizio, doveva riportare le risultanze di una attività di comparazione tra diverse soluzioni, ad esempio ad esito di una consultazione del mercato finalizzata a verificare l'eventuale presenza di operatori privati in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento e di soddisfare altrimenti le esigenze dell'amministrazione. In proposito, si vedano il parere dell'AGCM 5 febbraio 2009, n. AS504, e la comunicazione del 20 ottobre 2008, consultabili ri-

4, d.l. n. 138/2011, e, quindi, in virtù della normativa comunitaria, gli enti locali hanno riacquisito la propria autonomia in ordine alla scelta del modello di gestione dei servizi<sup>82</sup>. Infatti, non sussiste più l'obbligo per l'amministrazione che intenda procedere alla gestione *in house* di effettuare la suddetta analisi preventiva tesa a verificare l'eventuale presenza di operatori privati in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento.

Considerando peraltro quanto la tradizione della gestione diretta o mediante affidamento *in house* sia consolidata nel settore in questione, non è dato aspettarsi mutamenti rilevanti per il prossimo futuro.

Soltanto per il servizio di cremazione si possono ipotizzare scenari di sviluppo del mercato: infatti, laddove l'impianto di cremazione già esiste ed è gestito dal comune non è probabile che si verifichino mutamenti a livello di gestione, ma nel caso di servizio ancora da istituire e di impianto da realizzare *ex novo*, si può prevedere che, anche in ragione della crisi finanziaria che incide sulla disponibilità economica degli enti locali, si assisterà ad un aumento del ricorso al *project financing*, ex art. 153, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163. Ciò in quanto il servizio di cremazione si presta facilmente alla realizzazione dell'infrastruttura in *project financing*: il sussistere di una tariffa conseguita dal gestore aggiudicatario della procedura e posta a carico dell'utenza permette di recuperare nel tempo l'investimento effettuato dal gestore per la costruzione dell'impianto e consente all'amministrazione di provvedere ad un bisogno della collettività senza dispendio di risorse<sup>83</sup>.

spettivamente in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) e in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). La normativa di cui al d.l. n. 138/2011 appariva ancora più decisa nel ridurre le possibilità di affidamento *in house*, al punto da vincolare il ricorso all'affidamento diretto al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale comportava l'automatica esclusione della possibilità di attribuzione di diritti di esclusiva.

<sup>82</sup> In realtà, nell'ambito della sentenza n. 199/2012, il giudice costituzionale non ha fornito indicazioni in ordine alla disciplina d'ora in avanti applicabile; tuttavia, si può ritenere valevole quanto affermato con la pronuncia che ha dichiarato l'ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, laddove si è chiarito che lo stesso non avrebbe comportato né una lacuna normativa né l'applicazione di una legislazione contrastante con l'assetto concorrenziale minimo richiesto dall'ordinamento comunitario, potendosi utilmente procedere all'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria. Il riferimento è a C. cost., 26 gennaio 2011, n. 24, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per un approfondimento sul punto si veda G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 45.

<sup>83</sup> Per un approfondimento sul punto, si legga G. Belloni, *op. cit.*, 755. Si veda anche D. Fogli, *La riforma può aprire la porta alla internazionalizzazione dei servizi funebri e cimiteriali in Italia?*, cit., 28, il quale giudica negativamente l'esperienza della finanza di progetto in campo cimiteriale in quanto produce costruttori attenti a moltiplicare strutture e manufatti anziché gestori capaci di valorizzare il patrimonio esistente e far crescere la componente di servizio.



*Abstract*

*The article aims to analyze the industry of funeral and cemetery services in order to investigate the legal nature of its activities and identify the forms of management, particularly in light of the recent regulatory changes that affected the public services industry in general.*

*Although poorly studied within the general area of scientific contributions relating to public services, for likely they are not used in everyday life, these services are often the subject of controversies, due to relevant economic interests and to the fact that in this sector public and private coexist without a definite demarcation line.*

*The article focuses in particular on the nature of funeral and cemetery services and, finally, of funerals. The analysis has been conducted separately for each type of service, for these activities are exercised by different authorities on the basis of different legislative provisions.*



VALENTINA CINGANO

## L'ACCESSO AI DOCUMENTI DEI GESTORI DI PUBBLICI SERVIZI E LA NOZIONE DI STRUMENTALITÀ

SOMMARIO. 1. Il principio di trasparenza e l'interesse pubblico. L'accesso a documenti detenuti da privati. – 2. Il profilo soggettivo. La nozione di pubblica amministrazione in rapporto all'esercizio del diritto di accesso. – 3. L'attività di diritto pubblico e l'attività di diritto privato. Il ruolo del nesso di strumentalità. – 4. La nozione di strumentalità. – 4.1. Il nesso di strumentalità diretta. Alcuni casi in cui l'accesso è stato negato. – 4.2. Il nesso di strumentalità indiretta. Alcuni casi in cui la strumentalità è stata accertata. – 5. Conclusioni. – 5.1. Un caso particolare: l'esercizio dell'accesso nei confronti del gestore di un mercato all'ingrosso agroalimentare. – 5.2. La preliminare indagine sulla natura dell'attività esercitata quale presupposto per applicare la disciplina sull'accesso.

### **1. Il principio di trasparenza e l'interesse pubblico. L'accesso a documenti detenuti da privati**

L'esercizio del diritto di accesso nei confronti di un soggetto privato, incaricato di esercitare una pubblica funzione o un pubblico servizio, coinvolge il delicato bilanciamento fra principio di trasparenza e principio di libera concorrenza.

Il primo principio è ampiamente valorizzato nella legislazione. L'art. 22, l. 7 agosto 1990, n. 241, prescrive che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'attività amministrativa.

Già prima delle riforme del 2005 la giurisprudenza aveva chiarito che le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all'espletamento di compiti di interesse pubblico.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in due decisioni del 1999, precisava che la normativa sul diritto di accesso agevola il concreto perse-

guimento dei valori costituzionali sanciti dall'art. 97 Cost., ha il medesimo ambito applicativo dell'art. 97 e riguarda gli atti dell'amministrazione in quanto tali (tranne le eccezioni tassativamente previste dalla legge)<sup>1</sup>.

Nel proseguire il percorso interpretativo tracciato, la medesima Adunanza Plenaria, nella successiva decisione n. 5/2005<sup>2</sup>, aggiungeva che le regole in tema di trasparenza si applicano anche ai soggetti privati chiamati all'esplicitamento di compiti di interesse pubblico (quali concessionari di pubblici servizi o società ad azionariato pubblico).

La detta linea ermeneutica ha ottenuto conferma legislativa con le modifiche apportate alla l. n. 241/1990 dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, la quale si è spinta fino ad iscrivere esplicitamente – agli effetti dell'assoggettamento alla disciplina sulla trasparenza – tra le pubbliche amministrazioni anche i soggetti che svolgono attività di pubblico interesse.

A fronte della valorizzazione del principio di trasparenza in riferimento all'attività svolta da soggetti privati, emerge la necessità di evitare che i privati medesimi siano gravati da eccessivi oneri procedurali, i quali sarebbero individuati sulla sola base dell'attività pubblicistica svolta e per la necessità di rispettare il ripetuto principio di trasparenza.

Siffatti oneri pubblicistici rischierebbero di collidere con ulteriori principi di rilievo costituzionale e comunitario e, *in primis*, con quello di libera concorrenza.

Si deve impedire, in particolare, che il raggio di azionabilità del diritto all'ostensione possa comprendere anche la documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale inerente all'attività di diritto privato (e scollegata dalla gestione dell'interesse pubblico) svolta dall'impresa, sì da evitare che operatori economici in concorrenza possano utilizzare l'accesso strumentalmente, per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

L'applicazione del principio di trasparenza non deve avvenire in via incondizionata e non può estendersi ad un sindacato generalizzato dell'intera attività (anche privatistica) svolta dall'impresa, ma deve coniugarsi con la doverosa garanzia di tutela della concorrenza.

Proprio se si prendono le mosse da questa considerazione, risulta necessario verificare quali siano oggi i confini di applicazione del principio di

<sup>1</sup> Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 6, 567; Cons. St., ad. plen., 22 aprile 1999, n. 5, in *Foro it.*, 1999, III, 305.

<sup>2</sup> Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Urb. app.*, 2005, 11, 1357.

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

trasparenza e del diritto di accesso nei confronti dell'attività svolta da imprese che gestiscano pubblici servizi o pubbliche funzioni.

A seguito delle riforme del 2005, infatti, non è più necessario rinvenire una giustificazione (quale era cercata da giurisprudenza<sup>3</sup> e dottrina *ante* 2005<sup>4</sup>) per l'applicabilità ai privati della disciplina sull'accesso agli atti<sup>5</sup>. Quello che risulta particolarmente interessante, invece, è indagare in che modo ed entro quali confini la giurisprudenza ritenga che il regime soggettivamente privatistico possa essere derogato a causa della presenza di un interesse pubblico.

L'analisi verrà sviluppata a partire dall'accertamento dell'attuale con-

<sup>3</sup> Fra tutte, si vedano le sentenze citate alle note precedenti e la più recente decisione Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1470, nella quale sono ribaditi i medesimi principi in diritto. Tutte le decisioni citate nel presente scritto, ove non diversamente specificato, sono consultabili sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>4</sup> In dottrina, prima delle riforme del 2005, cfr. F. Caringella, R. Garofoli, M.T. Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 1999, 115; F. Comperchio, *Accesso ai documenti amministrativi dei concessionari di pubblici servizi: una decisione non convincente*, nota a Cons. St., ad. plen. 22 aprile 1999, n. 4, in *Giust. civ.*, 2000, I, 522; M.G. Della Scala, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'Ad. Plen., n. 5 del 2005*, in *Foro Amm.*, CdS, 2006, 769; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, tomo II, Milano, 2000, 1042. Più in generale, sull'accesso ai documenti amministrativi si v. G. Arena, *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, 2006, 5945; G. Arena (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; F. Caringella, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, 2005, 15; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, in [giustamm.it](http://giustamm.it); R. Chieppa, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Diritto dell'economia*, 1994, 613; M. Clarich, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 444; G. Clemente di San Luca, *Diritto di accesso e interesse pubblico*, Napoli, 2006; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali sul diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 206; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di C. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2001, 1337; M.A. Sandulli, *Accesso alle notizie e ai documenti*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2000, 2. Sia consentito rinviare altresì a V. Cingano, *La trasparenza dell'attività amministrativa ed i limiti al diritto di accesso nei procedimenti tributari in rapporto alla correttezza delle relazioni internazionali*, in *Dir. e Pratica Trib.*, 2012, 5, 1039.

<sup>5</sup> In dottrina, *ex pluribus*, cfr. A. Simonati, *I principi in materia di accesso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Padova, Cedam, 2011, 1030; id., *L'ambito di applicazione del diritto di accesso*, ivi, 1089; L. Carbone, L. Lo Meo, *Diritto di accesso nei confronti di atti posti in essere da soggetti formalmente privati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1, 66; M. Conti, *L'accesso agli atti dei gestori di pubblici servizi*, in *Corr. merito*, 2006, 10, 1219; M.V. Grazini, *Diritto di accesso e atti di gestione del rapporto di lavoro presso il gestore di pubblico servizio: un traguardo irraggiungibile?*, in *Foro amm.*, CdS, 2011, 2, 646.

cetto di pubblica amministrazione (ai limitati fini della disciplina sull'accesso), per poi cercare l'equilibrio fra le esigenze contrapposte di trasparenza e concorrenza, per mezzo del concetto di *strumentalità*.

## **2. Il profilo soggettivo. La nozione di pubblica amministrazione in rapporto all'esercizio del diritto di accesso**

L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sull'accesso è descritto dal legislatore.

L'art. 22, l. n. 241/1990 individua i legittimati passivi delle istanze di accesso, identificandoli con le pubbliche amministrazioni.

Per garantire una estesa applicazione del principio di trasparenza, il concetto di pubblica amministrazione è descritto in modo ampio e comprende tutti i soggetti di diritto pubblico e quelli di diritto privato (art. 22, lett. e), l. n. 241/1990; art. 2, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184). Per questi ultimi, l'ostensibilità degli atti è limitata alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Essa concerne, quindi, i casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno (in ragione delle esigenze di mercato, degli interessi pubblici coinvolti o della gestione del denaro pubblico) imponga al gestore del pubblico servizio l'attivazione di procedimenti per formalizzare le proprie motivate determinazioni, anche di scelta dei contraenti (come avviene in materia di appalti pubblici di lavori, servizi o forniture).

L'ampia accezione del concetto è confermata dall'art. 23, ai sensi del quale il diritto di accesso si esercita nei confronti non solo delle pubbliche amministrazioni, ma anche dei gestori di pubblici servizi. Essi sono tutti i soggetti, comunque denominati, che gestiscono un servizio pubblico<sup>6</sup>, sulla base di un titolo giuridico, sia esso la legge o un atto anche non avente il *nomen* di concessione.

L'imprenditore, quando svolge in base a un titolo il servizio pubblico, è assoggettato dall'art. 23, l. n. 241/1990 ad un regime sostanziale particolare (che incide anche sulla sua organizzazione interna), perché è tenuto a soddisfare gli interessi pubblici e a far esercitare l'accesso (nei limiti consentiti dalla stessa legge).

La lettera della norma espande così non solo il concetto di pubblica amministrazione (fino a comprendere in essa i soggetti che esercitino una

<sup>6</sup> In argomento, cfr. anche il par. n. 5.

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

pubblica funzione), ma anche l'ambito di operatività del diritto di accesso (pure in riferimento ai gestori di pubblici servizi).

La disciplina sul diritto di accesso è così applicata nei confronti di soggetti che, dal punto di vista formale, potrebbero essere definiti privati, in quanto l'interesse generale coinvolto nella loro attività giustifica l'applicazione di norme pubblicistiche.

Il fenomeno può essere ricostruito anche attraverso le nozioni tradizionali di *munus* e di organo-indiretto<sup>7</sup>.

Il ricorso al concetto di *munus* permette di sottolineare che l'esercizio di funzioni amministrative è attribuito (dalla legge ovvero dalla stessa autorità amministrativa in base alla legge) a privati esterni alle organizzazioni pubbliche. Il privato esercita in tal modo le funzioni che gli sono conferite, mediante la propria organizzazione e i propri mezzi; riceve un compenso da parte dell'organizzazione pubblica o dagli utenti ai quali la funzione sia rivolta.

La teoria dell'organo-indiretto consente di qualificare come pubblicistica l'attività del privato concessionario svolta verso i cittadini. Per effetto della concessione (traslativa), infatti, si realizza il trasferimento in tutto o in parte al concessionario dell'esercizio delle funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente, necessarie per realizzare le opere. In modo del tutto analogo a quanto avviene in una delegazione intersoggettiva fra enti pubblici, nei rapporti con i terzi il concessionario agisce in nome proprio. Gli atti posti in essere dal concessionario che non avrebbe potuto compiere senza la concessione non sono attività di diritto privato. E non potrebbe essere altrimenti dato che il loro scopo è quello di proteggere l'interesse pubblico.

Si è qui in un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni<sup>8</sup>. Il concessionario agisce anche e soprattutto (in senso quantitativo rispetto al complesso della sua attività) per il conseguimento dei suoi scopi; compie invece un'attività amministrativa quando esercita le pubbliche funzioni trasferite dall'amministrazione.

<sup>7</sup> Per i necessari approfondimenti, cfr. F. De Leonardis, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 347; C. Guiccione, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, 713; M. Protto, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.*, 2000, 1; F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2008, 21 ss.; C. Volpe, *Le sezioni Unite della Corte di cassazione di nuovo sulla strada della teoria dell'organo indiretto: abbandono temporaneo o addio definitivo?* in *Riv. trim. app.*, n. 2/95, 207.

Non sembra necessario indugiare oltre sull'analisi dei due concetti, considerato che – ai fini della presente indagine – è la legge stessa a individuare il privato quale destinatario della disciplina e a descriverne il regime giuridico ai fini dell'accessibilità degli atti.

La *ratio legis* è quella di garantire che gli interessi collettivi ricevano identica tutela quando è gestito un servizio pubblico, poco importando se esso sia svolto da un soggetto pubblico o da un privato in regime di mercato e concorrenza o di esclusiva (il che fa risultare al pubblico un vero e proprio *alter ego* dell'amministrazione)<sup>9</sup>.

L'obbligo pubblicistico di esibizione dell'atto non si pone come incompatibile con la veste privatistica, risultando il privato – per gli interessi pubblici perseguiti – sottoposto *iure proprio* al regime pubblicistico dell'accesso.

Sotto i profili soggettivo e funzionale, infatti, l'interesse generale impone una piena ostensibilità dei documenti detenuti.

Applicare la disciplina sull'accesso all'attività amministrativa svolta da soggetti privati consente una più diffusa conoscenza dei processi decisionali (agevolando il concreto perseguimento dei valori dell'imparzialità e del buon andamento); favorisce la partecipazione ed il controllo degli amministratori sui comportamenti dei soggetti che agiscono per l'amministrazione (che sono pertanto stimolati a comportarsi responsabilmente, con attenzione, diligenza e correttezza e sulla base dei parametri di legalità, con il conseguente svolgimento di un'attività controllabile e, pertanto, qualitativamente migliore). Secondo la giurisprudenza può anche avere un effetto deflattivo dei giudizi, poiché la conoscenza dei documenti rilevanti, o corroborando la legittimità degli atti amministrativi o comunque ingenerando il convincimento dell'inopportunità dell'impugnazione, può dissuadere dall'azione giurisdizionale<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> In questo senso, cfr. Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221; Cass., sez. un., 14 aprile 1983, n. 2602. Per la critica alla teoria dell'organo-indiretto, cfr. Cons. St., sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577.

<sup>9</sup> In generale, sull'applicabilità della disciplina amministrativa a soggetti formalmente privati, cfr. A. Azzena, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI; Torino, 1991, 165; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. Amm.* 2003, 801; F. G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002; G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1935, 223; G. Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (1920), in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 87.

<sup>10</sup> In questo senso la costante giurisprudenza, a partire da Cons. St., sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1591; Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158.



## **L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi**

Si tratta ora di individuare quali siano i limiti entro i quali l'attività del privato sia subordinata al principio di trasparenza, con lo scopo di fugare il rischio di pregiudicarne lo sviluppo concorrenziale e la parità di trattamento rispetto ad altre imprese.

### **3. L'attività di diritto pubblico e l'attività di diritto privato. Il ruolo del nesso di strumentalità**

Dal punto di vista oggettivo, i documenti dei quali si può chiedere l'ostensione devono riguardare l'attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale (art. 22, lett. *d*)); coerentemente, la lett. *e*) dell'art. 22, l. n. 241/1990 prevede che anche i soggetti di diritto privato rientrano tra i soggetti obbligati all'ostensione, anche se limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Pertanto, qualora l'istanza di prendere visione ed estrarre copia sia rivolta nei confronti di un privato, l'applicazione della l. n. 241/1990 incontra alcune limitazioni: l'istanza può (e deve, sussistendo gli altri presupposti di legge) essere accolta solo per agli atti collegati all'attività pubblicistica esercitata.

Già l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 5/1999) operava una rigorosa distinzione fra l'attività privatistica della pubblica amministrazione e l'attività dei privati concessionari di pubblici servizi e, all'interno di quest'ultima, fra l'attività di gestione del servizio pubblico e l'attività residuale, che non costituisce direttamente gestione del medesimo. E, invero, il giudice sottolineava l'irrilevanza, in sede di delimitazione della sfera di applicabilità degli artt. 22 ss., l. n. 241/1990, del regime giuridico cui risulta assoggettata l'attività in relazione alla quale l'istanza è formulata: ciò che assume importanza è che l'attività, sebbene di diritto privato, costituisca nella sua essenza cura di un interesse pubblico e, soprattutto, debba essere espletata nel rispetto del canone di imparzialità. Ciò chiarito, si distingueva fra attività privatistica della pubblica amministrazione e attività dei privati concessionari di pubblici servizi, nonché, con riferimento a quest'ultima, fra attività di gestione del servizio stesso e attività residuale.

Nessuna distinzione può essere compiuta con riguardo all'attività della pubblica amministrazione, posto che il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità riguarda indifferentemente l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti disciplinati dal diritto privato.

Con riferimento, invece, agli atti di diritto privato adottati da soggetto incaricato della gestione di un servizio pubblico, l'Adunanza Plenaria giungeva ad affermare l'accessibilità di quelli che, in quanto funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, impongano l'esigenza di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

L'accesso è esercitabile nei confronti del privato in relazione alle modalità con cui è materialmente gestito il servizio pubblico e a ciò che attenga alla sua organizzazione: i destinatari del servizio possono accedere agli atti suscettibili di incidere sulla qualità del servizio, sul rispetto delle norme che proteggono gli utenti e sul soddisfacimento delle loro esigenze.

Accanto a questa parte di attività, la cui rilevanza pubblicistica è *in re ipsa*, l'accesso può avere luogo anche in relazione alla residua attività del gestore, quando si manifesti un interesse pubblico prevalente rispetto a quello imprenditoriale, sulla base di un giudizio di bilanciamento.

Tale giudizio caso per caso va svolto sulla base di una valutazione composita che consideri:

a) il pubblico servizio in concreto svolto, la strumentalità rispetto ad esso, l'attività oggetto della domanda di accesso, nonché le eventuali previsioni delle carte di servizio del settore;

b) il regime sostanziale dell'attività espletata dal gestore, svolta in modo esclusivo o in un sistema di mercato e di concorrenza (che, se del caso, può far ravvisare le esigenze di riservatezza);

c) le eventuali regole procedurali, anche di diritto privato, che il gestore si sia posto per organizzare il servizio con determinazioni basate sulla trasparenza e sui principi di buona fede e di correttezza.

L'accesso, d'altra parte, non riguarda esclusivamente i casi in cui una norma comunitaria o di diritto interno (in ragione delle esigenze di mercato, degli interessi pubblici coinvolti o della gestione del denaro pubblico) imponga al gestore di attivare un procedimento per la formalizzazione delle proprie motivate determinazioni, anche di scelta dei propri contraenti (come avviene in materia di appalti pubblici di lavori, servizi o forniture). Esso, infatti, deve essere esercitabile anche nei confronti del gestore in relazione alle modalità con cui è materialmente gestito il servizio pubblico e a ciò che attenga alla sua organizzazione. I destinatari del servizio possono accedere agli atti suscettibili di incidere sulla qualità del servizio, sul rispetto delle norme che proteggono gli utenti e sul soddisfacimento delle loro esigenze<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Così espressamente Tar Piemonte, Torino, sez. II, 11 giugno 2007, n. 2564.

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

La prospettiva seguita, fondata su un bilanciamento concreto, caso per caso, degli interessi in gioco, può essere assimilata a quella per la soluzione dei rapporti fra diritto di accesso e tutela della riservatezza dei terzi nella sentenza della stessa Adunanza Plenaria n. 5/1997, in cui la prevalenza di un interesse sull'altro è rimessa ad un giudizio comparativo, senza alcuna aprioristica determinazione della gerarchia fra interessi parimenti tutelati dall'ordinamento<sup>12</sup>.

In definitiva, il privato che eserciti attività pubblicistica è una pubblica amministrazione e – di conseguenza – è sottoposto, per quanto qui interessa, alla disciplina sul diritto di accesso.

L'operatività di tale disciplina, proprio in quanto giustificata dal coinvolgimento dell'interesse generale, interessa solo l'attività pubblicistica in senso stretto e non l'ulteriore (ed eventuale) attività privatistica svolta. È il ripetuto coinvolgimento dell'interesse generale, pertanto, a giustificare la sottoposizione del privato a regole tipiche dell'azione amministrativa.

Il profilo funzionale individua le norme applicabili al rapporto.

Se quanto innanzi esposto può sembrare chiaro, residuano *aree grigie*, rispetto alle quali – al fine di individuare i confini per applicare il diritto di accesso – la lettera della legge non è esaustiva.

Queste aree non si presentano per l'attività delle pubbliche amministrazioni in senso proprio, rispetto alle quali – come accennato – sono sottoposti all'accesso tutti i documenti, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale. Ciò, come deve essere specificato, si verifica solo qualora sussistano gli altri requisiti stabiliti dalla legge, *in primis* interesse dell'istante ed assenza di limiti specifici (qual è ad esempio la riservatezza di terzi).

Le suddette *aree grigie* si delineano, invece, per l'operare dei privati, rispetto ai quali è necessario distinguere l'attività di interesse pubblico da quella privatistica, proprio perché, nel caso di soggetti privati esercenti pubblici servizi o pubbliche funzioni, oggetto dell'accesso sono non tutti gli atti da questi soggetti formati o detenuti, ma solo quelli che, pur non costituendo diretta esplicazione della funzione o del servizio pubblico svolti, siano agli stessi legati da un nesso di strumentalità.

<sup>12</sup> Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro amm.*, 1997, 423.

#### 4. La nozione di strumentalità

Al di fuori dell'attività di diretta gestione del servizio, senz'altro assoggettata al pieno dispiegarsi del canone di trasparenza, propedeutico alla realizzazione del principio di imparzialità, si impone, per l'attività residua posta in essere dal gestore, la verifica della strumentalità della stessa rispetto al momento propriamente organizzativo e gestionale.

Il criterio della strumentalità è di per sé idoneo a determinare difficoltà interpretative.

Esso si presta in astratto ad un'applicazione quanto mai estesa, destinata a ricondurre nell'alveo dell'accesso quasi tutta l'attività svolta dal gestore, la quale – in qualche modo – può essere sempre ritenuta connessa, sul piano finalistico, all'attività di stretto esercizio del servizio pubblico. È necessario, tuttavia, impedire un'eccessiva dilatazione dell'ambito oggettuale di operatività della disposizione che include i gestori di servizi pubblici fra i soggetti passivi dell'accesso (per evitare che, nel valorizzare il principio di trasparenza, sia pregiudicato quello di libera concorrenza).

Un riscontro di quanto appena considerato si rinviene nella giurisprudenza, ove il nesso di strumentalità è interpretato in modo vario, più o meno ampio: a volte è ritenuto sufficiente un nesso di strumentalità indiretta, altre volte è ritenuto indispensabile accertare un nesso di strumentalità diretta.

A parte l'opzione interpretativa che la giurisprudenza possa accogliere, decisivi appaiono sovente gli aspetti della vicenda in fatto, al fine di orientare la decisione del giudice.

Ad esempio, la strumentalità delle residuali attività privatistiche rispetto all'efficace gestione è intesa in senso più elastico allorché l'organismo societario deputato ad espletare il servizio sia integralmente nella mano pubblica e sia sottoposto – in forza dello statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente, prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività – ad un vincolo di scopo, attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse, di tipo spiccatamente pubblico, definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti pubblici<sup>13</sup>.

La strumentalità all'interesse pubblico insito nella gestione del servizio pubblico, quindi, viene ridimensionata allorché il gestore sia un soggetto del tutto privato (tenuto a perseguire finalità sue proprie, nel dovuto rispetto degli obblighi di servizio); essa subisce invece una dilatazione quando la gestione è affidata a soggetti a forte impronta pubblica. In questo caso si tratta,

<sup>13</sup> Cons. St., sez.VI, 23 ottobre 2007, n. 5569; Cons. St., sez.VI, 5 marzo 2002, n. 1303.

## **L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi**

infatti, di soggetti per i quali il dovere di imparzialità proviene non solo dalla natura dell'attività espletata, ma anche dal persistente collegamento strutturale con il potere pubblico<sup>14</sup>.

Inoltre, nell'analisi casistica e giurisprudenziale, si nota sovente che le delineate oscillazioni interpretative fra necessario accertamento di un nesso di strumentalità diretta e sufficienza della strumentalità indiretta fra attività privatistica e interesse pubblico siano invocate (in forma più o meno esplicita e strumentale) al fine di rigettare l'istanza di accesso ovvero di accoglierla, soprattutto nel caso in cui l'istanza medesima ricada su documenti che si collocano nell'*area grigia*, fra l'attività pubblicistica e quella privatistica svolta dal gestore.

### *4.1. Il nesso di strumentalità diretta. Alcuni casi in cui l'accesso è stato negato*

Un primo orientamento giurisprudenziale interpreta restrittivamente il nesso di strumentalità, sovente individuando le attività di rilievo pubblicistico svolte dal gestore alla luce dell'oggetto della concessione o del contratto di affidamento.

È stata esclusa l'ammissibilità di una domanda di accesso vertente su atti che nulla hanno a che fare (se non in via del tutto indiretta e mediata) con i profili funzionali ed organizzativi del servizio pubblico (culturale) gestito da una fondazione teatrale, poiché la domanda di accesso in questione aveva ad oggetto attestazioni di servizio rilevanti esclusivamente nell'ambito del rapporto di lavoro di diritto privato intercorrente tra la fondazione e l'istante<sup>15</sup>.

Si è ritenuto che non siano connessi all'interesse pubblico i titoli edilizi richiesti dal gestore per costruire su aree di sua proprietà non inerenti alla gestione del servizio predetto.

In particolare, in una recente decisione il Consiglio di Stato ha negato che un concessionario di spazio commerciale in un centro agroalimentare all'ingrosso, affidato in gestione dalla regione ad una società privata, possa acquisire la documentazione relativa ai lavori in corso di esecuzione sul lastrico solare dello spazio ad esso assegnato<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1211. In questa decisione si ammette l'accesso al diario dei servizi del personale di macchina, in quanto atto che rileva ai fini dell'organizzazione e della gestione del personale (perché contiene informazioni utili per determinare un elemento della retribuzione) e come tale incide, sia pure indirettamente, sulla qualità del servizio erogato dalla società richiasta.

<sup>15</sup> Tar Campania, Napoli, sez. V, 26 aprile 2007, n. 4423.

<sup>16</sup> Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5572.

Secondo il collegio, infatti, non esiste alcun nesso di strumentalità rispetto al servizio di gestione del centro agroalimentare, trattandosi di infrastrutture di pertinenza esclusiva della società. Le opere di cui si tratta sono estranee alla gestione del mercato, non incidono sulla sua funzionalità, non interferiscono in alcun modo con l'oggetto del provvedimento concessorio (il quale concerne esclusivamente lo spazio commerciale interno al padiglione assegnato).

*4.2. Il nesso di strumentalità indiretta. Alcuni casi in cui la strumentalità è stata accertata*

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che sia sufficiente un nesso di strumentalità indiretta con l'attività pubblicistica esercitata per ammettere l'accessibilità dei documenti in possesso privato.

In tale evenienza, si premette in diritto che l'esercizio dell'*actio ad exhibendum* nei confronti di chi svolga un pubblico servizio concerne l'ostensibilità degli atti di natura privatistica teleologicamente collegati, anche in via indiretta, alla gestione del servizio ed alla cura dell'interesse pubblico. In fatto si conclude per l'ammissibilità dell'istanza di accesso.

Si possono fare alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza recente in materia di concessione o affidamento della gestione di lavori pubblici o di servizi pubblici.

Così, «la funzione di stazione appaltante per la realizzazione di un lavoro pubblico affidato alla società concessionaria caratterizza la [società], sul versante soggettivo, per la intensa conformazione pubblicistica; è dunque evidente che tutti gli atti della direzione ed i relativi documenti contabili, concernenti l'esecuzione di un appalto di rilievo comunitario, finanziato con il pubblico danaro, concernevano direttamente ed immediatamente proprio l'attività istituzionale espressamente demandata al concessionario»<sup>17</sup>. Secondo l'interpretazione estensiva in analisi, l'attività privatistica di un concessionario è solo quella che attiene ad attività del tutto estranee al *munus* pubblico ricevuto (come ad esempio l'acquisto di un autoveicolo).

La sufficienza di un nesso di strumentalità solo indiretta con il servizio pubblico esercitato viene affermata anche per l'attività di Poste Italiane e di Trenitalia s.p.a. relativa alla gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti<sup>18</sup>. I dipendenti di Poste Italiane s.p.a., anche cessati dal rapporto,

<sup>17</sup> Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 619.

<sup>18</sup> Per l'attività di Poste Italiane, cfr. Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1403; Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2009, n. 5987; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2006, n. 229; Cons. St., sez.

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

hanno diritto di accedere ad alcuni atti relativi all'organizzazione interna della società, quali gli atti di un procedimento privatistico per la selezione dei dirigenti o i fogli-firma delle presenze giornaliere, a nulla rilevando che l'attività si svolga in parte in regime di concorrenza. In tali casi l'attività, relativa alla gestione del rapporto di lavoro con i dipendenti, è stata ritenuta strumentale al servizio gestito ed incidente sulla qualità di un servizio, il cui rilievo pubblicistico deve essere valutato tenuto conto non solo della dimensione oggettiva, ma anche di quella propriamente soggettiva.

Il diritto di accesso si deve applicare pure al gestore del servizio pubblico concernente l'edilizia abitativa, per quel che attiene ai suoi rapporti civilistico-contrattuali di locazione degli alloggi nella fase successiva (ma consequenziale) all'assegnazione degli alloggi stessi. La stessa determinazione del canone (con riferimento al reddito complessivo del nucleo familiare dell'assegnatario) e l'acquisizione, tramite censimenti, degli elementi relativi agli occupanti dell'alloggio ed ai loro redditi per determinare il canone stesso rispondono non ad interessi di mera corrispettività privata nell'ambito di un contratto commutativo, ma ad interessi generali, correlati ad un'attività di pubblico interesse<sup>19</sup>.

Deve essere accolta l'istanza di accesso anche nel caso di atti di sub-concessione detenuti dal gestore di un aeroporto, in quanto strumentali all'attività pubblicistica esercitata. Secondo la giurisprudenza non è meritevole di positiva valutazione l'assunto difensivo della società concessionaria in ordine all'inapplicabilità dell'accesso nei propri confronti, in quanto soggetto privato e con riguardo all'esercizio di un'attività di diritto privato<sup>20</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che anche gli atti dispositivi delle aree aeroportuali devono corrispondere ai principi di trasparenza e buon andamento, principi – come sopra precisato – che regolano tutta l'attività connotata da rilievo pubblicistico, in quanto essi sono direttamente collegati con la gestione del servizio aeroportuale, in generale, e, più nello specifico, con la destinazione del sedime all'uso da parte dei vettori aerei. Tali atti sono suscettibili di costituire richieste di accesso.

VI, 30 dicembre 2005, n. 7624; Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152; Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 2002, n. 67; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 7 settembre 2012, n. 2251; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 febbraio 2012, n. 614; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 25 febbraio 2011, n. 574; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 giugno 2010, n. 2647; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 21 marzo 2009, n. 328; Tar Campania, Napoli, sez. V, 28 luglio 2006, n. 7729. Per l'attività di Trenitalia s.p.a., ad analoghe conclusioni giunge Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569, cit.

<sup>19</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 2 agosto 2012, n. 7193.

<sup>20</sup> Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 15 maggio 2012, n. 4381.

Si è ritenuto che l'accesso sia ammissibile anche in relazione a documenti, ritenuti strumentali all'interesse pubblico, in possesso del privato gestore ma provenienti da terzi.

La fattispecie riguarda, in particolare, la materia degli appalti, rispetto alla quale l'esercizio del diritto di accesso è regolato, oltre che dalla l. n. 241/1990, dalla *lex specialis* contenuta nell'art. 13 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In un caso, relativo ad un soggetto terzo non partecipante alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori, il Consiglio di Stato ha osservato che in senso ostativo all'accessibilità dei documenti «non può rilevare la questione inerente al preteso carattere segreto delle informazioni potenzialmente contenute in alcuni dei documenti richiesti (in particolare in quelli che compendiano le offerte tecniche dei partecipanti), dato che dette informazioni – ove effettivamente sussistenti e risultanti da motivata dichiarazione prodotta in sede di presentazione della offerta – possono essere stralciate dalla documentazione da esibire con accorgimenti tecnici facili da osservare (come gli “omissis”)»<sup>21</sup>.

## 5. Conclusioni

Le rilevate incertezze nel definire il nesso di strumentalità fra attività di diritto privato e interesse generale, per un gestore di funzione o di servizio pubblici, non possono essere superate in via teorica. Com'è emerso dalla svolta analisi, l'unico modo per affrontarle è quello di rivolgere la necessaria attenzione al dato concreto.

La stella polare che può orientare l'interprete è la necessità di tradurre in un equilibrio effettivo il bilanciamento fra i principi costituzionali e comunitari coinvolti: trasparenza e concorrenza, al fine di garantire legalità e parità di trattamento fra gli utenti (la cui tutela non può diminuire a causa della veste formale del gestore del servizio, quando è coinvolto un interesse pubblico) e anche tra imprese (il cui regime giuridico privatistico non può essere derogato, se quell'interesse pubblico non è coinvolto).

<sup>21</sup> Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, in *Urb. app.*, 2010, 11, 1311, con nota di R. Giani, *La pluralità dei regimi di accesso agli atti in materia di appalti*. Per alcuni approfondimenti sull'interpretazione dell'art. 13 del codice dei contratti, si consenta di rinviare a V. Cingano, *Il bilanciamento tra diritto di accesso e tutela del segreto industriale al vaglio della giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Quad. reg.*, 2009, 1, 165.



## **L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi**

### *5.1. Un caso particolare: l'esercizio dell'accesso nei confronti del gestore di un mercato all'ingrosso agroalimentare*

Merita ora attenta analisi una questione che si è volutamente lasciata nell'ombra: la difficile individuazione del concetto di servizio pubblico. Il problema è strettamente connesso a quanto fino ad ora esaminato, poiché solo se c'è servizio pubblico si giustifica la deroga al regime (altrimenti privatistico) del gestore, anche per la disciplina sull'accesso.

Ebbene, la giurisprudenza – in alcuni casi – dà per scontata la natura del servizio esercitato per verificare se sussista il nesso di strumentalità fra il documento richiesto e l'interesse generale, mentre sarebbe stato necessario interrogarsi prima sull'effettiva natura dell'attività esercitata e sulla sua qualificabilità o meno come servizio pubblico.

Questo si riscontra per attività di difficile inquadramento giuridico, quali sono le attività di gestione dei mercati agroalimentari all'ingrosso.

Nella più recente sentenza sul tema<sup>22</sup>, analizzata nel paragrafo precedente, il giudice – data per scontata la sussunzione dell'attività di gestione del centro agroalimentare fra quelle che costituiscono servizio pubblico – ha verificato l'inerenza dei documenti chiesti in copia (titoli edilizi) all'interesse generale. Si è visto che, accogliendosi un'accezione stretta di strumentalità, l'istanza di accesso è stata ritenuta inammissibile, in quanto rivolta ad atti del tutto scollegati dall'interesse generale.

Si ritiene che la causa di inammissibilità dell'istanza avrebbe potuto essere individuata – a monte – nella natura privatistica dell'attività esercitata dal gestore.

La gestione dei centri agroalimentari, infatti, coniuga in un solo contesto la difficile definizione astratta dei caratteri del servizio svolto con il ricorrere in concreto di modalità organizzative non omogenee<sup>23</sup>. Solo se si

<sup>22</sup> È la già citata decisione n. 5572/2012, analizzata nel paragrafo 4.1.

<sup>23</sup> I mercati agroalimentari, infatti, sono gestiti in forme diverse nelle Regioni italiane. In alcune la gestione è affidata a società interamente pubbliche, in altre a società miste, in altre ancora a società private. Inoltre, nella maggior parte dei casi l'affidamento della gestione si sovrappone all'affidamento in concessione dell'area pubblica su cui si colloca il centro, mentre in alcuni casi non sussiste nemmeno tale profilo pubblicistico del rapporto e vengono stipulati contratti di locazione fra l'ente locale e il gestore oppure il gestore acquista la proprietà dell'area e l'attività è esercitata in forza di un provvedimento autorizzatorio rilasciato dalle amministrazioni competenti. Soprattutto nelle realtà totalmente privatizzate, si dovrebbe individuare la natura dell'attività di gestione del mercato, per verificare se in essa ricorrano quegli indici di pubblicità che, secondo la giurisprudenza, connotano il servizio pubblico. Solo se questi sussistono, infatti, l'attività può essere considerata servizio pubblico

identifica in modo univoco la natura dell'attività, si evita che il regime giuridico applicabile muti in funzione della diversità dei modelli di gestione che possono presentarsi, per evitare uno sviamento della concorrenza e una distorsione al principio di eguaglianza. La citata decisione del Consiglio di Stato non ha affrontato l'insieme delle delineate questioni interpretative.

Nel caso di specie, l'istanza di accesso è stata respinta perché volta ad ottenere copia di documenti privati. E l'istanza sarebbe comunque stata respinta anche affermandosi la natura privata della gestione dei mercati agroalimentari.

Ben diverso sarebbe il caso di documenti richiesti attinenti alla gestione del mercato, qualora a questa si riconoscesse natura pubblicistica. Questi documenti si potrebbero ritenere accessibili solo affermandosi la natura pubblica del servizio, mentre dovrebbero rimanere preclusi all'accesso qualora si attribuisca natura privatistica a tale gestione.

All'evidenza, la delimitazione fra pubblico e privato si sposterebbe dall'individuare il nesso strumentale al definire la natura dell'attività svolta.

#### *5.2. La preliminare indagine sulla natura dell'attività esercitata quale presupposto per applicare la disciplina sull'accesso*

Se si segue la linea interpretativa appena indicata, si deve sottolineare la necessità di non dare per scontata la natura dell'attività esercitata o del servizio erogato da parte del privato, poiché è necessario verificare – preliminarmente – se essi costituiscano attività di rilievo pubblicistico.

Tale indagine, è evidente, si impone solamente nei casi – come quello analizzato nel precedente paragrafo – di dubbia qualificazione giuridica in concreto.

Non si può fare a meno di aggiungere un'ultima riflessione specificamente dedicata al servizio pubblico, istituto di incerta definizione a livello normativo<sup>24</sup>, privo di univoche interpretazioni in dottrina<sup>25</sup> e di ambigua applicazione in giurisprudenza.

e si possono individuare documenti strumentali alla gestione dell'interesse generale e, dunque, accessibili dai privati titolari di un interesse collegato, diretto, concreto ed attuale.

<sup>24</sup> L'art. 112, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, ad esempio, definisce servizi pubblici locali quelli che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. La descrizione dell'istituto è elastica, tanto da poter abbracciare la totalità delle attività svolte dall'ente locale.

<sup>25</sup> Sulla ricostruzione delle varie teorie relative alla nozione di servizio pubblico, cfr. F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. G. Scoca, Torino, 2011, 506; L. R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. Per un quadro evo-

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

Senza ricostruire l'articolato dibattito sviluppatosi nel tentativo di individuare i caratteri del servizio pubblico, pare sufficiente rilevare come, alla stregua della più condivisibile teoria c.d. mista, assuma rilievo la circostanza che l'attività sia assoggettata ad una disciplina settoriale la quale assicuri costantemente che siano perseguiti fini sociali. Il servizio pubblico ha il connotato dell'indispensabilità, attese le gravi conseguenze che si avrebbero in caso di suo mancato esercizio; soddisfa un bisogno insopprimibile della collettività, ascrivibile alla cura dei soggetti pubblici (o privati)<sup>26</sup>.

Per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione<sup>27</sup>. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono al doveroso svolgimento delle attività di servizio pubblico, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di

lutivo, cfr. F. Giglioni, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1998, 2265; F. Salvia, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2001*, Milano, 2002, 87. In generale, cfr. altresì G. Caia, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3167; R. Cavallo Perin, *sub art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle Autonomie Locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 604; P. Ciriello, *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 2; A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Trattato Orlando*, VI, Milano, 1923; M. S. Gianini, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di R. Perez, Milano, 1985; R. Giovagnoli, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in *Urb. app.*, 2006, 12, 1393; F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Novissimo Dig. It.*, XIV, 1970, 215; G. Misserini, *L'ambito di applicazione dell'art. 33 del d. lgs. n. 80/1998 e la nozione di pubblico servizio*, in *Urb. app.*, 2001, 5, 509; G. Piperata, *Gli incerti confini del servizio pubblico locale*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 5, 498; G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 112; G. Tropea, *Prime applicazioni giurisprudenziali della nozione di servizio pubblico dopo Corte cost. 204/2004*, in *Urb. app.*, 2005, 1, 10; G. Zanobini, *Amministrazione pubblica (Nozione e caratteri generali)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 233.

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. III, 17 settembre 2012, n. 4933. Nella decisione si distingue l'attività di onoranze funebri, la quale non costituisce servizio pubblico, perché si sostanzia in quelle prestazioni volte ad apprestare le ultime onoranze alle salme (ed è attività di natura squisitamente commerciale offerta ad una utenza indifferenziata, il cui esercizio va lasciato al mercato), dal servizio correlato ai decessi in ambito ospedaliero, il quale costituisce invece servizio pubblico.

<sup>27</sup> Nel senso indicato nel testo, Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)<sup>28</sup>.

Nell'ambito di tale opzione ricostruttiva del concetto di servizio pubblico si registrano, tuttavia, differenze per nulla trascurabili. Un primo indirizzo estensivo comprende nella nozione di servizio pubblico tutte le attività in qualche modo assoggettate a forme più o meno intense di regolamentazione pubblica, senza cogliere la linea di demarcazione tra il servizio pubblico e la mera attività economica, anch'essa normalmente assoggettata, in linea con le previsioni costituzionali (art. 41), a limitazioni e vincoli di carattere pubblico. Su altra linea si colloca l'indirizzo che indica i tratti che il regime giuridico cui l'attività è assoggettata deve in concreto presentare perché la stessa possa assumere le sembianze del servizio pubblico: non è sufficiente che l'attività sia sottoposta a misure di controllo, vigilanza o di mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica. Ciò che contraddistingue il servizio pubblico è la necessità che lo stesso sia espletato in ossequio al principio di imparzialità, il quale si concreta in una serie di obblighi gravanti sul gestore del servizio pubblico (tra cui, non solo quello di svolgere l'attività con caratteri di continuità e regolarità, ma anche e soprattutto quello di non operare alcuna forma di favoritismo o discriminazione, ammettendo al servizio, o meglio alle prestazioni cui lo stesso è preordinato, tutti coloro che vi hanno titolo, nel rispetto, peraltro, del principio di uguaglianza dei diritti dell'utenza)<sup>29</sup>.

Pertanto, l'incerta definizione della categoria astratta si aggiunge alla difficoltà che a volta emerge nel sussumere in essa un determinato servizio erogato (come avviene nel caso della gestione dei mercati agroalimentari all'ingrosso).

Soprattutto qualora il privato eroghi un servizio che sia incerta qualificare come servizio pubblico diviene ancor più difficile delimitare l'ambito di applicazione del diritto di accesso.

Qualora si accogliesse un'interpretazione estensiva dell'istituto, ne sarebbe corollario un'applicazione ad un maggior numero di soggetti del principio di trasparenza. Di contro, a un'interpretazione restrittiva di servizio pubblico farebbe riflesso una maggiore tutela della riservatezza industriale e delle normali condizioni di concorrenzialità in cui il privato opera.

Ritorna quindi il delicato bilanciamento fra trasparenza e libera con-

<sup>28</sup> Cons. St., sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268; id., 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. Giust. Amm. Sic., 6 ottobre 2010, n. 1266. Queste tre sentenze qualificano come servizio pubblico l'attività di bonifica di siti contaminati. Cfr. altresì Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345.

<sup>29</sup> In questo senso, cfr. ad esempio Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303.

## L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi

correnza. Un'aprioristica valorizzazione del principio di trasparenza indurrebbe ad ampliare la lettura in chiave pubblicistica del servizio erogato (e, dunque, l'applicazione del diritto di accesso), attuandosi così nel modo più esteso la tutela dell'utente e dei suoi interessi, ma pregiudicandosi il soggetto che eroga il servizio e il suo operare nel mercato.

Il canone di trasparenza non è l'unico a dover essere considerato. Accanto ad esso deve essere adeguatamente valorizzato quello di libera concorrenza. Pertanto, anche nell'inquadrare la natura giuridica del servizio, occorre seguire interpretazioni prudenti, volte a bilanciare i due principi.

In questa prospettiva, risulta indispensabile prestare la stessa attenzione sia alla ricostruzione teorica dell'istituto (per superare un approccio meramente casistico) sia alle caratteristiche concrete dell'attività esercitata.

Dal punto di vista della qualificazione teorica dell'istituto non può essere accolta, come sembra, una nozione di servizio pubblico nella sua accezione più ampia, così come invece suggerito a volte dalla citata giurisprudenza.

Se si estendono i confini dell'istituto si rischia di entrare in conflitto con le recenti e contrapposte tendenze evolutive dell'ordinamento nazionale e di quello europeo.

Il legislatore italiano persegue l'obiettivo di circoscrivere la nozione di servizio pubblico, al fine di distinguere le varie attività che dagli enti locali possono essere svolte nel perseguimento di finalità di interesse pubblico, per sottoporle a regimi differenti, soprattutto sotto il profilo del rispetto del principio di concorrenza. Così avviene per quanto concerne, ad esempio, la disciplina applicabile alle c.d. società strumentali, le quali erogano prestazioni nei confronti dell'ente locale e non della collettività e per le quali sono stabiliti i divieti normativi di attività extra-territoriale (art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223), nonché per l'obbligo di dismissione di partecipazioni di cui all'art. 3, c. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, e per l'obbligo di privatizzazione introdotto dall'art. 4, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

L'esigenza di una ri-definizione del concetto di servizio pubblico emerge anche dal diritto europeo e, in particolare, dalla comunicazione della Commissione n. 2012/21/UE sugli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale<sup>30</sup>. L'in-

<sup>30</sup> Per un commento organico, si rinvia a F. Giglioni, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, 538. In generale, cfr. M. Proto, *Sulla nozione comunitaria di servizio pubblico e libertà di circolazione*, in *Urb. e app.*, 2001, 7, 732.

tervento europeo ha proprio l'obiettivo di valorizzare, accanto ai profili di coesione sociale, quelli collegati allo sviluppo economico e alla competitività, per garantire la tutela degli interessi generali dentro un contesto disciplinare maggiormente favorevole alla concorrenza.

In conclusione, al fine di individuare la disciplina applicabile all'attività esercitata dal privato, il necessario bilanciamento fra gli interessi in gioco impone di valorizzare dapprima la qualificazione del servizio erogato e di verificare, poi, la connessione strumentale con esso del documento rispetto al quale sia chiesto l'accesso.

*Abstract*

*The article analyses the limits in applying the Transparency Principle and the Right of Access with regards to the activities performed by Companies that manage Public Services or Functions, in order to verify how their government, which is subjectively private, can be waived because of actual Public Interest. The analysis identifies the current definition of Public Administration, therefore envisages – by means of the key concept of Instrumentality – a balance between the opposing requirements of Transparency and Competition. In the conclusions, the Author states the relevance and need of properly identifying the actual nature of the activities or services performed by a private subject, aimed at preliminarily envisaging if they can be defined of Public Interest.*

# OPINIONI

SERGIO MAROTTA

## LE TARIFFE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO DOPO IL REFERENDUM

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sul metodo tariffario del servizio idrico integrato. – 3. Effetti del referendum abrogativo sulla tariffa fissata con il metodo normalizzato. – 4. Considerazioni conclusive. – 4.1. Remunerazione del capitale e costo della risorsa finanziaria. – 4.2. Effetto abrogativo limitato alla sola «adeguatezza» della remunerazione. – 4.3. Sul concetto di «rilevanza economica». – 4.4. Rischio d'impresa e rendita monopolistica.

### 1. Premessa

Il secondo dei quesiti referendari del giugno 2011 riguardava l'abrogazione parziale dell'art. 154 (Tariffa del servizio idrico integrato), d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 "Norme in materia ambientale". Ventisei milioni di italiani hanno inteso cancellare la parte dell'art. 154 che prevedeva, per il servizio idrico, la «adeguatezza della remunerazione del capitale investito».

L'intento dichiarato dal Forum italiano dei movimenti per l'acqua che aveva promosso il referendum era quello di far uscire il settore dei servizi idrici dalla logica del mercato e del profitto facendo dell'acqua un bene comune accessibile e garantito a tutti.

Nella sentenza della Corte costituzionale n. 26/2011, con la quale era stata dichiarata l'ammissibilità del quesito referendario, si era sostenuto che «mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua»<sup>1</sup>. Ma si era anche aggiunto che l'abrogazione della norma sulla remunerazione del capitale non avrebbe comportato l'uscita del servizio idrico

<sup>1</sup> C. cost., sentenza n. 26/2009, considerato in diritto punto 5.2.

integrato dai cosiddetti servizi a rilevanza economica in quanto «coessenziale alla nozione di “rilevanza” economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza n. 325 del 2010), non già la remunerazione del capitale».

La normativa residuale sarebbe stata immediatamente applicabile «persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare “la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio *chi inquina paga*”»<sup>2</sup>.

La dichiarazione ufficiale dell’esito referendario (tramite il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116), con il conseguente realizzarsi dell’effetto abrogativo, ha immediatamente suscitato una serie di problemi interpretativi e applicativi della normativa residuale soprattutto con riferimento al metodo di calcolo delle tariffe idriche.

In particolare, il Forum italiano dei movimenti per l’acqua aveva avanzato la richiesta di una riduzione degli importi delle bollette a carico degli utenti di una quota che fosse almeno pari all’eliminazione degli interessi sul capitale investito.

Anche al fine di fare chiarezza sulla questione delle tariffe idriche, il Governo Berlusconi si era mosso – già prima dei referendum e a seguito di un ampio dibattito<sup>3</sup> – per la creazione di un’apposita agenzia nel settore dei servizi idrici che sostituisse la Commissione nazionale di vigilanza sulle risorse idriche attiva presso il ministero dell’Ambiente che a sua volta aveva sostituito, nel 2009, il Comitato per la vigilanza sull’uso delle risorse idriche.

Così l’art. 10, c. 11 ss., d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, istituiva l’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua e affidava ad essa, tra l’altro, il compito di predisporre il metodo per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato «in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio *chi inquina paga*».

L’Agenzia è rimasta solo sulla carta, poiché il Governo Monti, con l’art. 21, d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto «Salva-Italia»), convertito con l. n. 214/2011, ha provveduto a sopprimerla trasferendo contestualmente al-

<sup>2</sup> C. cost., n. 26/2009, considerato in diritto, punto 5.4.

<sup>3</sup> Ben illustra le argomentazioni principali del dibattito G. Napolitano, *Per un’ autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, Rapporto sulla regolazione dei servizi idrici, presentato all’incontro Acqua e Autorità organizzato da Federutility, Roma, 23 aprile 2010.



## **le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum**

l'Autorità per l'energia elettrica e il gas «le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici», precisando che tali funzioni «vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481».

### **2. Cenni sul metodo tariffario del servizio idrico integrato**

La norma che stabiliva la necessità dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito era stata introdotta con l'art. 13, l. n. 36/1994, c.d. legge Galli. Tale disposizione era stata poi inserita nell'art. 154, d.lg. n. 152/2006.

Il principio della adeguata remunerazione del capitale investito aveva trovato concreta applicazione nel c.d. metodo normalizzato per definire le componenti di costo ai fini del calcolo della tariffa del servizio idrico integrato fissato da un apposito decreto del Ministro per i lavori pubblici del 1° agosto 1996. Tale decreto, al punto 3.3, stabiliva che «sul capitale investito, come risultante dai libri contabili alla data di emanazione del metodo e dal piano economico-finanziario, si applica un tasso di remunerazione fissato nella misura del 7 per cento».

L'interesse del 7 per cento veniva considerato come remunerazione «adeguata» del capitale investito. Dal che si deduce che una remunerazione più bassa avrebbe potuto teoricamente essere applicata dai gestori che non avevano realizzato investimenti nel periodo di riferimento, mentre una remunerazione più alta del capitale investito sarebbe stata illegittima.

Che quella scelta fosse «arbitraria e discutibile» era già chiaro prima del referendum del 2011. Quel 7 per cento, infatti, «ingloba in sé gli interessi passivi sui finanziamenti che l'azienda riceve dal mercato e copre in parte il rischio di impresa»<sup>4</sup>.

Ciò ha fatto sì che i gestori del servizio idrico integrato – all'inizio pressoché tutte aziende di proprietà pubblica – potessero cominciare a incassare con le bollette gli importi previsti dalle tariffe fissate dagli Ambiti territoriali ottimali di riferimento sulla base del metodo normalizzato per poi verificare, soltanto al momento del consuntivo e dell'aggiornamento delle tariffe, quali investimenti fossero stati effettivamente realizzati. Il metodo normalizzato si è trasformato, cioè, in una sorta di meccanismo di anticipazione finanziaria a carico degli utenti che finiva per premiare i gestori

<sup>4</sup> A. Boitani e A. Massarutto, *Referendum sull'acqua: le domande giuste*, in *lavoce.info*, 17.05.2011, <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1002313.html>.

virtuosi autorizzati per legge a incassare la differenza tra il 7 per cento di interessi sull'ammontare degli investimenti riscosso in bolletta e quanto effettivamente pagato alle banche per finanziare gli investimenti necessari alla fornitura del servizio.

Il metodo normalizzato veniva applicato esclusivamente alle gestioni affidate secondo la disciplina della legge Galli, mentre per le vecchie gestioni relative agli ambiti territoriali ottimali ancora non costituiti o che non avevano provveduto alla redazione del piano d'ambito e all'affidamento del servizio idrico integrato, le tariffe continuavano a essere fissate dal Cipe in attesa di accedere anch'essi al metodo normalizzato.

### **3. Effetti del referendum abrogativo sulla tariffa fissata con il metodo normalizzato**

L'effetto abrogativo determinato dal referendum e la successiva attribuzione delle competenze in materia di tariffe del servizio idrico integrato all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas a partire dal 1° gennaio 2012 hanno creato un ulteriore problema interpretativo. Nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011, infatti, i gestori avevano continuato a incassare l'interesse del 7 per cento sul capitale investito senza applicare il taglio determinato dal referendum abrogativo del giugno 2011.

Sul punto l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, con nota del 23 ottobre 2012, ha richiesto al Consiglio di Stato un parere diretto a chiarire «se – alla stregua del quadro normativo come sopra ricostruito – l'Autorità debba tener conto, nell'ambito del richiamato provvedimento tariffario transitorio, anche del turno temporale, precedente al trasferimento ad essa delle funzioni di regolazione e controllo del settore, intercorrente tra il 21 luglio 2011 e il 31 dicembre 2011, chiarendo in particolare in quale rapporto si pongano l'abrogazione referendaria dell'art. 154, c. 1, del d.lg. n. 152/2006, determinatasi con effetto dal 21 luglio 2011 ai sensi del d.P.R. n. 116/2011, e la disposizione di cui all'art. 170, c. 3, lett. i), del medesimo d.lg. n. 152/2006 [la norma che dispone l'ultrattività del metodo normalizzato]».

Il Consiglio di Stato, con parere n. 267 del 25 gennaio 2013, ha ritenuto, che «il d.m. 1° agosto 1996, limitatamente alla parte in cui considera il criterio dell'adeguatezza della remunerazione dell'investimento, ha avuto applicazione nel periodo compreso tra il 21 luglio e il 31 dicembre 2011 in contrasto con gli effetti del referendum del 12 e 13 giugno del 2011. Il Consiglio precisava, inoltre che «l'Autorità – fermo il rispetto del comples-

## le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum

sivo ed articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regolamenta i criteri di calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicurino la copertura dei costi – terrà conto, nell'esercizio dei poteri riconosciuti alla stessa e nello svolgimento dei conseguenti ed autonomi apprezzamenti tecnici, in sede di adozione dei nuovi provvedimenti tariffari».

Insomma secondo il Consiglio di Stato nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 i gestori hanno incassato gli interessi del 7 per cento sul capitale investito in modo illegittimo ma, al tempo stesso l'Autorità deve tenere conto del criterio della copertura dei costi.

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas con una delibera del 31 gennaio 2013 ha accolto il parere del Consiglio di Stato e ha predisposto l'apertura di un procedimento attraverso il quale gli enti d'ambito dovranno fornire i dati utili a individuare le somme indebitamente versate dagli utenti a titolo di remunerazione del capitale investito nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011. Tali somme dovranno essere restituite agli utenti.

L'Autorità, tuttavia, ha stabilito che il criterio da applicare anche nel predetto periodo non può che essere quello del *full cost recovery* in cui rientra pienamente il costo finanziario del capitale investito.

In ciò l'Autorità non ha fatto altro che applicare anche al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 quanto disposto dall'art. 2, lett. e), d.P.C.M. 20 luglio 2012, secondo cui l'Autorità stessa avrebbe dovuto provvedere all'«attuazione dei principi comunitari “recupero integrale dei costi”, compresi quelli ambientali relativi alla risorsa, e “chi inquina paga”, ai sensi degli articoli 119 e 154 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 e dell'art. 9 della Direttiva 2000/60/CE».

Insomma gli importi da restituire agli utenti da parte dei gestori consistono esclusivamente nella differenza tra il 7 per cento riscosso in bolletta e quanto effettivamente pagato dai gestori del servizio idrico integrato sul capitale investito nel periodo 21 luglio-31 dicembre 2011.

Dal 1° gennaio 2012 decorre altresì il periodo dal quale la competenza nella definizione dei criteri di calcolo viene attribuita all'Autorità, così come l'approvazione definitiva delle tariffe stabilite dagli ambiti territoriali ottimali in base ai criteri fissati dalla stessa.

A tal fine, il 28 dicembre 2012 l'AEEG, con delibera 585/2012/R/idr, ha definito i nuovi criteri per la determinazione delle tariffe transitorie del servizio idrico integrato per il biennio 2012 e 2013. Mentre i criteri definitivi entreranno in vigore a partire dal 2014.

È la stessa Autorità ad affermare che i criteri adottati per le tariffe transitorie sono caratterizzati da «un'articolazione tariffaria per gestore/ambito analoga alla preesistente», e che le nuove tariffe intendono «garantire un'am-

pia serie di funzioni: la sostenibilità economica della fornitura agli utenti domestici, la copertura integrale dei costi di esercizio e di investimento, la sostenibilità ambientale dell'uso della risorsa attraverso l'applicazione del principio "chi inquina paga", il rispetto dell'esito referendario e meccanismi per favorire gli investimenti nel settore, in un quadro generale di sostenibilità complessiva per gli operatori che erogano il servizio»<sup>5</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

##### 4.1. Remunerazione del capitale e costo della risorsa finanziaria

L'abrogazione parziale dell'art. 154, d.lg. n. 152/2006 non ha prodotto alcun effetto pratico se non quello di sostituire il criterio della «adeguatezza della remunerazione del capitale investito» con quello del «costo della risorsa finanziaria».

È la stessa AEEG ad affermarlo nel descrivere il nuovo metodo tariffario: «le principali novità del nuovo metodo riguardano, nel rispetto degli esiti referendari, la soppressione della "remunerazione del capitale", che era fissato in via amministrativa e non aggiornabile, e il riconoscimento del "costo della risorsa finanziaria", in aderenza al principio della copertura integrale dei costi, per sua natura variabile in funzione dell'andamento dei mercati finanziari»<sup>6</sup>.

In pratica l'unico risultato prodotto dal referendum è quello di aver sostituito l'anticipazione in bolletta degli interessi sul capitale investito, con il pagamento a consuntivo di quanto effettivamente pagato dai gestori alle banche per finanziare gli investimenti. Il tutto si risolverebbe, quindi, in una semplice differenza di metodo nel calcolare gli interessi sul capitale e in un eventuale risparmio da parte degli utenti finali condizionato dalla capacità del gestore del servizio di spuntare interessi più bassi sugli investimenti da realizzare.

Si otterrebbe così paradossalmente una maggiore incidenza dei criteri di mercato proprio nel settore idrico dal momento che le aziende più efficienti potranno finanziarsi pagando interessi più bassi. Mentre è chiaro che il settore idrico potrebbe scontare nel medio e lungo periodo una difficoltà di reperire capitali per il finanziamento degli investimenti<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Autorità per l'energia elettrica e il gas, Nota stampa del 3 dicembre 2012.

<sup>6</sup> Autorità per l'energia elettrica ed il gas, Comunicato del 28.12.2012.

<sup>7</sup> La possibilità di un blocco degli investimenti nel settore idrico veniva già paventata

## le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum

In questo contesto, l'esistenza di un periodo transitorio di pochi mesi, dal 21 luglio al 31 dicembre 2011, in cui il referendum avrebbe dovuto spiegare pienamente i suoi effetti, non fa altro che mettere in evidenza una palese contraddizione. Il referendum avrebbe esteso i suoi effetti abrogativi anche al criterio fissato nel d.m. 1° agosto 1996 e dunque la misura del 7 per cento quale remunerazione del capitale sarebbe stata applicata senza alcuna copertura normativa.

Non sorprende, dunque, che il Forum italiano dei movimenti per l'acqua abbia apertamente contestato le decisioni sui criteri di calcolo delle tariffe del servizio idrico e abbia manifestato l'intenzione di rivolgersi alla magistratura amministrativa per impugnare le deliberazioni dell'Autorità in materia di metodo tariffario.

Il Forum sostiene, infatti, che «l'Autorità, nell'individuazione della quota parte della tariffa da restituire agli utenti finali, preannuncia di voler adottare i criteri metodologici già illustrati e sottoposti a consultazione nell'ambito del documento per la consultazione 290/2012/R/IDR». Su tali criteri il Forum sostiene che «non è assolutamente corretto intervenire su tale questione stabilendo che per il periodo 21 luglio-31 dicembre 2011, la restituzione spettante agli utenti sia calcolata come differenza tra le tariffe realmente applicate e quelle che scaturiranno dal Metodo Tariffario Transitorio»<sup>8</sup>.

### 4.2. Effetto abrogativo limitato alla sola «adeguatezza» della remunerazione

Il referendum abrogativo, nell'interpretazione del legislatore e dell'Autorità, sembra avere inciso esclusivamente sul concetto di «adeguatezza» della remunerazione del capitale investito, essendo pacifico che la componente finanziaria degli investimenti debba avere necessariamente un suo costo.

Insomma la remunerazione del capitale può essere anche eliminata, ma non certo il costo finanziario che ha un diverso significato. Secondo il principio del *full cost recovery*, il capitale investito è una componente essenziale del costo del servizio. Non a caso l'art. 4, delibera n. 585/2012, rubricato come «Definizione delle componenti di costo e approvazione della regola-

'a caldo' pochi giorni dopo lo svolgimento dei referendum. Cfr. C. Scarpa, *E ora chi paga per l'acqua?*, in *lavoce.info*, 17 giugno 2011.

<sup>8</sup> Forum italiano dei movimenti per l'acqua, *Breve sintesi delle osservazioni al Metodo Tariffario Transitorio predisposto dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas*, <http://www.acquabenecomune.org>.

zione tariffaria», al punto 4.1, lett. a), fa esplicito riferimento ai «costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento».

L'effetto del referendum sarebbe stato esclusivamente quello di eliminare il criterio della remunerazione fissa del capitale al 7 per cento stabilito nel 1996 in quanto arbitrario e, dunque, in realtà non «adeguato».

Il referendum non avrebbe potuto in nessun caso escludere il costo finanziario del capitale investito perché sarebbe stato come escludere una componente essenziale del costo del servizio idrico.

Paradossalmente in assenza di qualsiasi parametro di riferimento prefissato nella misura degli interessi, gli esiti del referendum del giugno 2011 potrebbero finire per penalizzare i gestori più deboli rispetto a quelli più forti dal momento che questi ultimi, per finanziare i propri investimenti, sono sicuramente in grado di spuntare migliori interessi presso il sistema bancario. In una prospettiva di lungo periodo, poi, nel caso di un aumento del costo degli oneri finanziari, gli stessi potrebbero comunque essere scaricati sull'utente finale anche qualora eccedessero la soglia precedentemente fissata del 7 per cento.

#### *4.3. Sul concetto di «rilevanza economica»*

L'eliminazione dell'adeguatezza della remunerazione del capitale non serve a escludere la rilevanza economica del servizio idrico integrato. Eppure il concetto di «rilevanza economica» è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano soltanto nel 2003<sup>9</sup>. Non a caso la Corte costituzionale, con la sentenza n. 325/2010, al fine di attribuire un significato giuridico a tale espressione non può che identificare la rilevanza economica del legislatore nazionale con l'interesse economico generale – con ragionamento solo parzialmente condivisibile – e, peraltro, al solo fine di giustificare le divergenze tra la normativa comunitaria e quella interna avente un carattere pro-concorrenziale più accentuato rispetto alla vigente disciplina comunitaria.

La Corte, infatti, da un lato, rileva come «in ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione “servizio pubblico locale di rilevanza economica”, ma solo quella di “servizio di interesse economico generale”

<sup>9</sup> L'art. 35, l. n. 448/2001, nel sostituire l'art. 113 TUEL, aveva introdotto la definizione di servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» poi modificata, per effetto dell'art. 14, d.l. n. 269/2003, in servizi pubblici locali «di rilevanza economica».

## le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum

(SIEG), rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)»; dall'altro, sostiene «che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno “contenuto omologo”», richiamandosi alla propria sentenza n. 272/2004.

La Corte, dunque, utilizza una definizione oggettiva della rilevanza economica essenziale per far rientrare anche il settore idrico tra quelli ricompresi nella competenza statale esclusiva in materia di concorrenza pur essendo il settore dei servizi idrici un settore caratterizzato da condizioni di monopolio<sup>10</sup>.

La Corte dei conti, Sez. Regionale di controllo della Lombardia, con il parere n. 195/2009, era stata di contrario avviso quando aveva affermato che: «non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)».

Mentre il Consiglio di Stato aveva utilizzato concetti come «dimensione dell'inverosimile» di fronte a una sentenza del Tar Emilia-Romagna che aveva considerato a rilevanza economica – e quindi soggetto all'obbligo di esternalizzazione mediante gara pubblica – persino il servizio di illuminazione votiva del cimitero di un piccolo comune<sup>11</sup>.

### 4.4. Rischio d'impresa e rendita monopolistica

Un'ultima notazione riguarda il rischio d'impresa. È unanimemente riconosciuto che il settore dei servizi idrici è caratterizzato da condizioni di monopolio naturale.

Persino i sostenitori dell'apertura ai criteri di mercato parlano, per questo settore, di una concorrenza *per* il mercato anziché *nel* mercato, che si sostanzia nell'espletamento di gare pubbliche periodiche aventi come unico obiettivo quello dell'acquisizione della rendita monopolistica.

<sup>10</sup> Sul punto, V. Coccozza, *Una nozione oggettiva di “rilevanza economica” per i servizi pubblici locali*, in *Mumus*, 2011, 237 ss.; C. Iannello, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2012, 168 ss.

<sup>11</sup> Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552.

L'art. 154, d.lg. n. 152/2006, nella sua forma attuale, nel momento in cui assicura «la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi» e sancisce che «tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo», sancisce l'assoluta sinallagmaticità contrattuale di tutte le componenti tariffarie compreso il costo finanziario degli investimenti effettuati eliminando del tutto il rischio d'impresa.

Si potrebbe concludere che il referendum sia stato inutile: l'eliminazione dell'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito» in un settore caratterizzato da condizioni di monopolio naturale potrebbe addirittura favorire il trasferimento della rendita monopolistica dal settore pubblico a quello privato, in una direzione esattamente opposta rispetto a quella fissata dall'art. 43 Cost. per i servizi pubblici essenziali.

#### *Abstract*

*The referendum on water services held in 2011 – that repealed the regulations concerning the adequacy of the return on invested capital in water service – may have been done in vain. Despite the vote in favour of repeal expressed by twenty-six millions of Italians, the primary objective set forth by the committee for the referendum has not been achieved.*

*According to the Italian Constitutional Court, such objective was to «make the governance and management of water alien to a profit-driven logic». The temporary method for determining the tariffs of the integrated water service, which is currently entrusted to the Regulatory Authority for Electricity and Gas (Autorità garante per l'energia elettrica e il gas), provides that in accordance with the principle of full cost recovery, the costs to be charged in the water bill shall include also the financial costs borne by the service operators.*



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

VALENTINA CINGANO è professore a contratto di diritto urbanistico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova e avvocato presso il Foro di Genova.

MONICA DELSIGNORE è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico, nazionale e sovranazionale dell'Università di Milano.

MARCO DUGATO è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia dell'Università di Bologna.

LUIGI MAROTTA è funzionario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni elettroniche.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienza della formazione dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

BARBARA NERI è dottore di ricerca in "Diritto amministrativo" presso l'Università di Roma Tre.

LORENZO PASSERI è professore a contratto di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Ingegneria e geologia dell'Università "Gabriele D'Annunzio" di Chieti e Pescara e avvocato presso il Foro di Pescara.

ARISTIDE POLICE è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.



MUNUS  
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI  
INDICE ANNUALE 2012

**Saggi**

ALESSANDRA ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*

pp. 115-158

Il saggio ha per oggetto l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario alle associazioni di volontariato. Molte amministrazioni locali italiane (così come quelle di altri paesi europei) affidano a soggetti non profit i servizi di trasporto sanitario senza alcuna previa selezione, ritenendoli esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee sugli appalti. Tale prassi, che trova fondamento nella legislazione nazionale di sostegno e valorizzazione del terzo settore, ha originato un aspro confronto fra diritto nazionale e diritto europeo.

Negli ultimi anni la Commissione ha avviato numerose procedure di infrazione sull'affidamento dei servizi di trasporto sanitario e sul punto si è espressa più volte anche la Corte di Giustizia dell'UE.

Il saggio esamina i problemi giuridici connessi alla qualificazione da parte dell'UE dei servizi di trasporto sanitario come attività economiche e delle organizzazioni non profit come imprese; analizza inoltre le leggi regionali italiane recentemente sospettate di non conformità al diritto europeo, cercando di delineare possibili modelli in grado di rendere compatibile il rispetto delle peculiarità del sistema solidaristico di welfare nazionale con le regole e i vincoli posti dal diritto europeo a tutela della concorrenza.

GINEVRA CERRINA FERONI, *Pubblico e privato nelle prestazioni sanitarie: Italia, Germania e Svizzera a confronto*

pp. 63-114

Il saggio affronta il tema del rapporto pubblico-privato in sanità sotto uno specifico profilo ovvero quello della erogazione delle prestazioni sanitarie. In Italia l'istituto del c.d. "accreditamento" delle strutture sanitarie che operano per conto o a carico del Sistema Sanitario Nazionale non ha avuto applicazione omogenea su tutto il territorio. Anzi la differenziazione dei modelli di erogazione, anche in virtù del riparto costituzionale di competenze Stato-Regioni, ha dato vita ad un quadro talmente composito che non è affatto improprio, anche per il nostro ordinamento, parlare di "Stato composto". Proprio partendo

dall'istituto dell'accreditamento l'analisi, condotta secondo il metodo della comparazione, mette a confronto l'esperienza italiana con quella di alcuni Stati "geneticamente" composti come la Germania e la Svizzera. Anche se in questi Paesi non esiste uno strumento analogo a quello dell'accreditamento italiano, l'analisi ha permesso di individuare elementi utili per la comparazione. Infatti in tutti e tre i Paesi presi in considerazione si rilevano, a partire dalla metà degli anni Novanta, tendenze analoghe quali la comune necessità di contenere la spesa sanitaria, la promozione della concorrenza tra erogatori pubblici ed erogatori privati e, soprattutto, la promozione della qualità delle prestazioni erogate. Dall'esperienza comparata emerge con evidenza lo stretto legame che intercorre tra parificazione pubblico-privato e libertà di scelta del paziente, nonché tra la creazione di un mercato concorrenziale, seppur regolato, nell'erogazione delle prestazioni e il miglioramento della qualità, sempre che vengano creati gli strumenti adatti affinché detta concorrenza non sia una "concorrenza del prezzo più basso".

ELISA D'ALTERIO, *La misurazione delle attività amministrative: un sistema senza qualità?*

pp. 381-415

La misurazione delle attività amministrative è un tema che, ancorché trascurato dalla scienza giuridica, merita una particolare attenzione in rapporto alla più ampia questione della efficienza e qualità dell'azione amministrativa. Nonostante la politica abbia riposto un costante interesse in questo settore, i risultati dei programmi adottati appaiono deludenti. L'obiettivo principale dell'articolo è quello di ricostruire un bilancio – in termini giuridici – dell'esperienza italiana di misurazione delle attività amministrative, cercando di rilevare i "nodi di fondo" di una tale materia. La domanda che orienta una tale ricerca riguarda le ragioni della misurazione: in altri termini, perché misurare l'azione amministrativa? Le tre principali risposte date a questa domanda aiutano a capire come si sono formati i predetti nodi e a formulare alcune proposte di revisione della disciplina e orientamento delle decisioni pubbliche future.

GIOVANNA MARCHIANÒ, *Sul grado di interazione tra sistema giuridico ed economico: il promotore nella finanza di progetto*

pp. 339-380

Il lavoro esamina la finanza del progetto ed in particolare il ruolo del promotore, nel quadro dell'integrazione tra sistema giuridico e sistema economico. Infatti, più che sviluppare un'analisi dell'intera tematica del project, si sono voluti sottolineare quegli aspetti che sono espressione dell'interdipendenza tra diritto ed economia, come ad esempio il procedimento di selezione delle proposte e il ruolo del promotore. Sotto questi due profili si è in particolare sottoli-

neato come il procedimento di selezione è caratterizzato da l'unitarietà funzionale degli atti e come la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore, rappresenti una scelta di natura squisitamente economica.

ALESSANDRO PETRETTO, *Organizzazione sanitaria, finanziamento e incentivi*

pp. 1-19

L'articolo propone una rassegna dei sistemi di organizzazione sanitaria e finanziamento, con l'intento di sottolineare e discutere il ruolo svolto dal sistema di incentive distribuiti agli agenti economici coinvolti (politici, medici, fornitori, compagnie di assicurazione, ecc.). In effetti, un sistema sanitario nazionale può essere concepito come un complesso gioco non-cooperativo dove le funzioni di *pay-off* dei giocatori sono più o meno divergenti. La rassegna quindi esamina le caratteristiche dei vari NHS, concentrandosi sull'efficienza ed equità dell'intervento pubblico e sull'organizzazione industriale del disegno istituzionale della cura della salute. In questo contesto tratta il *cost-benefit* dell'integrazione verticale delle strutture dedicate alla produzione e fornitura di servizi per la cura. Inoltre, l'articolo considera i vari sistemi assicurativi, sociali e private supplementari. Le più rilevanti distinzioni tra i vari sistemi sanitari risultano essere non in termini di proprietà pubblica o privata delle strutture, piuttosto in termini di organizzazione industriale e in termini di incentivi che questa invidia agli agenti.

LORENZO SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*

pp. 309-337

La gestione di giochi e scommesse è attività economica redditizia. Essa è sottoposta a un diverso regime giuridico in ciascuno Stato dell'Ue. In Italia l'accesso al mercato è consentito da atto amministrativo individuale chiamato "concessione". Infatti lo Stato possiede diritti speciali ed esclusivi su giochi e scommesse (riserva originaria di attività). Essi gli consentono di assumere direttamente la gestione oppure di trasferirla a privati. In passato quest'assetto era molto diffuso specie nelle *public utilities*. Tale assetto si è consolidato nel momento in cui l'azzardo era osteggiato dai pubblici poteri che si proponevano di controllarlo e di contenerlo. Lo scenario attuale vede invece l'ampliamento tumultuoso di tali attività col beneplacito dei pubblici poteri. La gestione diretta statale è marginale, mentre i privati hanno assunto un ruolo centrale. Ne consegue che il vecchio regime non appare più coerente: non permette un efficace controllo, non massimizza le entrate per lo Stato, in definitiva favorisce gli *incumbent* più grandi. Nonostante ciò una de-regolazione pro-concorrenziale è improponibile. Sono ancora presenti le esigenze di tutela dell'ordine pubblico, di contrasto alla ludopatia o d'infiltrazione delle organizzazioni malavitose. An-

drebbe creata una regolazione condizionale avente il fine di mantenere e rafforzare il controllo pubblico, di incrementare la trasparenza dunque le condizioni di parità tra le imprese in concorrenza.

STEFANO TARULLO, *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*

pp. 21-61

Il presente saggio, snodandosi attraverso una disamina della normativa nazionale ed europea, si interroga sulla possibilità di esperire procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla instaurazione di rapporti di accreditamento con gli operatori sanitari privati.

La tesi sostenuta dall'Autore – radicata sulle acquisizioni della prevalente giurisprudenza amministrativa e su un'attenta disamina della dottrina – è nel senso che l'accredimento costituisca una concessione di servizio pubblico. La risposta fornita al quesito suaccennato, di segno negativo, viene argomentata sulla base della fondamentale differenza tra concessioni selettive e concessioni idoneative e sull'assunto che il sistema positivo italiano abbia sposato la prima qualificazione.

In tale prospettiva viene anche analizzato il rapporto tra l'accredimento e gli accordi contrattuali, sostenendosi che tra i due momenti non è allo stato consentito – ancora una volta in virtù del dato normativo e della prassi invalsa – immaginare alcun momento procedurale funzionale alla selezione degli erogatori in precedenza accreditati, pena tra l'altro la frustrazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie già acclarato in sede programmatica.

Si chiarisce inoltre che le prestazioni sanitarie in quanto tali non sono considerate dalla UE “servizio pubblico”, ricadendo piuttosto nel novero dei servizi di interesse economico generale (SIEG). Tale premessa, al di là di ragioni di opportunità dal punto di vista della politica legislativa, fonda ulteriori e decisive considerazioni sul versante sovranazionale, consentendo di dimostrare che neppure il contesto europeo impone di individuare i prestatori dei servizi sanitari in base a gara.

## Articoli

TOMMASO BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'“instabilità” nazionale alla “deriva” europea*

pp. 417-438

Con la sentenza n. 199/2012, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, l. n. 148/2011, relativo alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. In particolare, la Corte ha stabilito che tale normativa è stata

adottata in violazione del divieto di reintroduzione della disciplina abrogata dal referendum popolare del giugno 2011.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, i servizi pubblici locali sono ora direttamente regolati, con riferimento, tra l'altro, alle modalità di affidamento, dalla disciplina europea a tutela della concorrenza.

Dopo aver fornito un quadro della situazione scaturente dalla pronuncia della Corte costituzionale, l'articolo si sofferma sulle prospettive del settore.

MARCO CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime con finalità turistico- ricreativa e diritto europeo della concorrenza*

pp. 453-476

Il rilascio di concessioni demaniali aventi finalità turistico-ricreativa investe notevoli interessi, sia pubblici che privati, e da tempo dottrina e giurisprudenza avevano evidenziato l'inadeguatezza della relativa disciplina, non pienamente conforme ai principi europei di riferimento. La prima parte del contributo è, quindi, dedicata all'esame del c.d. diritto di insistenza e degli altri istituti che incidono sul procedimento di rilascio, sottolineando – anche attraverso i richiami alla copiosa giurisprudenza esistente in materia – i possibili effetti distorsivi della concorrenza derivanti dalla loro applicazione. La seconda parte dello scritto tratta, invece, dei diversi interventi che negli ultimi anni il legislatore ha posto in essere al fine di adeguare le modalità di scelta del concessionario ai canoni di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, fino alla emanazione della l. 15 dicembre 2011, n. 217, il cui art. 11 ha, da un lato, provveduto ad eliminare definitivamente dall'impianto normativo di settore il meccanismo del rinnovo automatico e, dall'altro, delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione dell'intera normativa relativa alle concessioni demaniali marittime. Nelle conclusioni si prospettano alcune possibili soluzioni e azioni correttive che dovrebbero connotare il suddetto intervento governativo in grado di conciliare esigenze di sviluppo e di adeguamento ai principi europei in tema di concorrenza.

ENRICO CARLONI, *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*

pp. 179-198

Innovazione tecnologica e riforme amministrative hanno concorso, nell'ultimo decennio, alla costruzione di un modello di trasparenza, attraverso la pubblicazione *on line* di dati, che ha segnato il superamento dei tradizionali paradigmi della conoscenza pubblica incarnati dal diritto di accesso ai documenti. Codice dell'amministrazione digitale e c.d. riforma Brunetta, in particolare, costituiscono le basi normative di questo sistema, non privo di problematicità ma internamente coerente, che merita di essere analizzato nei suoi tratti distintivi e nei suoi caratteri. La "trasparenza totale" si segnala, però anche, per le molte-

plici finalità (di vera e propria trasparenza, di servizio, di contenimento di costi, e così via) che accompagnano ed hanno accompagnato i diversi obblighi conoscitivi posti dal legislatore in capo alle pubbliche amministrazioni. Il saggio analizza queste problematiche, con l'obiettivo di fornire un quadro ricostruttivo, sintetico ma complessivo, del nuovo modello di trasparenza e questo anche tenendo conto delle prospettive dell'*open data government*.

VALENTINA CINGANO, *L'accesso ai documenti dei gestori di pubblici servizi e la nozione di strumentalità*

pp. 637-657

L'articolo mira ad accertare i confini applicativi del principio di trasparenza e del diritto di accesso nei confronti dell'attività svolta da imprese che gestiscano pubblici servizi o pubbliche funzioni, al fine di verificare come il loro regime soggettivamente privatistico possa essere derogato a causa della presenza di un interesse generale. L'analisi precisa l'attuale concetto di pubblica amministrazione, per poi individuare un punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di trasparenza e concorrenza, per mezzo del concetto di *strumentalità*. Nelle conclusioni, si pone in evidenza la necessità di non dare per scontata la natura dell'attività esercitata o del servizio erogato da parte del privato, poiché è necessario verificare – preliminarmente – se essi costituiscano attività di rilievo pubblicistico.

MONICA DELSIGNORE, *Le modalità di gestione delle farmacie comunali*

pp. 525-541

Lo scritto si interroga su quali siano le forme di gestione delle farmacie comunali ammesse secondo la disciplina vigente, questione quanto mai attuale visti i numerosi pareri resi in merito dalla Corte dei conti. La disciplina di settore, contenuta nella l. n. 475/1968, contiene un rinvio alla l. n. 142/1990, sicché, per lungo tempo, si è sostenuta l'applicabilità del regime generale di gestione dei servizi pubblici locali. I recenti interventi del legislatore e della Corte costituzionale in tema di servizio pubblico locale hanno, di conseguenza, creato gravi incertezze quanto al regime vigente. L'Autrice, qualificata la farmacia comunale come attività economica, propone di ricercare le forme di gestione della stessa non nella disciplina generale dei servizi pubblici locali, ma nell'elencazione fornita dalla disciplina speciale, pur con alcuni limiti derivanti dai successivi interventi del legislatore.

MARCO DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'inesistibile forza dell'ente pubblico*

pp. 505-523

La storia della disciplina giuridica dei servizi pubblici locali negli ultimi vent'anni è stata segnata da innumerevoli interventi normativi in perenne ten-



sione e contraddizione, originati dalle due opposte spinte: l'una, concorrenziale; l'altra, panpubblicistica. L'esito complessivo, tuttavia, è paradossale: l'attuale quadro giuridico di riferimento è sostanzialmente corrispondente a quello del 1990. Il principale obiettivo del lavoro è quello di dimostrare proprio questo assunto. Seconda meta è invece illustrare come la pretesa di alcuni interpreti di trasformare in enti pubblici le società di gestione dei servizi locali, oltre a suscitare dubbi dogmatici, incida sul descritto quadro normativo, rendendolo ancor più insoddisfacente.

ENRICO MARMUGI, *La dismissione delle partecipazioni societarie «non strettamente necessarie» degli enti locali e le regole dell'evidenza pubblica*

pp. 227-244

La dismissione delle partecipazioni societarie “non strettamente necessarie” delle amministrazioni pubbliche, imposta dall'art. 3 della L. n. 244/2007, si inserisce nel quadro delle misure introdotte dalla legislazione statale per disciplinare in maniera più stringente il fenomeno delle partecipazioni pubbliche, particolarmente degli enti locali, in società di diritto privato, al fine di tutelare il mercato e la concorrenza e ridurre la spesa pubblica. L'individuazione di una corretta procedura di cessione non è un'operazione semplice, coinvolgendo molteplici valutazioni di natura giuridica ed economica. Come si declina il principio dell'evidenza pubblica, su cui è basata, e quali i suoi possibili temperamenti?

LUIGI MAROTTA, *L'installazione di reti di comunicazione elettronica e la condivisione di infrastrutture*

pp. 569-599

Il presente studio ha ad oggetto l'installazione di reti di comunicazione elettronica, la condivisione/coubicazione di infrastrutture e le reti dorsali.

L'indagine muove su più livelli e piani di osservazione: il profilo comunitario di cui alla nuova direttiva quadro n. 2009/140/Ce; il profilo Costituzionale; un breve *excursus* storico; l'analisi delle fonti primarie e secondarie; il profilo attuativo, da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in avanti, Agcom) con delibera n. 622/11/CONS recante “Regolamento in materia di diritti di installazione di reti di comunicazione elettronica per collegamenti dorsali e coubicazione e condivisione di infrastrutture”.

In linea generale, quando un operatore intende installare fibra ottica, è sufficiente richiedere una semplice dichiarazione di inizio attività (DIA), ai sensi dell'art. 2, l. n. 133/2008.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al d.lg. n. 259/2003 contempla, invece, alcuni casi particolari, quali la realizzazione di opere civili con effettuazione di scavi e occupazione di suolo pubblico, che necessitano di apposito provvedimento autorizzatorio dell'ente locale.

L'indagine prosegue con l'analisi della coubicazione e condivisione di infrastrutture, alla luce delle modifiche operate al d.lg. n. 259/2003 dalla legge n. 70/2012, in adeguamento alla direttiva quadro n. 2009/140/Ce.

La novità sta nel fatto che l'Agcom può imporre agli operatori la coubicazione di infrastrutture in tutti i casi in cui ritenga che le condizioni concorrenziali lo richiedano. Solo nel caso in cui il cablaggio avvenga «all'interno degli edifici o fino al primo punto di concentrazione o di distribuzione, qualora esso si trovi al di fuori dell'edificio», la coubicazione sarà preceduta da una consultazione pubblica e sarà subordinata alla verifica che la duplicazione di tale infrastruttura è economicamente inefficiente o fisicamente impraticabile. Non si ritiene che l'Agcom sia, altresì, dotata di poteri impositivi nei confronti di soggetti privati né di enti/concessionari pubblici, a meno che la condivisione suddetta sia strumentale alla realizzazione di una rete dorsale.

Sotto il profilo attuativo, l'Agcom ha previsto la formazione di un archivio telematico, contenente l'insieme delle infrastrutture di posa esistenti e dinamicamente aggiornato.

In materia di installazione di reti dorsali, l'attenzione si è concentrata principalmente sull'attività dell'Agcom, competente alla emanazione di un regolamento in materia, ai sensi dell'art. 2, l. n. 133/2008.

A tale riguardo, con delibera n. 622/11/CONS l'Agcom ha previsto una serie di obblighi di natura informativa a carico degli enti titolari di reti atte alla realizzazione di reti dorsali, consistenti principalmente nella pubblicazione di una serie di informazioni riguardanti le procedure e le condizioni per la realizzazione di nuove infrastrutture e l'accesso a quelle esistenti.

SERGIO MAROTTA, *Stato versus società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*

pp. 439-451

I servizi pubblici locali incidono sulla qualità della vita dei cittadini. Gli esiti dei referendum popolari del 12 e 13 giugno 2011 hanno espresso una chiara indicazione della maggioranza dei cittadini per la gestione pubblica. La Corte costituzionale ha sancito, con la sentenza n. 199/2012, che tale indicazione non è stata accolta dal Governo e dal Parlamento.

BARBARA NERI, *I servizi funebri e cimiteriali: natura giuridica e forme di gestione*

pp. 601-635

Il lavoro si prefigge l'obiettivo di analizzare il settore dei servizi funebri e cimiteriali al fine di indagare la natura giuridica delle relative attività ed individuare le forme di gestione, anche alla luce della recente evoluzione normativa che ha interessato i servizi pubblici in generale.

Anche se scarsamente contemplati nell'ambito dei contributi scientifici in

materia di servizi pubblici, probabilmente perché non utilizzati nella quotidianità, si tratta di servizi rispetto ai quali si registra un forte contenzioso, poiché gli interessi economici sono molto forti e pubblico e privato convivono spesso senza una puntuale definizione di ruoli.

Lo studio si sofferma in particolare sulla natura del servizio di trasporto funebre, dei servizi cimiteriali e, infine, delle onoranze funebri. L'analisi è svolta separatamente per ciascuna tipologia in quanto si tratta di attività esercitate da soggetti distinti sulla base di disposizioni tra loro non assimilabili.

LORENZO PASSERI, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali tra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*

pp. 543-568

Il contributo esamina l'art. 3-bis, d.l. n. 138/2011, relativo alla riorganizzazione per ambiti sovra-comunali dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, e i rapporti di detta norma con il d.l. n. 95/2012, con particolare riguardo alle previsioni di detto decreto che assegnano agli enti locali funzioni fondamentali proprio in tema di organizzazione e gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Si tenta di delineare un modello organizzativo capace di raccordare i profili normativi dei due decreti legge (apparentemente diacronici alla luce del rapporto fra organizzazione sovra comunale e funzioni fondamentali locali), considerando, altresì, le limitazioni alla spesa pubblica dell'art. 9, c. 6, d.l. n. 95/2012, che vieta la costituzione di nuovi organismi comunque denominati.

Ne esce valorizzato il ruolo organizzativo della regione, alla quale il co-cervello normativo concede spazi di manovra piuttosto ampi e che è chiamata a delineare un modello organizzativo unitario alla luce delle invarianti di cui sopra, non solo valorizzando (salvaguardando) il particolarismo locale, ma altresì garantendo economie di scala attraverso l'esercizio unitario (ed associato in base agli accordi *ex art. 30 TUEL*) a livello di ambito di dette funzioni, senza la creazione di nuovi organismi.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, *Servicio publico y derecho comunitario*

pp. 159-177

L'articolo si concentra sulla nozione di servizio pubblico. Muovendo dall'idea che si tratti di un concetto fondamentale intorno al quale si è sviluppata costruzione del diritto amministrativo contemporaneo, l'autore ne descrive l'evoluzione nell'ottica del rapporto tra le prerogative sottostanti al concetto di servizio pubblico e la teorica delle libertà fondamentali e dei diritti sociali. Tale rapporto è successivamente analizzato con riferimento ai principi di diritto costituzionale, tenendo conto dei recenti sviluppo del diritto positivo in questa materia.

L'analisi mostra una fuorviante sovrapposizione del concetto di servizio pubblico da mezzo a fine dell'attività amministrativa, che si riflette nella disciplina europea che ruota intorno alla statica distinzione tra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale. A tale proposito, segnala pertanto l'esigenza di un superamento degli attuali schemi concettuali, al fine di pervenire a una nozione dinamica di servizio pubblico, in grado di adattarsi alle effettive esigenze di soddisfacimento dei diritti dei cittadini.

DANIELA SORVILLO, *Il principio del “giusto procedimento” nella risoluzione extragiudiziale delle controversie: il caso delle comunicazioni elettroniche*

pp. 199-226

Questo articolo propone un'analisi delle procedure di risoluzione delle controversie (ADR) nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L'Agcom, in quanto autorità di regolamentazione (ANR), promuove la libera concorrenza e garantisce la tutela dei diritti dei consumatori, nel rispetto della legislazione europea e nazionale. Dunque, in ossequio al quadro normativo vigente, l'Autorità assicura ai soggetti che operano nel mercato delle comunicazioni elettroniche la possibilità di avvalersi, per la risoluzione dei contenziosi, di procedure semplici e poco onerose: a tal fine, ha adottato due distinti regolamenti che disciplinano, rispettivamente, le controversie tra operatori ed utenti e tra due operatori.

In entrambi i casi, la procedura è instaurata innanzi ad un soggetto indipendente, dotato di una particolare competenza tecnica (Agcom) ed è “alternativa” rispetto alla tutela giurisdizionale.

Alla luce del carattere di “indipendenza” del soggetto decidente e di “alternatività” della procedura, quindi, l'analisi prospettata prende in considerazione, tra le varie questioni giuridiche connesse, se – e in quale misura – il contenzioso instaurato innanzi all'Agcom assicura alle parti in conflitto le medesime garanzie tipicamente offerte dal giudice in sede processuale.

Per rispondere a questo quesito, l'autore prende in esame due importanti presupposti: in primo luogo, la Costituzione italiana non prevede un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione; in secondo luogo, l'Agcom non è un organo della magistratura: essa, piuttosto, va ricondotta nell'ambito dell'amministrazione pubblica, seppur dotata del carattere di indipendenza e del potere di autoregolamentazione.

L'analisi proposta muove da questi assunti di base e mira a verificare la coerenza complessiva della procedura di ADR instaurata innanzi all'Agcom alla luce del principio del “giusto procedimento”.

## Opinioni

MARCO MACCHIA, *Costituzionalizzare l'equilibrio di bilancio: un cambio di registro*  
pp. 245-255

Il legislatore ha modificato l'art. 81 Cost. inserendo nel testo costituzionale la regola aurea dell'equilibrio di bilancio. L'articolo si sofferma su un aspetto in particolare di tale intervento riformatore, legato al diverso approccio che il legislatore ha nel tempo tenuto rispetto al tema dei poteri pubblici in economia. Perché se fino ad oggi non si è sentita la necessità di costituzionalizzare l'intervento pubblico in economia, ora si registra l'esigenza opposta? Da quali ragioni è sorretta la necessità di vincoli costituzionali espliciti? Non vi è il rischio di ingessare le politiche finanziarie nazionali? A questi interrogativi l'articolo prova a dare risposte.

SERGIO MAROTTA, *Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum*  
pp. 657-666,

Il secondo referendum sull'acqua, che ha abrogato la norma sull'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, rischia di essere stato inutile. Nonostante il voto di ventisei milioni di italiani non è stato raggiunto l'obiettivo primario del comitato referendario individuato dalla Corte costituzionale: «rendere estranei alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua».

Il metodo provvisorio di calcolo delle tariffe del servizio idrico integrato, affidato alla competenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, prevede, infatti, tra i costi da inserire in bolletta, anche quello della risorsa finanziaria nel pieno rispetto del principio del *full cost recovery*.

## Commenti

MICHELA CATRICALÀ, *La liberalizzazione dei servizi privati nel mercato interno e il divieto di démarchage*  
pp. 257-267

La Corte di Giustizia UE ha ritenuto che il divieto di *démarchage* vigente in Francia ai sensi dell'art. 12 del codice di deontologia della professione di dottore commercialista sia di ostacolo alla corretta applicazione della direttiva sulla liberalizzazione dei servizi 2006/123/CE in quanto può impedire una sana concorrenza tra professionisti.

Nel commento ci si chiede se la motivazione approfondisca adeguatamente l'esistenza dei requisiti che potrebbero giustificare l'imposizione di regole professionali particolarmente severe come l'esistenza di motivi imperativi

di interesse generale e la proporzionalità dei limiti alle libertà fondamentali del mercato interno.

Il commento si conclude con la considerazione che probabilmente il divieto contestato dalla Corte avrebbe superato solo il primo di quei *test*.

FEDERICO CAPORALE, *La soppressione delle Autorità d'Ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici*

pp. 269-293

Il presente commento indaga, a partire dalle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella decisione n. 128/2011, l'incidenza e gli effetti della soppressione delle Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale nell'ordinamento vigente. Dopo aver approfondito la loro origine, i loro scopi e l'estensione geografica sulla quale esse avevano competenza, se ne analizzano le funzioni, che vengono trattate con riferimento all'attuale sistema di regolazione dei servizi idrici ed, in particolare, alle attività svolte dal regolatore statale. Si dimostra, quindi, che il modello di regolazione dei servizi idrici risulta essere gravemente inefficiente, per un triplice ordine di ragioni: a) la frammentazione delle competenze tra una congerie di soggetti, con frequenti sovrapposizioni e lacune; b) la disarmonica attribuzione di funzioni tra livelli di governo differenti; c) la incerta individuazione del soggetto che deve esercitare, in ultima istanza, le potestà decisionali condivise tra più regolatori. Ciò spinge a ritenere che l'apparato di governo del servizio idrico integrato configuri un chiaro esempio di *tragedy of the anticommons* di natura burocratico-amministrativa. Si conclude che la soppressione delle Autorità d'Ambito non appare idonea, *ex se*, a perseguire l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica né ad offrire soluzione alle imperfezioni del sistema di regolazione dei servizi idrici, di cui sembra opportuna, invece, una riforma generale.

GIOVANNI COCOZZA, *La localizzazione degli impianti di energia: il difficile rapporto tra legge statale, legge regionale e giudicato amministrativo*

pp. 487-504

Lo scritto esamina il complesso rapporto tra normativa statale e regionale nella disciplina della localizzazione degli impianti di produzione di energia. Attraverso l'analisi della vicenda amministrativa e giudiziaria inerente la riconversione di una centrale elettrica in località Porto Tolle e l'esame della giurisprudenza costituzionale in argomento, si evidenziano le ambiguità e le difficoltà insite nell'individuazione del concetto di "limite alla localizzazione territoriale" come discriminare per la ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regione nella materia della localizzazione degli impianti. Nel percorso ricostruttivo viene intercettato un ulteriore profilo relativo alla dibattuta problematica del rapporto tra giudicato e normativa sopravvenuta.

GUILLAUME DU PUY-MONTBRUN, *Participation du public aux décisions environnementales et question prioritaire de constitutionnalité*

pp. 477-485

Con la sentenza 14 ottobre 2011, n. 2011-183/184, il Consiglio costituzionale francese ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due disposizioni del Codice dell'ambiente.

Queste ultime, nel fissare le procedure relative alla realizzazione delle infrastrutture che presentano rischi per l'ambiente, non avevano previsto adeguate modalità di partecipazione pubblica, in violazione dell'art. 7 della legge costituzionale francese sull'ambiente del 2004.

Tale pronuncia del giudice costituzionale fornisce l'occasione per interrogarsi sulla tutela dei diritti procedimentali nel diritto amministrativo francese, sulle loro basi costituzionali e sul modo attraverso il quale essi possano contribuire alla costruzione di una disciplina generale dell'azione amministrativa.

LAURA MUZI, *La disciplina statale sui beni destinati al servizio idrico integrato: riflessioni sulla nozione giuridica di demanialità*

pp. 295-308

Con la sentenza n. 320/2011 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla natura demaniale e sulla conseguente inalienabilità delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali serventi il servizio idrico integrato.

In particolare, il legislatore regionale non può disporre il conferimento di tali beni ad una società, anche qualora il capitale di questa sia totalmente in mano pubblica ed incredibile. Quella legge regionale che preveda altrimenti non può essere considerata costituzionalmente legittima, perché lesiva della competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile ex art. 117, c. 2, lett. l), Cost. Ciò vale anche qualora una norma siffatta sia stata in precedenza vigente e poi abbia avuto tacita abrogazione con l'adozione del decreto Ronchi. Infatti, dall'esito positivo del referendum del giugno 2011 non consegue la "reviviscenza" della normativa antecedente a quella abrogata.

Il commento analizza, con taglio problematico, tali orientamenti della Corte.

Finito di stampare nel mese di marzo 2013  
dalle *Arti Grafiche Solimene* - Napoli