

SOMMARIO DEL NUMERO 3/2014

Editoriale

MARCO DUGATO, <i>La città metropolitana tra servizi pubblici e governo del territorio</i>	v
-------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Saggi

ELISENDA MALARET, <i>Autoridades independientes de regulación y transparencia</i>	311
GIAN CLAUDIO SPATTINI, <i>Regolazione, partecipazione e «contenzioso» nell'AEEGSI: quale democrazia per le autorità indipendenti?</i>	381
RICCARDO URSI, <i>Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della spending review</i>	415

Articoli

FIorenzo LIGUORI, <i>I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni</i>	445
FABIO ELEFANTE, <i>Società pubbliche e normativa anticorruzione</i>	467
DARIO DAMIANO, <i>Le società partecipate e gli obblighi di trasparenza finalizzati a scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi</i>	487

Note a sentenza

MARIA LUCE MARINIELLO, <i>Net neutrality e qualificazione dei servizi di accesso alla banda larga dopo il caso Verizon: quale lezione per l'Europa?</i>	533
SALVATORE SORRENTINO, <i>È possibile un rapporto “preferenziale” tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?</i>	565
NOTIZIE SUGLI AUTORI	589
INDICE DELL'ANNATA.....	591

TABLE OF CONTENTS – NO. 3/2014

Editorial

MARCO DUGATO, <i>Public services and land use in the new governance Metropolitan Cities</i>	v
---------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Essays

ELISENDA MALARET, <i>Independent authorities for market regulation and transparency</i>	311
GIAN CLAUDIO SPATTINI, <i>Regulation, participation and “dispute resolution” by the Italian Regulatory Authority for Electricity, Gas and Water Services (AEEGSI): what democracy for independent authorities?</i>	381
RICCARDO URSI, <i>The governance of local public holdings in a time of spending review</i>	415

Articles

FIorenzo LIGUORI, <i>Main players and management systems of local public utilities in the Metropolitan Cities</i>	445
FABIO ELEFANTE, <i>Public companies and anti-corruption legislation</i>	467
DARIO DAMIANO, <i>Government controlled companies and transparency requirements against corruption</i>	487

Comments

MARIA LUCE MARINIELLO, <i>Net Neutrality and the qualification of broadband access services: a commentary of the Verizon v. FCC case from the European perspective</i>	533
SALVATORE SORRENTINO, <i>Is a privileged legal relationship between local authorities and cooperative welfare societies allowable in public service procurement?</i>	565

LIST OF CONTRIBUTORS	589
----------------------------	-----

ANNUAL INDEX	603
--------------------	-----

EDITORIALE

LA CITTÀ METROPOLITANA TRA SERVIZI PUBBLICI E GOVERNO DEL TERRITORIO

La storia delle città metropolitane sembra uscita da un romanzo di Mary Shelley. Dell'originario, inanimato corpo immaginato nel 1990 è rimasto poco nella loro recente attuazione, ma quelle membra variamente assemblate hanno preso vita. Quel che resta da comprendere (oggi in via d'analisi giuridica e istituzionale, domani per consuntivo) è quale vita attende la nuova creatura; quali ne saranno virtù e fortuna e quali criticità incontreranno.

Il tema è invero troppo ampio per poter essere illustrato in un breve editoriale, ma la relazione tra le città metropolitane e i servizi pubblici suggerisce una chiave di lettura in buona parte originale e offre spunti sui quali la dottrina non mi pare si sia ancora soffermata. Quando la l. n. 142/1990 le immaginò per la prima volta, proprio la gestione aggregata dei servizi pubblici locali ne costituiva l'elemento centrale. Si era per la prima volta percepito che il servizio idrico, il trasporto e il ciclo dei rifiuti, per l'avvio del processo di moderna industrializzazione, soffrivano dell'angusta dimensione a cui erano costretti dalla titolarità comunale del servizio. Le città metropolitane erano state immaginate come la risposta alle ragioni di una programmazione su area più vasta e di gestioni aggregate che consentissero il superamento dei vecchi sistemi di collegamento tra il comune capoluogo ed i comuni limitrofi. Non era, si badi, una mera questione di efficienza dei servizi o di massa critica utile all'economicità della conduzione delle attività. Si era invece presa coscienza anche di problemi più ampi, legati alla rappresentanza ed al concetto stesso di residenza. Le politiche sui trasporti erano sostanzialmente dettate dal comune principale dell'area metropolitana, così che gli enti confinanti non facevano altro che subire le decisioni del primo. Quest'ultimo, poi, le adottava avendo riguardo non tanto all'area metropolitana, quanto ai bisogni della popolazione residente nel comune principale, di cui gli organi politici erano espressione e alla quale essi erano chiamati a rispondere. Nelle aree a forte urbanizzazione, dunque, si era nei fatti creata una distinzione tra abitanti del centro principale e abitanti dei comuni minori con forte svantaggio di questi ultimi.

Vi era poi l'intento di rinnovare l'ambito della pianificazione territoriale, fortemente connesso a quello dei servizi e caratterizzato da tratti assai

simili, ancorché mascherati, così che il piano territoriale di coordinamento provinciale rappresentava una mediazione tra il centro principale e le ragioni dei comuni più piccoli, di cui la provincia si faceva tutrice.

Le condizioni di fatto sono evidentemente mutate. Il progressivo affermarsi del livello sovracomunale della programmazione e della regolazione dei servizi locali è da tempo giunto al culmine con l'istituzione di enti di governo degli ambiti ottimali, fortemente rafforzati nella recente legge di stabilità per il 2015. Per altro verso, le gestioni dei servizi di rilevanza economica sono state aggregate nelle aree metropolitane dall'affermarsi di società multicomunali, in alcuni casi partecipate da tutti i comuni dell'area ed in altri divenute imponenti soggetti finanziari sottratti all'influenza politica dominante del comune principale.

È in questo contesto, dunque, che debbono essere analizzate e valutate le città metropolitane di oggi, alle quali si chiedono tratti diversi da quelli immaginati più di vent'anni fa. Non è un caso, infatti, che esse siano state disegnate in modo molto più simile ad un "supercomune" che non ad una provincia, volte più a costituire un centro di composizione delle ragioni dei comuni metropolitani che non a definire invarianti generali a cui i singoli enti di primo livello dovranno dare applicazione. È così nel caso dei servizi pubblici locali, che, come si è detto, non appartengono più ai singoli comuni né con riferimento alla regolazione (oggi attribuita ad autorità indipendenti o a enti d'ambito), né con riferimento alla gestione (affidata a società di capitali a partecipazione pubblica in gran parte sottratte al loro controllo o ad operatori economici scelti da autorità d'ambito vasto). Con riferimento ai servizi, la città metropolitana costituisce un centro di raccolta e di mediazione tra le esigenze dei comuni ed un soggetto forte nelle trattative con gli enti di regolazione ed i soggetti gestori.

Lo stesso ruolo dovrebbero svolgere nei processi di pianificazione territoriale, oggi sempre più incisi dalla dominanza dei servizi pubblici industriali e dalle infrastrutture e reti necessarie. Proprio in questo ambito, tuttavia, si manifestano le prime, preoccupanti criticità, generate da infelici amnesie del legislatore. Il piano territoriale di coordinamento provinciale è lo strumento giuridico a cui la legge nazionale riserva le principali funzioni al riguardo, ai sensi dell'art. 20, d.lgs. n. 267/2000. Il passaggio delle funzioni provinciali alle città metropolitane non può tuttavia riguardare anche la predisposizione e l'aggiornamento del piano di coordinamento che, come noto, svolge un ruolo di limite alla pianificazione comunale. In altri termini, alle città metropolitane, a cui spetteranno i compiti di predisposizione del piano generale comunale, non può essere assegnata la funzione di redazione del piano di coordinamento, a meno che non si accetti

la città metropolitana tra servizi pubblici e governo del territorio

che allo stesso ente siano contemporaneamente assegnate la definizione dei limiti e la pianificazione conformativa. Né può ritenersi che i compiti della pianificazione territoriale di coordinamento siano ritornati alle regioni, restando da superare la perdurante vigenza dell'art. 20, che li disegna non come funzioni regionali delegate alla provincia ma come attribuzioni dirette di quest'ultima.

È proprio la percezione che i compiti relativi alla programmazione ed alla gestione dei servizi pubblici e le funzioni pianificatorie a non essere stata ancora sedimentata dal legislatore, che sembra non riconoscere quel che ai più è evidente. In un contesto, qual è quello attuale, in cui gli strumenti urbanistici non devono più affrontare una drammatica spinta al consumo del suolo ma devono creare le condizioni di sviluppo sociale ed economico adatte ai tempi, l'ammodernamento delle reti funzionali ai servizi e una loro corretta, equa e razionale allocazione non può non costituire il dato centrale del disegno del territorio. Le città metropolitane mi paiono l'ideale luogo in cui questa composizione deve esprimersi. Al momento, tuttavia, l'ordinamento positivo, nei due settori d'interesse, ha osato poco e si è limitato a traghettare, non sempre propriamente, le vecchie funzioni nei nuovi vasi. Il futuro dev'essere però differente e dovrà popolarsi di strumenti giuridici nuovi, integrati, appropriati e snelli, riallocando le funzioni di pianificazione di area vasta e di limite al livello regionale, lasciando alle città metropolitane il compito di pianificare in modo sinergico impianti, reti e territorio.

Le regioni giocheranno un ruolo determinante, a cui tecnicamente sono nella maggioranza dei casi preparate. I rischi sono però evidenti. Il primo attiene allo spazio che il legislatore statale sarà disposto a lasciare alla loro autonomia. Le città metropolitane non sono tutte uguali. Non lo sono per dimensioni, non lo sono per il contesto territoriale in cui si collocano e non lo sono per il ruolo che giocano rispetto al complesso regionale. Se lo Stato intenderà procedere secondo lo schema recente della compressione della scelta locale, adottando un modello uniforme, qualunque esso sia, e rinunciando al ruolo di controllo dei risultati, vi saranno realtà compresse nelle loro potenzialità future. Per quanto sia difficile accettare il principio della differenziazione, non mi pare ci siano alternative che offrano in concreto le stesse virtù. Per parte loro, le regioni dovranno finalmente programmare e non amministrare nella mediazione degli interessi locali. Dovranno dare regole alla materia del governo del territorio, possibilmente evitando di innamorarsi di meravigliose costruzioni astratte e privilegiando un obiettivo concreto di assetto e rendendosi conto che il tempo non è una variabile ininfluyente ma l'elemento centrale di tenuta dell'intero nuovo si-

marco dugato

stema locale. Dovranno poi accettare che, nel rispetto delle regole e con efficienti controlli, le decisioni siano assunte dal livello metropolitano.

La città metropolitana non dev'essere Pandora e dal vaso possono uscire benefici e non mali. L'importante è che lo si apra soltanto quando si sarà pronti.

Marco Dugato

ELISENDA MALARET¹

AUTORIDADES INDEPENDIENTES
DE REGULACION Y TRANSPARENCIA

“Una democracia funciona en un nivel más óptimo cuando el ciudadano tiene a su disposición toda la información de que pueda disponer sin poner en peligro la seguridad de la nación. No debe permitirse que se envuelva en el telón del secretismo aquella información que pueda revelarse sin dañar el interés público”².

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Algunas notas sobre la emergencia de una nueva función del estado en el proceso de transformación de sus cometidos. – 3. Le emergencia de nuevas formas de organización sustraidas de la dirección gubernamental: las autoridades independientes de regulación, la pluralización (o diversificación) de las condiciones de expresión y determinación del interés general. – 4. Las Administraciones independientes reguladoras (AIR): más allá de la reglamentación, una tipología con funciones y potestades muy heterogéneas, adecuada para aplicar la ley en un entorno complejo. – 5. La transparencia como principio estructural: su fortalecimiento progresivo. – 5.1. Publicidad y transparencia en el nombramiento y composición del órgano decisorio de las Autoridades independientes de regulación: una exigencia material que debe ir más allá del mero cumplimiento formal de determinadas trámites. – 5.2. La extensión de la publicidad a la actividad formalizada del órgano colegiado. – 5.3. La exteriorización de la opinión disidente, un paso más en la publicidad del procedimiento y de la decisión. Especial consideración del carácter reservado de las deliberaciones de los órganos decisorios y la necesidad de reconsiderar el alcance temporal y material del principio de secreto. – 5.4. Más allá de la publicidad de la actividad formal, la necesaria transparencia de la programación de la actividad, de las intervenciones de carácter no resolutorio y de la actividad informal. – 6. A modo de conclusión.

¹ Con la colaboración de F.J. Rodríguez Pontón. Una versión inicial de este trabajo, “Regulación económica, autoridades independientes y transparencia” se publicó en R. García Mucho (ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho Público y Privado*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2014.

² Presidente Lyndon B. Johnson en el momento de firmar *The Freedom of Information Act* en 1966 que supuso un cambio radical en el tratamiento de la información, el paso del secreto a la apertura y la difusión.

1. Introducción

Los cambios en las funciones de los poderes públicos inducen a menudo cambios en la organización, buscando el modelo más adecuado posible a la realización de los nuevos cometidos, y también, cambios en las formas y los modos de intervención. Si en el pasado la irrupción de nuevas tareas públicas supuso la emergencia de nuevos modelos de organización, en la actualidad estos cambios requieren la transformación de los procedimientos de decisión y muy especialmente la apertura “a la luz del sol³” de los procesos decisorios.

La globalización de los intercambios, la integración europea y muy especialmente la crisis económica han generado un amplio cuestionamiento de la legitimidad de los poderes públicos, una crisis de legitimidad que se vincula también a la incapacidad de los poderes públicos – encerrados en sus marcos territoriales nacionales – de adoptar respuestas adecuadas y consistentes a los retos que la complejidad de la sociedad contemporánea suscita. En las democracias de nuestro entorno la legitimación mediante el sufragio es una condición necesaria pero no suficiente, es preciso explorar nuevos vías de legitimación, reforzar, mediante el reconocimiento de nuevos derechos y la creación de nuevos instrumentos la legitimidad de los poderes públicos. En este contexto ideas, valores y principios que estaban ya latentes en el derecho público adquieren una fuerza renovada y una mayor centralidad; la transparencia, la imparcialidad, la exigencia de justificación/motivación, la renovada afirmación de las garantías procedimentales, la rendición de cuentas refuerzan las garantías sustantivas corolario de la extensión de los derechos.

³ Utilizando la idea típica del constitucionalismo norteamericano, vid. en esta dirección, *The Government in the Sunshine Act* (1976), la Ley que introdujo cambios significativos en el procedimiento administrativo de las agencias norteamericanas, obligando a suministrar como regla general información sobre todos los trámites y, correlativamente, obligando a explicitar las razones por las que el interés público requería en un determinado supuesto la no publicidad de los procesos o de los documentos; en este marco legal la extensión de la publicidad contempla también el dar a conocer las reuniones y encuentros celebrados. El presidente Obama ha reforzado la transparencia interpretando de manera amplia la normativa sobre acceso a la información y documentación en manos de las agencias federales. Sobre las claves de estos cambios y la significación de la *Freedom of Information Act* de 1966, reformada sucesivamente, en la literatura española, vid. especialmente, C.O. Sanz Salla: “El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al derecho norteamericano”, en R. García Macho (ed.): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

autoridades independientes de regulación y transparencia

Gobernar “a la luz del sol”⁴, abrir los poderes públicos supone explicar los actores que han intervenido – tanto públicos como privados–, mostrar cómo y cuándo han intervenido, suministrar los datos, las razones, los argumentos que conducen a la adopción de las políticas y las decisiones. La publicación de la información de que dispone la administración pública abarca de manera creciente ámbitos tradicionalmente alejados del conocimiento de los ciudadanos. Para comprender el alcance de las transformaciones en curso quizás sea útil retener el debate actual sobre la conveniencia o no de publicar las actas del consejo de gobierno del Banco Central Europeo⁵ – guiadas hasta el presente por la regla de la confidencialidad⁶–, siguiendo las pautas de la política de transparencia adoptada por la Reserva Federal de Estados Unidos⁷. Este debate supone el ejemplo más significativo de los cambios en curso puesto que tradicionalmente la política monetaria ha constituido una excepción en el ejercicio del derecho de acceso⁸.

La apertura, la transparencia en el proceso de toma de decisiones de los poderes públicos garantiza una mayor participación y un mayor control, refuerza la legitimidad, la eficacia y la responsabilidad para con los ciudadanos. Tener la obligación de rendir cuentas, de explicarse sirve no sólo al interés de los ciudadanos sino que ayuda también a tomar mejores decisiones. Esta perspectiva guía el desarrollo de la legislación que garantiza de manera creciente y continuada el acceso a la información pública. La información y el debate refuerzan no sólo la legalidad sino la legitimidad y la eficacia del proceso de toma de decisiones en su totalidad.

⁴ A veces se utiliza otra metáfora, “la casa de cristal”, vid. E. Carloni: “La *casa di vetro* e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa”, *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2009.

⁵ Un debate recurrente en la prensa durante 2013 y exacerbado seguramente por las frecuentes declaraciones en distintos medios de comunicación del Presidente del Bundesbank y miembro del consejo del BCE exponiendo abiertamente su posición y manifestando el sentido de su orientación en cuestiones sometidas a debate y votación en dicho órgano decisorio. En el momento de revisar las pruebas de este trabajo este debate ha concluido con la publicación de las Actas del BCE; la primera se ha canocida el 19 de febrero da 2015 y se corresponde con la sesión de su Consejo de Gobierno de 22 enero de 2015.

⁶ Una regla propia de los Gobiernos y típica en los órganos colegiados de las Administraciones Independientes que inicialmente han seguido las pautas propias del secreto que caracteriza las deliberaciones gubernamentales, vid. arts. 5.3 y 6.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

⁷ Que publica en un primer momento un resumen y transcurridos seis años publica la transcripción íntegra de las deliberaciones, vid. www.federalreserve.gov.

⁸ Sobre las excepciones imperativas contempladas en el derecho europeo, vid. E. Guichot: *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, ed. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, 2011, 140 y ss. Y en la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 27 de noviembre 2007, asunto “A. Pitsiorlas vs Consejo de la UE y BCE”.

Por ello no puede sorprender que desde la adopción del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea explicita su voluntad de “tomar las decisiones de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”. Esta idea de *gobierno abierto* refleja de manera muy sintética el significado y alcance que la transparencia tenga para la democracia, la fundamentación del principio de transparencia en el carácter democrático de las instituciones europeas y, en su caso, de los estados miembros. Esta regla va paulatinamente penetrando en todos los ámbitos y las esferas del poder público.

La transparencia, la publicidad operan en dos direcciones, garantizando a los ciudadanos el mayor acceso posible a los documentos públicos pues supone brindar a los ciudadanos una manera más eficaz de controlar el ejercicio del poder público⁹ y, paralelamente suministrando mayor información tanto sobre los debates desarrollados en espacios hasta ahora cerrados – entre los servicios y los órganos decisorios, entre distintos órganos o en el seno de órganos colegiados – como sobre la actividad regular y no formalizada de los funcionarios y miembros de los órganos públicos. Afianzar la transparencia supone establecer que debe ser público y correlativamente que deberá en cambio mantenerse reservado – pues la tutela de algún bien o valor constitucional así lo exige –, supone determinar qué tipo de procesos, que tipo de documentos, que tipo de reuniones, que tipo de información acerca de los intervinientes en el proceso debe ser puesta a disposición del público.

Por ello el derecho de acceso a la información se configura como la pieza vertebradora del nuevo modelo de administraciones públicas, la fuente renovadora de la legitimidad que opera complementariamente con las garantías tradicionales; quizás a semejanza de lo que supuso en el pasado el principio de legalidad; un derecho de acceso que ya no responde sólo a la defensa de los propios intereses del sujeto, sino que se trata de conocer la información y documentación en manos de la administración más allá de la identificación de un expediente concreto. Y, consecuentemente, este derecho de acceso a la información – y la correlativa obligación de publicidad activa de la administración – deberán ser garantizados de manera adecuada y coherente, más allá de la tutela judicial que operará siempre y necesariamente como último recurso. La significación práctica de la instancia de garantía adquiere toda su relevancia y por ello debe ser objeto de especial atención su diseño, éste debe estar presidido por los principios de eficacia y adecuación en orden a una correcta tutela del bien jurídico protegido que

⁹ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2006, asunto Franchet y Byk vs Comisión de las Comunidades Europeas.

no es otro que el derecho de acceso a la información pública, corolario de la libertad de información *guardiana* de la democracia¹⁰.

La transparencia, la publicidad se extiende en la actualidad más allá de los estrictos requerimientos constitucionales que inciden sobre las funciones y las formas de actividad tradicionales, más allá las leyes, las sentencias y los actos administrativos y más allá de las sesiones plenarias de las Cámaras o de las sesiones judiciales.

En este contexto, la función de regulación económica no sólo no puede quedar al margen, sino que por sus mismas características, por su relevancia para la integración económica y social está especialmente señalada como unos de los campos en los que la transparencia y la publicidad deben desarrollarse con mayor intensidad.

2. Algunas notas sobre la emergencia de una nueva función del estado en el proceso de transformación de sus cometidos

La noción de regulación económica irrumpe con fuerza en Europa en el contexto de la liberalización e introducción de competencia en sectores en los que tradicionalmente operaban monopolios¹¹. Si bien hay que recordar que el éxito del término no ha ido acompañado de una clarificación y depuración de su contenido y así la afirmación de su carácter polisémico es recurrente¹². Una ambigüedad seguramente vinculada a sus orígenes, puesto que apareció inicialmente en Estados Unidos y en el contexto norteamericano cubría tanto un instrumento o forma de actuación, la “reglamenta-

¹⁰ Si bien no toda la doctrina española comparte esta caracterización y fundamento del derecho de acceso a la información, esta visión se va abriendo camino estos últimos años, quizás aupado por la crisis de legitimidad que atañe a los poderes públicos, no sólo en nuestro país sino en todo el entorno occidental.

¹¹ Me he ocupado con mayor detenimiento de este proceso en algunos trabajos anteriores E. Malaret: “La regulación económica: su instrumentación normativa. (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003 y “Administración Pública y regulación económica”, Aa.Vv.: *La Autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, ed. Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2007. Con posterioridad, también J. Esteve y S. Muñoz Machado, especialmente sus trabajos publicados en la obra colectiva dirigida por ellos: *Fundamentos e Instituciones de la regulación*, ed. Iustel, Madrid, 2009 y A. Betancor: *Regulación. Mito y Derecho : desmontado el mito para controlar la intervención de los reguladores*, ed. Civitas, Madrid, 2010.

¹² Uno de los primeros estudiosos ya destacaba esta problemática, J.L. Autin: “Réflexion sur l’usage de la régulation en droit public”, en M. Miaille (dir.): *La régulation: Droit et politique*. L’Harmattan, Paris, 1995.

ción”, como una actividad más genérica, la intervención pública en la economía caracterizada por un intenso control público sobre la actividad empresarial privada que operaba en determinados sectores¹³ – las industrias reguladas como se expresaba en sus inicios¹⁴.

Un control de la actividad privada que en el modelo norteamericano ejercieron, inicialmente los parlamentos estatales y los jueces de manera muy embrionaria – si bien los tribunales admitieron tempranamente pero de manera muy limitada ciertas facultades de control o policía en relación a determinadas actividades de utilidad pública¹⁵ –, y, posteriormente fue atribuido a organismos *ad hoc* creados específicamente por el legislador. Un modelo que se irá extendiendo a partir de los inicios del siglo XX cuando se crea a nivel federal un organismo fundamental, la *Federal Trade Commission* (1914) – siguiendo el modelo primerizo de la *Interstate Commerce Commission* (1887). En sus inicios los poderes de control eran muy limitados pero posteriormente se fueron ampliando hasta llegar a la actualidad cuando las *Independent commission*¹⁶ y las agencias ejecutivas¹⁷ ejercen por delegación del legislador una amplia abanico de potestades. Si bien hay que recordar que, en consonancia con la distribución territorial del poder propia del federalismo norteamericano, las primeras Comisiones reguladoras surgieron en el nivel estatal¹⁸ y en la actualidad todavía tienen

¹³ Vid. por todos, B. Du Marais: *Droit public de la régulation économique*, ed. Presses de SciencesPo/Dalloz, Paris, 2004 y J. Esteve: “La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias”, en J. Esteve, S. Muñoz Machado (dirs.): *Fundamentos e Instituciones de la regulación*, *op. cit.*

¹⁴ El fundamento de la intervención era la “*utilidad pública*” de la industria o actividad en concreto, su impacto en otros sectores, en los momentos iniciales la perspectiva no es la del mercado o su funcionamiento, pues esta es una idea desarrollada cincuenta años más tarde, a partir de la irrupción de determinadas escuelas económicas y la apertura de nuevas líneas de análisis económico.

¹⁵ Vid. entre otros, D. Custos: « La notion américaine de régulation », G. Marcou, F. Moderne (Dirs.): *Droit de la régulation. Service public et intégration européenne(I)*, ed. L’Harmattan, Paris, 2005.

¹⁶ Que algunos autores denominan también *independent agency*, enfatizando su carácter de agencias; sobre el debate en torno a los términos de esta independencia en el derecho norteamericano, vid. especialmente, M. Magide Herrero: *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, ed. INAP, Madrid, 2000 y posteriormente, E. Virgala Foruria: *La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios en red*, CEPC, Madrid, 2004, 37-71.

¹⁷ Sobre la significación de las agencias norteamericanas, su heterogeneidad y su diversidad, vid. por todos en la literatura española, A. M. Moreno Molina: *La administración por agencias en los Estados Unidos de América*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁸ Vid. A. M. Moreno Molina: *La administración por agencias en los Estados Unidos...*, *op. cit.*, especialmente 102 y ss.

importantes cometidos en el sector de las *public utilities* – energía, telecomunicaciones, agua.

En Europa la emergencia de esta nueva función del estado se ha desarrollado mucho tiempo después, a partir de los años setenta del siglo XX, en un entorno de transformación de la intervención pública en la economía caracterizada por la progresiva reducción y desaparición de los monopolios, la liberalización de las actividades económicas mediante la disminución de los controles previos y la introducción de competencia y también de la privatización – en mayor o menor medida – de las empresas públicas que anteriormente tenían la condición de monopolio – de hecho o de derecho –. Un proceso que se ha desarrollado en un contexto caracterizado por distintos factores, entre los que cobra especial relevancia la construcción del mercado interior y el proceso de integración europea en la que las instituciones comunitarias han adquirido un protagonismo esencial y, paralelamente, las institucionales nacionales han visto reducida su capacidad de intervención. Una limitación de la capacidad estatal de intervención que se acrecienta con la mundialización de los intercambios y que abre el debate y la reflexión sobre la necesidad de repensar, abrir nuevas vías y formas para entender y configurar la legitimidad de la acción pública.

Emerge una nueva forma de intervención administrativa en la economía que, sin bien utiliza instrumentos o técnicas ya conocidas, en la medida en que se inserta en un proceso de redefinición de las tareas o cometidos del Estado adquiere una nueva significación. Por ello es posible y necesario optar por una noción estricta de la regulación económica y para ello es pertinente partir de la consideración de los fines que debe perseguir este tipo de intervención estatal, unos fines orientados no sólo a la garantía del correcto funcionamiento del mercado y de la competencia, sino también a la garantía del suministro de prestaciones y servicios de interés colectivo o general; unos fines que se pueden traducir en distintas formas concretas de intervención, en el ejercicio de potestades diversas aunque todas ellas supongan la producción de normas – más generales o más concretas, con valor coactivo o simplemente orientativo –. Si bien, un sector de la doctrina parece haber acotado la regulación económica como tarea pública única y exclusivamente a la garantía del buen funcionamiento de la competencia, no puede olvidarse que normalmente los autores vinculan la emergencia de la regulación con la desaparición de los monopolios y las restricciones a la competencia que caracterizaban tradicionalmente el régimen de los servicios públicos económicos y, en estos sectores, todavía es preciso garantizar la prestación de determinados servicios – con independencia de la denominación que utilice la legislación para referirse a los mismos, públicos, esencia-

les, universales, obligatorios –. La liberalización y la desmonopolización de los servicios públicos, la introducción de concurrencia en su suministro no puede ir en detrimento de la satisfacción de las necesidades sociales ni de la protección de los bienes y valores democráticos. Y, por ello, precisamente para realizar de manera articulada este doble cometido tiene sentido identificar una nueva actividad de los poderes públicos que convenimos en denominar “regulación económica”.

En EEUU el reconocimiento de nuevas facultades de intervención pública sobre la actividad empresarial, cuando esta se desarrollaba en ámbitos de interés general, llevó aparejado el surgimiento y desarrollo de una nueva institucionalidad. Es bien conocido que el origen y desarrollo de la administración federal, de una administración potente y profesionalizada, y, correlativamente del Derecho Administrativo, hunden sus raíces en la regulación económica. La atribución de nuevos poderes llevó aparejado la creación de nuevas instituciones¹⁹. En Europa, la irrupción de la regulación económica ha supuesto también la eclosión de un nuevo tipo de Administraciones públicas, las Autoridades Independientes de regulación. La emergencia de una nueva tarea pública, dotada de una especificidad funcional²⁰ ha traído consigo la creación de organismos dotados de un amplio abanico de potestades de distinta naturaleza, que intervienen *ex ante* o *ex post* – y entre las que cobre especial significación la elaboración de informes y la formulación de recomendaciones u orientaciones no vinculantes²¹ –, a los

¹⁹ Nótese que en el modelo norteamericano la creación de organismos específicos se produjo en el contexto de la emergencia de una función de control público sobre actividades privadas. En cambio en el panorama europeo la expansión de la Administración y la creación de organismos para la realización de nuevos cometidos también se desarrolló en el mismo período – en el tránsito del siglo XIX al XX – pero con un cometido distinto muy pues apareció vinculado a la asunción de servicios públicos por las administraciones; un fenómeno conocido en algunos países europeos como municipalización. Por ello alguna vez se ha señalado que el fenómeno de la descentralización funcional surgió a ambas orillas del Atlántico pero dio a luz organizaciones distintas, siempre caracterizadas por la idea de especialización funcional, en EEUU las agencias reguladoras, en Europa, las empresas públicas. Sobre el debate acerca de las características de la organización en el momento de las municipalizaciones y la importancia de unos gestores profesionales, vid. muy especialmente N. Magaldí: *Los orígenes de la municipalización de servicios en España: El tránsito del estado liberal al estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, ed. INAP, Madrid, 2012.

²⁰ L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, ed. LGDJ, Paris, 2008.

²¹ Fenómeno inicialmente puesto de manifiesto por G. Timsit, “Les deux corps du roi: essai sur la notion de régulation”, *RFAP*, 1996, 78 y “La régulation: naissance d’une notion”, en *L’archipel de la norme*, PUF, Paris, 1997 y que constituye el núcleo central de la propuesta de L. Calandri: *Recherche sur la notion de régulation*, *op. cit.* En la doctrina española J. Tornos ha

autoridades independientes de regulación y transparencia

que se les atribuye un cierto margen de apreciación en el ejercicio de sus funciones y a los que el legislador ha colocado en un peculiar estatus caracterizado por la independencia tanto de las instancias gubernativas como de los sectores afectados. Un fenómeno más o menos amplio, más o menos generalizado en los distintos países y que se fundamenta en la necesidad de incrementar la credibilidad reforzando la neutralidad y evitando los conflictos de intereses.

Si bien, en un primer momento, la función de regulación no parece que requiera necesariamente la existencia de una autoridad independiente y podría ser ejercida, en principio, por una autoridad tradicional, integrada en la administración general²², lo cierto es que en la actualidad es difícil aislar esta nueva tarea pública de las nuevas estructuras que la han acompañado. La especificidad de los cometidos asignados, la necesidad de disponer de un saber profesional altamente especializado, un saber imprescindible puesto que opera en un entorno complejo en el que el poder público dispone de un margen de apreciación más o menos amplio; todo un conjunto de factores que han cristalizado en un modelo institucional específico. Este proceso de fragmentación de los aparatos del estado ha contribuido decididamente al policentrismo que caracteriza el estado post-moderno²³.

La creación de autoridades administrativas sustraídas a los poderes de dirección gubernativa – de la dirección de un órgano políticamente responsable – plantea necesariamente la cuestión de la legitimidad democrática de estas autoridades²⁴, cuando no la de su constitucionalidad. Al romper la “cadena de legitimidad democrática”²⁵, el modelo clásico de legitimidad democrática de la Administración – basado en la dirección gubernativa y la responsabilidad parlamentaria – es insuficiente y hay que complementarlo o enriquecerlo con perspectivas más amplias. Como ha señalado Rosanvallon en el mundo contemporáneo existen unas expectativas de imparcialidad

prestado especial atención a este aspecto en *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

²² G. Marcou, “Régulation, services publics et intégration européenne”, G. Marcou, F. Moderne (dirs.): *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, op. cit. El mismo autor reiterará esta idea posteriormente, G. Marcou: “Les autorités administratives dépendantes et indépendantes dans le domaine de l’intervention économique de la puissance publique. Une analyse des secteurs sélectionnés”, G. Marcou y J. Massing (dirs.): *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, ed. Société de Législation comparée, Paris, 2011.

²³ J. Chevallier, *L’État post-moderne*, ed. LGDJ, Paris, 2004 (2ª ed.).

²⁴ Arts. 97 y 66.2 CE.

²⁵ Este concepto procede de la teoría expuesta por E. W. Böckenförde: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (en lengua castellana), ed. Trotta, Madrid, 2000.

muy grandes, unas demandas todavía más exigentes que en el pasado²⁶ lo que induce a explorar nuevas formas de actividad y nuevas vías de legitimidad.

Es en este contexto donde la transparencia adquiere toda su centralidad. La transparencia entendida de manera fuerte, más allá de la publicidad de las decisiones – ley, reglamento, acto, contrato o convenio – o del acceso a los expedientes administrativos, entendida como publicidad y apertura de los procesos estatales en la toma de decisiones, tanto en cuanto a los actores que han participado como a los hechos, argumentos y criterios que se han utilizado. La transparencia no sirve sólo a los derechos de defensa de los particulares sino que cumple otros cometidos propios de la democracia, garantiza los principios republicanos²⁷.

Este trabajo examina como el principio de transparencia se refleja en el régimen de los diversos instrumentos mediante los que se implementa la regulación económica, en su relevancia en el procedimiento de toma de decisiones y muy especialmente en su impacto en el diseño institucional de las organizaciones propias de esta función, las autoridades independientes de regulación.

La transparencia, como principio rector del quehacer de las autoridades independientes de regulación se inscribe así directamente en la perspectiva de completar la legitimidad democrática en su concepción tradicional basada en el principio electivo-representativo. Un principio de publicidad que adquiere mayor relevancia si tomamos en consideración dos aspectos del contexto actual; en primer lugar la creciente complejidad y el carácter controvertido de las cuestiones objeto de la regulación económica y en segundo lugar, el aumento de los requerimientos de distanciamiento de las posiciones partidistas y de los intereses particulares. Si bien ello refuerza las exigencias de imparcialidad y de objetividad, no puede tampoco ignorarse que ello requiere también la toma en consideración de las expresiones plurales y diversas de la sociedad. El proceso de determinación del interés general requiere la participación de los ciudadanos, de los distintos actores en un proceso abierto que garantice que los distintos argumentos, opiniones y hechos se presenten de manera comprensible para permitir la

²⁶ P. Rosanvallon: *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, ed. du Seuil, Paris, 2008.

²⁷ K.P. Sommermann: “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho”, en R. García Macho (ed.): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010

formación de una opinión pública capaz de dirigir y controlar el proceso público de toma de decisiones.

3. Le emergencia de nuevas formas de organización sustraidas de la dirección gubernamental: las autoridades independientes de regulación, la pluralización (o diversificación) de las condiciones de expresión y determinación del interés general

Las autoridades administrativas independientes o autoridades de regulación independientes (en adelante AIR) forman parte ya asentada del paisaje institucional en nuestro país y en los de nuestro entorno. Sin embargo, dejando de lado ahora otras experiencias comparadas específicas, tanto en el caso de España como en el de otros países europeos, su surgimiento, y en todo caso su extensión y consolidación, podemos decir que ha sido relativamente reciente. Y como relativamente reciente ha sido el fenómeno, la onda expansiva de algunos elementos constitutivos del debate a que dio lugar su presencia todavía está presente – y en parte incluso podríamos decir que está por resolver –, claro está, modulada por las transformaciones que acompañan siempre a cualquier evolución de las instituciones.

Un elemento principal de debate y de cuestionamiento de estas instituciones fue el de su encaje institucional, el de su dudosa o peculiar posición – derivada del elemento clave de su independencia – en la arquitectura de poderes. Ciertamente no se ha podido nunca, ni se puede ahora tampoco, hablar de un tipo uniforme de institución. Uno de los rasgos que ha caracterizado su proceso de surgimiento y expansión ha sido el de su pluralidad y diversidad, fenómeno que ha supuesto y supone un factor de preocupación²⁸. Sin embargo, hay algunos rasgos de los que no se puede cuestionar su presencia en todo caso, tanto en los ámbitos de protección de los derechos fundamentales como en los de regulación económica. Uno de ellos es precisamente el dato de la independencia. Si de lo que se trata es de obtener un funcionamiento de una institución que sea independiente, y si de lo que se trata es de rodear a tales entidades de unas garantías que justamente han de ir dirigidas a proteger esa independencia como elemento definidor,

²⁸ En Francia, uno de los países donde más se ha escrito sobre la figura de las AIR desde los años 80, se ha expresado así la heterogeneidad como una debilidad de la experiencia en el ámbito de las AIR, de modo que se destaca la necesidad de “maîtriser sa diversité institutionnelle”, J. L. Autin: “La rationalisation du système des AAI”, *Regards sur l'actualité, La Documentation française*, núm. 330, 2007, 31.

no es extraño que el problema del encaje institucional pasara desde el inicio a un primer plano de preocupaciones, ya que esa independencia, por más que nunca pueda resultar, obviamente, absoluta, pasa por un debilitamiento notable y efectivo de los mecanismos de conexión con el Gobierno, como mínimo. De ahí que el debate sobre la legitimidad de la presencia de estas instituciones fuera expresado desde el primer momento como un problema de encaje institucional²⁹ y por tanto también de constitucionalidad: su compatibilidad en el caso de España con el art. 97 CE o la necesidad de que el texto constitucional incluyera explícitamente su presencia.

Ni tal debate acabó con la renuncia a seguir utilizando la figura de las AIR, como es obvio, ni se acabó por constitucionalizar la figura, al menos de manera generalizada. Es cierto que en algunos casos de Derecho comparado esto último sucedió, como el de Portugal³⁰; y es cierto también que en determinados instrumentos normativos, tanto supranacionales³¹ como autonómicos³² se ha establecido la presencia de algunas de dichas instituciones, siendo éste uno de los rasgos que seguramente ha caracterizado la evolución de las mismas durante los últimos años, ya en una fase avanzada, pues, del proceso. Pero no ha sido ése el camino seguido para consolidar de manera plena el fenómeno. Más bien, podríamos decir en este sentido que el debate ha permanecido latente y por resolver; pero que esa resolución no se espera que se traduzca en una medida en el plano constituyente o en cualquier otro plano que pretenda zanjar el tema o dotarle de una certeza indubitada.

El camino que han seguido los hechos y su interpretación doctrinal de acuerdo con los cambios normativos ha sido otro. El foco de atención pasa a situarse de un plano estático o de encaje en la división de poderes, a un

²⁹ Una exposición sobre cómo se ha ido presentando el problema de la irrupción de las AIR en relación con la crisis de la trilogía clásica de poderes y su relativización en torno a la idea de la pervivencia de la separación de poderes y del equilibrio entre contrapoderes en este caso orientado a limitar el poder gubernamental, en A. Rallo Lombarte: *La constitucionalidad de las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 2002, 223-226.

³⁰ Mediante la adición de un apartado tercero al art. 267 de la Constitución de 1976, que establece que la ley puede crear “entidades administrativas independientes”, por Ley Constitucional 1/1997, de 20 de septiembre.

³¹ Caso del art. 8.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que exige que el respeto de las normas relativas a protección de datos de carácter personal esté sujeto al control de una “autoridad independiente”.

³² Caso del art. 31 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que establece que una “autoridad independiente”, designada por el Parlamento, debe velar por el respeto de los derechos de protección de datos de carácter personal; así como del art. 82, que establece el Consell de l’Audiovisual de Catalunya como “autoridad reguladora independiente en el ámbito de la comunicación audiovisual pública y privada”.

debate dinámico, mucho más matizado y difuso (en sus contenidos y en su proyección en el tiempo) sobre las funciones que están en la raíz de su surgimiento. Este enfoque ha estado presente desde el principio. En uno de los primeros estudios doctrinales franceses se destacaba “la emergencia de una función original” y a continuación, se enunciaba: “de la función al órgano”³³.

Sin embargo, siendo cierto que desde el principio ha estado presente esta perspectiva, seguramente ésta no explota todo su potencial hasta que la evolución temporal introduce más variantes en las justificaciones coyunturales que iban a menudo asociadas al surgimiento de las AIR, como la necesidad de separación entre regulador y operador. La permanencia en el tiempo ha obligado a reforzar y a la vez ha ayudado a matizar el arsenal de argumentos que giran en torno a la peculiaridad de las funciones de las AIR para hacerlas perennes y, lo que seguramente es más importante, ha obligado también a profundizar en el sistema de controles y garantías para situarlas de nuevo a la altura de las exigencias de un poder legítimo en el siglo XXI.

De modo que el transcurso del tiempo ha permitido constatar y reforzar la necesaria conexión de los siguientes cuatro niveles: un peculiar tipo de funciones; una respuesta organizativa adaptada a ese tipo particular de funciones, un modo particular de decidir sobre el interés general – de expresarlo y determinarlo – y finalmente la necesidad de controles efectivos adaptados a esa especificidad. Sólo en la medida en que los tres primeros han ido avanzando y conociendo nuevos escenarios será posible también la conciencia clara sobre el cuarto, que, sin embargo, es decisivo y sobre el cual se proyectan todavía hoy importantes dudas.

Brevemente podemos ensayar una caracterización básica de esos cuatro niveles:

Una función peculiar y relativamente nueva (1), que podemos asociar a la función de la *regulación*. Es muy relevante la caracterización precisa de esta función, ya que de ella derivarán todos los condicionantes del régimen jurídico de las AIR. De todos los elementos presentes en ella, debemos ahora hacer notar uno, en tanto entronca directamente con su legitimación: mediante la actuación de las AIR, se trata de garantizar un equilibrio que el legislador ya ha prefigurado, pero que se debe asegurar en función de las circunstancias concretas, de modo que es necesaria la actuación de una autoridad que tenga la neutralidad y el saber necesarios para hallar en cada caso la solución que sea coherente con la configuración de intereses que el legislador ha diseñado: más que definir un interés público específico, se trata

³³ M. J. Guédon: *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, Paris, 1991, 20-27.

de aplicar e interpretar la normativa en un sistema complejo que exige una distancia en relación con los actores políticos y particulares interesados³⁴. Es por ello que la discrecionalidad técnica siempre se ha hallado en el centro de las reflexiones sobre la legitimidad y operatividad de estas instituciones³⁵, de las que se ha dicho precisamente que son una respuesta organizativa a dicho tipo de discrecionalidad³⁶. Y tal planteamiento sería precisamente el que finalmente ha permitido salvar en la doctrina de un modo claro la constitucionalidad de las AIR: su discrecionalidad no es *configuradora*, de modo que ejerzan facultades discrecionales decisorias en la definición de políticas, sino que su sentido es el de aplicar, interpretar y garantizar conjuntos normativos de notable indeterminación en muchos de sus componentes asegurando su adaptación a la realidad³⁷. La actividad aplicativa e interpretativa de la normativa existente se sitúa en el núcleo del juicio sobre la necesaria independencia y objetividad de estas autoridades³⁸.

Una respuesta organizativa adaptada (2), que encuentra su dato clave en la independencia, funcional y orgánica, y por tanto en la cristalización de un tipo de autoridad que, aunque presente bajo muy diversos y heterogéneos términos, presenta esta característica de indudable idiosincrasia. Una independencia que la jurisprudencia del TJUE está perfilando técnicamente en todas sus dimensiones y con toda exigencia para garantizar las libertades comunitarias³⁹.

Una manera peculiar de proceder (3), de decidir sobre el interés gene-

³⁴ *Vid.* sobre la importancia que presenta la perspectiva de distinción entre la intermediación primaria (definición de los intereses) y la secundaria, la propia de las AIR, de las autoridades “garantes”, la de vigilancia, garantía, sanción, en P. Lazzara: “Discrezionalità tecnica ed autorità indipendente”, en F. Francario (a cura di): *Diritto, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di Studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Giuffrè, Milán, 2003, 135-136.

³⁵ Una muestra de ello en Italia la da el estudio de P. Lazzara: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002, con un completo análisis de la discrecionalidad técnica (107-306).

³⁶ E. Malaret: “La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)”, *REDA*, núm. 76, 1992, 559 y 560.

³⁷ M. Magide Herrero: *Límites constitucionales de las Administraciones...* *op. cit.*, por ejemplo de manera sintética en las 312-313.

³⁸ Como podemos observar en la STJUE 9 marzo 2010 (C-518/07) relativa a las autoridades de protección de datos de Alemania, entre otros, en el &34.

³⁹ Como hemos comprobado con la STJUE 16 octubre 2012 (C-614/2010), sobre la autoridad de control en materia de protección de datos personales en Austria, en la que se extraen todas las consecuencias de las exigencias de la independencia, no ya funcional, que se declara que no es suficiente, sino en términos organizativos y personales para evitar cualquier influencia indirecta (& 42-66).

ral, de determinarlo y de expresarlo, en la que se dan cita factores diversos pero encadenados: la argumentación, la convicción, la persuasión, el acuerdo, el consejo, la colegialidad y la especialidad técnica y el saber profesional, así como la legitimidad a través de los procedimientos, de la actividad procedimentalizada⁴⁰. Todo lo cual se puede condensar con la idea de la búsqueda de un modo de proceder que garantice la adecuada calidad en la regulación del sector correspondiente, que es lo que puede definir de un modo más perenne las AIR más allá de la coyuntura y de su variada tipología: es esta calidad del servicio a bienes constitucionales la que justifica su legitimidad, más que la propia justificación del servicio a tales bienes, como desde hace tiempo se destacó⁴¹.

Unos controles efectivos y adaptados a esta realidad (4), articulados básicamente en torno a la publicidad, la motivación, la transparencia y la rendición de cuentas, la responsabilidad, como elementos autónomos de potenciación de tales controles que suplan los espacios perdidos por el debilitamiento del poder gubernamental. Porque, en efecto, aunque se acepte que tal limitación se justifique por la ausencia de poder de definir políticas por parte de las AIR no se puede dudar de los importantes espacios de poder que continúan existiendo y que además se han ido extendiendo con la proliferación de las AIR. Tales controles deben además complementar y por qué no facilitar los espacios propios e insuficientes por sí mismos del control jurisdiccional. Frente a una misión de garantizar la calidad en el sector por parte de las AIR, estos controles deben también asegurar esa exigencia de la calidad que las legitima en su configuración diferente.

No es extraño que se puedan detectar insuficiencias en el nivel que se pudiera considerar exigible en la efectividad de estos controles⁴².

Uno de ellos, la motivación, constituye un requisito arraigado en nuestra tradicional codificación del procedimiento administrativo común. Otra cosa en cambio debe decirse, como es palmario, de su efectiva y real prác-

⁴⁰ Para una visión de la coherencia interna entre tales factores: E. Malaret I Garcia: "Autoridades independientes y justicia administrativa", en M.J. Montoro Chiner (coord.): *La Justicia Administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, 747-759. Vid. también J. Tornos Mas: *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons-CAC, Madrid-Barcelona, 1999, 78.

⁴¹ Vid. A. Betancor Rodríguez: *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, 221-222.

⁴² Se ha destacado en un estudio de síntesis sobre diversos países cómo es objeto de crítica el limitado sistema de controles políticos y además el control limitado que en la práctica se produce en aplicación de las previsiones legales: M. Salvador Martínez: *Autoridades independientes*, Ariel, Barcelona, 2002, 381.

tica y exigencia administrativa y jurisdiccional, lo cual ha obligado de alguna manera a reivindicar la aplicación real de un precepto como el art. 54.2 LRJPAC a los procedimientos selectivos a los que tradicionalmente se aplica la categoría de la discrecionalidad técnica⁴³. Incluyendo pues, en esta faceta efectiva, a este control, podemos ver fácilmente que todos ellos son controles que remiten a un esquema de garantías externas en cierto modo al circuito político-administrativo, que en el fondo no dejan de ser ajenas en su raíz (aunque no por eso deba ser inviable el intento de su aplicación) a las características de un sistema de matriz jerárquica y ministerial, que hace pivotar todo su sistema de controles constitucionales en torno a poderes individuales de decisión, una dosis importante de secreto oficial, un control jerárquico (contrapuesto a la ausencia preceptiva de instrucciones, que ya es una característica originaria de las AIR) y una responsabilidad política del Gobierno (notablemente amputada precisamente en el caso de las AIR). Todo ello frente a un sistema de controles que hemos denominado externos, como la preponderancia de las decisiones colegiadas, la transparencia administrativa y la libertad de prensa, la responsabilidad individual y el papel primordial del Ombudsman, característico de un sistema tan ajeno a nuestra tradición como el escandinavo⁴⁴.

En cualquier caso es sintomático que la presencia más visible y reforzada de estos controles, que no por ello dejan de tener un margen muy importante de mejora⁴⁵, haya venido de la mano de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, reforma legal que trata de establecer por primera vez unos aspectos de régimen jurídico horizontal a algunas de las AIR (la CMT, la CNE, la CNSP y en parte la CNC) – con trascendencia en este caso en el ámbito de la prestación de servicios – llamados ahora *organismos reguladores*, pero que se integrarían nítidamente en el grupo de las AIR, cuyas características de independencia se asumen, como señala el Preámbulo (apartado III). Aunque cabe plantearse si así se viene a plantear una categoría específica en un ámbito más acotado⁴⁶.

⁴³ J. Igartua Salaverría: *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 137-145.

⁴⁴ Al respecto continúa siendo de referencia el texto de J. Ziller: “Les modèles européens d’administration: retour vers le futur?”, IISA, Bolonia, 2000.

⁴⁵ Vid. una valoración al respecto de los avances e insuficiencias en E. Vígala Foruria: “Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible”, *REDC*, nº 94, 2012, 99-104.

⁴⁶ Vid. en este sentido A. Eizmendi Amayuelas: “Últimas tendencias de la administración independiente española”, *RVAP*, núm. 91, 2011, 156; aunque se plantea también que parece lo más probable que las próximas que puedan existir en ese ámbito más acotado ya pue-

autoridades independientes de regulación y transparencia

Más allá de ello, esa presencia ahora más sistemática y visible de garantías vinculadas a la transparencia, a la publicidad y a la rendición de cuentas, a las que podríamos añadir las de cooperación, transcurre paralela a la afirmación clara de la independencia que en algún caso, como el de la CNE, supone reforzar su anterior situación notoriamente más limitada.

Todo lo cual nos conduce a un escenario de búsqueda de un nuevo equilibrio en la posición y actuación de las AIR en el actual complejo marco institucional.

4. Las Administraciones independientes reguladoras (AIR): más allá de la reglamentación, una tipología con funciones y potestades muy heterogéneas, adecuada para aplicar la ley en un entorno complejo

Si bien no todas las Administraciones Independientes son Autoridades⁴⁷ de Regulación, la tipología de poderes atribuidos por el legislador y su peculiar posición institucional – común – en la arquitectura constitucional los poderes públicos aconseja una breve reflexión de carácter unitario puesto que los requerimientos relativos a la aplicación de los principios de publicidad y transparencia no presentan diferencias significativas en este nivel.

A partir de la creación del Consejo de Seguridad Nuclear (1980), el legislador español ha ido creando organismos dotados de personalidad jurídica propia, situados en una posición peculiar, de relativa independencia respecto al Gobierno. La doctrina ha recurrido generalmente a la noción francesa de Administraciones independientes para caracterizarlas, enfatizando los dos elementos que parecen esenciales, forman parte del poder ejecutivo, pues tienen una naturaleza inequívocamente administrativa y en cambio se ubican al margen del poder de dirección – y tutela – del Gobierno. Los cometidos y funciones son diversos si bien pueden señalarse algunos grandes conjuntos de tareas y en algunos supuestos se da una combinación o superposición de misiones que permite que la misma organización encaje en distintos bloques a la vez: i) protección de derechos fundamentales⁴⁸; ii) regu-

dan seguir un régimen jurídico distinto, sin perjuicio de entender que la regulación de la LES pueda suponer un modelo de ordenación: 176-177.

⁴⁷ La justificación de la utilización del concepto de Autoridad en E. Malaret: “Autoridades Independientes y justicia administrativa...”, *op. cit.*

⁴⁸ Agencias de Protección de Datos (AEPD, ACPD, AVPD), Consejos del Audiovisual

lación económica – de un sector⁴⁹–;iii) supervisión financiera⁵⁰ ; iv) garantía de la competencia⁵¹; v) contribución a la formulación y ejecución de la política monetaria europea⁵².

Y finalmente las atribuciones conferidas no siempre tienen carácter resolutorio, esto es el organismo en cuestión en algunos casos no tiene la potestad de adoptar la decisión; el supuesto más característico es el del Consejo de Seguridad Nuclear. Pero, en cambio es común a todos los organismos la capacidad de presentar Informes sobre las cuestiones objeto de su competencia, todos realizan actividades de recogida de información, análisis, procesamiento y tratamiento de los datos para posteriormente presentarla de manera articulada a la opinión pública, ya sea mediante el cauce de su presentación al Parlamento o su remisión al Gobierno en el marco de procedimientos complejos o bien, directamente, publicándola en la correspondiente web. La relevancia de este rasgo nos llevará a retomar esta cuestión más adelante.

Es útil retener la heterogeneidad de funciones pero esta cuestión no será objeto de atención en este trabajo ya que de acuerdo con el objeto delimitado anteriormente nos concentramos especialmente en aquellas Autoridades Independientes que desarrollan funciones de regulación económica puesto que entendemos que precisamente la misión encomendada – la regulación sectorial – y la tipología de potestades atribuidas – muy amplias y heterogéneas – las convierten en un campo especialmente idóneo para examinar las transformaciones de los poderes públicos en el contexto actual y las nuevas exigencias que se plantean desde la perspectiva de la garantía de los postulados del estado social y democrático de derecho que la constitu-

(Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Consejo del Audiovisual de Andalucía y el no nato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales), las posibles instituciones que se creen tanto en el ámbito estatal como autonómico para garantizar el acceso a la información pública y la transparencia y los Consejos de Gobierno de los medios audiovisuales públicos (CRTVE, Corporación Catalana de Medios Audiovisuales,...). Y quizás el CSN.

⁴⁹ Telecomunicaciones – o más rigurosamente, comunicaciones electrónicas – (CMT), energía (CNE), postal (CNSP), audiovisual (CAC, CAA, CEMA) y también podríamos referirnos los sectores de juegos de azar y de transportes e infraestructuras – ferroviario (Comité de regulación ferroviaria), aéreo (Comisión de regulación económica aeroportuaria) –, la mayoría de ellos desaparecidos a partir del momento de la creación de la CNMC.

⁵⁰ Entidades financieras (Banco de España), mercados de valores (Comisión Nacional del Mercado de Valores).

⁵¹ Tanto en el nivel de las competencias del Estado (Comisión Nacional de la Competencia) como de las CCAA (Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia, Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, por ejemplo).

⁵² Banco de España que forma parte del sistema europeo de bancos centrales.

ción sanciona. Esta delimitación no será óbice para que en determinados supuestos hagamos alguna referencia, a título meramente ilustrativo, al derecho o a la práctica de otras Autoridades Independientes.

Hasta hace poco, la creación de las Autoridades independientes de regulación había supuesto la progresiva concentración de todos los poderes de regulación en estas instituciones⁵³; obviamente un proceso ordenado por el legislador y por lo tanto las funciones y poderes se encontraban delimitados por la ley, que en determinados supuestos contemplaba también la habilitación al gobierno del ejercicio de la potestad reglamentaria y en consecuencia la potestad normativa de la AAI – en el supuesto de que le atribuyera – queda fuertemente delimitada⁵⁴. Precisamente este cúmulo de potestades de distinta orden y alcance constituye una de las características de estas instituciones.

Esta tendencia se ha visto recientemente alterada por la Ley de creación de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante LCNMC) que ha procedido a una importante regubernamentalización de una parte significativa de las competencias, especialmente de aquellos poderes de regulación que se ejercían *ex ante*⁵⁵, con la salvedad de algunas potestades en el sector de las comunicaciones electrónicas⁵⁶. No es esta la única y más importante novedad que presenta el nuevo marco legal de los “sectores regulados”⁵⁷ y la competencia pues el cambio más estridente estriba en la concentración en un único organismo de todos las potestades relativas a los sectores y, paralelamente, la atribución a este mismo organismo de aquellos poderes destinados a garantizar la competencia con

⁵³ No es posible ahora retomar todo el conjunto de razones y argumentos que se han aducido para justificar la creación de las AIR, vid. los autores citados en las notas iniciales, la síntesis efectuada por E. Virgala Foruria: *La Constitución y las comisiones reguladoras independientes...*, *op. cit.* y las aportaciones recogidas en el número monográfico de la *RFAP*, núm 143, 2012, “L’indépendance des autorités de régulation économique et financière: une approche comparée”.

⁵⁴ La atribución de potestad normativa – derivada – ha sido objeto de discusión teórica pero ha sido indirectamente admitida por el TC y el TS; dado que E. Virgala Foruria ha sido el último autor en tratar esta cuestión, me remito a toda la bibliografía citada por él, vid. *La Constitución y las comisiones reguladoras independientes...*, *op. cit.*, 232-234.

⁵⁵ Vid. la contribución en este mismo libro de M. Bacigalupo sobre la CNMC.

⁵⁶ Artículo 6.1,2 y 3 Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

⁵⁷ En coherencia con la limitación de competencias, la noción de regulación desaparece casi prácticamente del texto de la Ley 3/2013 y en su lugar irrumpe con fuerza en la caracterización de las atribuciones la noción de supervisión, aunque este control se denomine – para caracterizarlo frente a la garantía de la competencia – como “supervisión regulatoria” (!!!), artículo 18.1 de la Ley 3/2013.

carácter general u horizontal. Esta concentración ha sido fuertemente cuestionada, tanto por la doctrina jurídica especializada como por la literatura económica⁵⁸. “En el nuevo y controvertido diseño de la CNMC, la comisión tiene competencias de supervisión en mercados completamente desaparecidos, y pierde competencias sobre regulación en favor de los ministerios”⁵⁹.

En la actualidad una parte importante de la doctrina española tiende a asociar la regulación económica con la emergencia de las autoridades independiente de regulación y a asociar a las autoridades independientes de regulación con la transformación del papel del estado en la economía; si bien a veces estos cambios se focalizan excesivamente en la idea de que el estado ha dejado de ser un gestor o proveedor de servicios públicos y debería concentrarse en sus funciones de regulación sin avanzar que supone efectivamente el cambio de perspectiva – más allá de la desmonopolización de los servicios públicos económicos⁶⁰. Emerge el estado regulador como ha sintetizado MAJONE⁶¹. Algunos autores caracterizan la función de regulación enfatizando la garantía de la competencia en detrimento de la protección del derecho de acceso de los consumidores y usuarios y otros limitan la novedad a la vertiente organizativa y más en concreto identifican lo nuevo en el dato de la neutralidad y la independencia del gobierno que se vincula a la misma. Desde esta perspectiva no se analiza la tipología y heterogeneidad de poderes asignados, las potestades se toman en consideración desde una visión reduccionista de cómo inciden o como limitan de derechos económicos de las empresas – de propiedad o libertad de empresa, de libertad de contratar – y minusvalorando la necesidad de garantizar los derechos los ciudadanos a acceder con igualdad, regularidad y calidad a los servicios que satisfacen necesidades esenciales para la vida en sociedad y para la integra-

⁵⁸ Su único soporte es un Informe muy “ligero” realizado por la empresa consultora PWC por encargo de uno de los grandes operadores de comunicaciones electrónicas, Telefónica de España, Madrid, 14 de febrero de 2012.

⁵⁹ Como señalan tres profesores de economía A. Cabrales, G. Llobet Codina y J.J. Ganuza Fernández: “Superregulador: ¿expertos independientes?”, *El País*, 12 de septiembre de 2013.

⁶⁰ *Vid.* por todos, G. Ariño y J.L. Martínez López-Muñoz: “La regulación económica en España” en G. Ariño, J.L. Martínez López-Muñoz, J.M. De La Cuetara: *El nuevo servicio público*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁶¹ *Vid.* especialmente su trabajo seminal con A. La Espina: “Lo stato regolatore”, *R. Trim. Scienza Amm.*, núm. 3, 1991. Algunos autores influenciados por la doctrina alemana que, como es bien conocido, es ajena a la conceptualización jurídica del servicio público, y es deudora, en cambio de toda la construcción posterior a la Ley Fundamental que ha construido el derecho público sobre la preeminencia de los derechos fundamentales, prefieren utilizar la noción de “Estado garante” directamente vinculada a esta teorización.

ción económica de todo el territorio nacional. Esta visión reduccionista es deudora de las teorías económicas del *public choice* y de las expectativas racionales. La relevancia de esta concepción explica quizás la escasa presencia de los derechos de los usuarios en el modelo español de reglamentación de los servicios en red y en consonancia con este aspecto, las débiles atribuciones de las AIR relativas a la garantía de estos derechos.

En esta dirección, la Ley de Economía Sostenible (en adelante LES)⁶² caracteriza la función de regulación económica mediante la delimitación del objeto de actuación de los Organismos reguladores contemplados⁶³ – CNE, CMT, CNSP – y que ahora desaparecen al crearse la CNMC y atribuírsele a dicho organismo parte de sus competencias⁶⁴. Se trata de “velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y *transparencia* en el funcionamiento de los sectores regulados”. Nótese la referencia expresa a la dualidad de fines que caracteriza la regulación económica frente a otro tipo de tareas estatales, garantizar la competencia y la prestación de servicios de calidad atendiendo al conjunto del territorio nacional y de los usuarios; dualidad de fines que hay que tomar en consideración en un contexto necesariamente sectorial pero sin olvidar que precisamente si estos sectores deben ser regulados es por su carácter estratégico, por la relevancia que estos servicios tienen para el interés general. Y finalmente, de nuevo, debe insistirse sobre la relevancia de los fines⁶⁵ para caracterizar una tarea pública que adopta una panoplia de instrumentos que van más allá de la determinación del marco legal o reglamentación.

⁶² Sorprendentemente y apartándose de las tendencias presentes en los países de la Unión Europea, la LCNMC parece ignorar los cambios en las funciones del estado en la economía originados en los periodos anteriores, la liberalización, la privatización y la introducción de competencia en distintos sectores y opta por una configuración de las potestades del nuevo organismo muy limitadas y aparentemente sólo orientadas a la supervisión, por ello evita en todo momento el recurso a la noción de regulación.

⁶³ Por las circunstancias enunciadas muy escuetamente en la nota anterior y que ahora no podemos desarrollar, entendemos que la modificación del derecho positivo que supone la promulgación de la LCNMC no tiene trascendencia teórica y por ello sólo tomaremos en consideración esta nueva disposición legal de manera limitada, pues, aparentemente sólo responde a necesidades de reducir al máximo el gasto público y no toma en consideración criterios de eficacia ni eficiencia en el ejercicio de las tareas estatales.

⁶⁴ De hecho el único argumento al que se ha apelado de manera expresa y reiterada es el de ahorro de costes, derivado de la supresión de estructuras y puestos de trabajo que la medida debería suponer, vid. la exposición de motivos de la LCNMC.

Entendemos que para delimitar correctamente el papel del principio de transparencia en el ejercicio de la tarea pública de regulación económica es preciso recordar, aunque sea muy brevemente, el abanico de potestades asignadas a las Autoridades independientes de regulación. Unos poderes que generalmente suponen la posibilidad de reglamentar, de aplicar o garantizar la reglamentación y también de resolver controversias entre operadores, por ello se dice que participan en el ejercicio de los tres poderes del estado. Esto es: i) el ejercicio de la potestad normativa – necesariamente derivada y muy delimitada – mediante la promulgación de Instrucciones o Circulares de obbligo cumplimiento (que tienen una capacidad innovadora muy escasa pero que en cambio suministran certeza y seguridad al precisar los conceptos, los términos, las condiciones y los procedimientos) y mediante un instrumento más “leve”, las recomendaciones, que carece de fuerza obligatoria para los operadores pero que obviamente vinculan a la propia Autoridad administrativa cuando deba aplicar a un caso concreto la reglamentación vigente; ii) la potestad de otorgar licencias – revisar, modificar y revocar en su caso-, de inscribir en registros, de imponer obligaciones especiales, de determinar las condiciones en materia de precios o de acceso al servicio; iii) los poderes de supervisión y control – inspección, dictar órdenes de ejecución e imposición de sanciones –; iv) resolver conflictos entre operadores y, en su caso, entre operadores y usuarios, mediante distintos procedimientos (a veces se utiliza de manera un tanto ambigua la noción de arbitraje)⁶⁶.

La existencia de este amplio abanico de potestades y la relevancia de los ámbitos en los que intervienen, sectores fundamentales para el desarrollo económico y social justifican el análisis específico de este sector del ordenamiento jurídico. Como veremos, la significación de la regulación económica como nueva tarea pública, como nueva forma de actividad administrativa, la especificidad de los cometidos asignados a las Autoridades independientes de regulación y su relevancia práctica conforman un conjunto de elementos que convierten este sector como una referencia básica para analizar y calibrar el impacto de la transparencia en la organización y el quehacer de las administraciones públicas.

La creciente diversificación de las funciones públicas, la creación de

⁶⁵ En otros trabajos ya hemos analizado la importancia de los fines para caracterizar las formas de intervención del estado y la necesidad de desplazar el centro de atención de los medios utilizados y como éstos inciden sobre los particulares, E. Malaret: “Administración Pública y regulación económica”, *op. cit.*

⁶⁶ La Ley 3/2013, de creación de la CNMC establece de manera expresa la atribución de la potestad de resolución de conflictos, la resolución que se dicte será vinculante para las partes (art.12), pero mantiene la idea del arbitraje como algo distinto (art. 20)”.

autoridades independientes de regulación y transparencia

una heterogeneidad de organizaciones para adecuar el desempeño de funciones públicas a la complejidad de los entornos conduce a explorar nuevas formas de legitimidad. Más allá de la concepción clásica de la legitimidad democrática de las administraciones públicas, construida sobre el modelo tradicional de los departamentos ministeriales⁶⁷ y la estructura jerarquizada, deben construirse nuevas formas, deben explorarse nuevas vías de legitimación⁶⁸.

Así mismo, es preciso diferenciar entre la legitimidad organizativa y personal y la legitimidad material o de fondo. En la primera, que es la que aparece directamente contemplada en la concepción típica de la cadena de legitimidad entre el pueblo soberano que se expresa a través de las elecciones y el titular del órgano que ejerce cualquier función decisoria, en esta visión lo esencial es la persona – su nombramiento – y la función – atribuida por el legislador –. En cambio, en la segunda dos aspectos estrechamente entrelazados son relevantes, la subordinación de la decisión a la ley, la vinculación del poder público al legislador y consecuentemente la responsabilidad ante el legislador.

Es en este contexto cuando la eficacia, la transparencia y la rendición de cuentas, valores constitucionales propios del estado social y democrático de derecho adquieren toda su relevancia y constituyen a la vez el fundamento de nuevas reglas y procedimientos. Pero, para que estos principios se traduzcan de manera eficaz y respondan adecuadamente a los requerimientos constitucionales el legislador debe concretar los procedimientos y las reglas adaptándolas a los distintos entornos institucionales.

5. La transparencia como principio estructural: su fortalecimiento progresivo

1) En el origen de las AIR, la transparencia como forma de regulación: la regulación a la plena luz del sol o “*sunshine regulation*”

Desde los inicios de la regulación económica en EEUU – entendida como intervención de los poderes públicos en la economía con la finalidad de garantizar los derechos de los consumidores en sectores monopolísticos

⁶⁷ R. Wiedemann: “Les autorités administratives indépendantes et la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle fédérale sur la légitimation démocratique”, G. Marcou, J. Masing (dirs.): *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit.

⁶⁸ Vid. Rosanvallon *La légitimité démocratique... op. cit.*; M. Lombard: “Institutions de régulation économique et démocratie politique”, *AJDA*, 2005; G. Eckert: “L’indépendance des autorités de régulation économique à l’égard du pouvoir politique”, *RFAP*, núm. 143, 2012.

– podemos encontrar supuestos que presentan perfiles institucionales un tanto diversos a la imagen de la autoridades de regulación contemporáneas. Las primeras Comisiones *ad hoc*, carecían de poderes coercitivos, el control se realizaba mediante mecanismos basados en la recogida de información, su tratamiento y el posterior suministro al público en general. Las Comisiones funcionaban como un potente vector de control social.

Una forma de regulación que encuentra su fuente de poder o mejor de influencia en la información y en la publicidad. Quizás en la actualidad esta forma de proceder pueda no causar extrañeza si tenemos en cuenta que precisamente uno de los fundamentos de la regulación económica estriba en las asimetrías informativas analizadas por STIGLITZ. Cuando el mercado no garantiza que la información se coordine de manera correcta, cuando el mero juego del mercado no permite que se distribuya de manera adecuada entonces, ante este “fallo del mercado” estaría justificada la intervención coercitiva del estado.

El supuesto más antiguo de regulación fundada única y exclusivamente en la transparencia nace en un contexto muy determinado. En el último cuarto del siglo XIX, las críticas de los granjeros de la pradera a los precios de transporte del ferrocarril – en situación de monopolio – encontraron eco y se procedió a la creación del Consejo de comisarios de los ferrocarriles de Massachusetts (1869). Quizás porque su primer presidente fue un reconocido periodista (ADAMS) su método de intervención, que no estaba predeterminado por el legislador, consistió en recopilar toda la información disponible acerca de los costes en los que incurrían las empresas ferroviarias y luego comparar estos costes con los precios con los que operaban. La publicación de estos informes en la prensa local generó tal revuelo que las empresas se vieron obligadas a redefinir sus estrategias y a reformular sus tarifas. Estos informes sobre la formación de los precios en el ferrocarril constituyen la primera experiencia de regulación mediante la transparencia, también denominada regulación bajo la plena luz del sol – *sunshine regulation*⁶⁹ – o también calificada desde otra perspectiva “*régulation comme magistère*”⁷⁰. Una intervención basada en la presentación pública de las posiciones – y los datos y razones que considera – por parte del organismo regulador.

Es cierto que se requieren determinadas condiciones sociales, económicas y culturales para que el modelo cumpla su cometido y no puede desconocerse que un factor esencial del contexto es el vigor de la libertad de

⁶⁹ Esta imagen posteriormente ha sido retomada con fuerza en *The Government in the Sunshine Act* (1976).

⁷⁰ C. Henry: *Concurrence et services publics dans l'Union Européenne*, ed. PUF, Paris, 202.

prensa, la independencia de los medios de los intereses comerciales y un público constituido por ciudadanos formados; en definitiva condiciones propias para que el debate sea vigoroso. Unas circunstancias que en la actualidad son necesarias para que la responsabilidad social de las empresas cumpla también su cometido.

Otro modelo de *regulación por la transparencia* es mucho más reciente pues atañe a la forma de actuar de la primera autoridad sueca de las telecomunicaciones. La metodología es la misma y no debe sorprender que se produzca en un entorno institucional como el de este país nórdico caracterizado por ser el país líder en el proceso de apertura y transparencia, tanto por la antigüedad de su legislación sobre el derecho de acceso y publicación de los documentos administrativos (1766)⁷¹ como por la amplitud del principio de publicidad y por la relevancia de una institución como el Ombudsman, creado precisamente en Suecia. Si algo caracteriza precisamente el modelo de este tipo de organismos es que carecen de poderes coercitivos en su tarea de control de la Administración pero en cambio fundan su capacidad de corrección de las malas prácticas administrativas en su facultad de informar a la opinión pública; la presentación de los informes en el Parlamento y la identificación pública de los responsables es su principal fuente de poder. Siguiendo este modelo basado en el suministro de información a los ciudadanos intervenía la agencia que en sus inicios aseguraba la regulación de las telecomunicaciones y los correos. La agencia, dotada de una fuerte independencia pues su director general era nombrado por un período de seis años y ningún ministro ni otro cargo público podían intervenir en sus decisiones – separada del gobierno y estructurada según el modelo propio de agencias que caracteriza a la administración sueca –⁷² carecía de poderes decisorios en ámbitos muy relevantes. ¿Cómo intervenía? Podía investigar, emitir informes y hacerlos conocer, actuaba como mediador⁷³. Esto es, procedía a la presentación pública de los datos, las razones, motivaciones y justificaciones que conformaban su posición; de este modo los ciudadanos disponían de los mismos elementos que tenían los funcionarios para fijar su posición. Haciendo público el desacuerdo con el operador relevante, la publicidad y el conocimiento de las razones de esta posición fueron suficiente para que este cambiara su política⁷⁴.

⁷¹ A. Cerrillo I Martínez: *La transparencia administrativa: Unión europea y Medio Ambiente*, ed. Tirant lo Blanch, València, 1998.

⁷² Sobre la estructura de la Administración en Suecia, *vid.* J. Ziller: *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, ed. Domat/Montchrestien, Paris, 1993.

⁷³ C. Henry: *Concurrence et services publics dans l'Union Européenne*, *op. cit.* 150

⁷⁴ *Ibid.*, 203.

Los datos presentados de manera pública y racional – como objeto del debate ciudadano – orientan el mercado puesto que los ciudadanos actúan en sus distintas facetas – usuarios, inversores, accionistas, contratistas, trabajadores... – y las empresas se ven también condicionadas por el flujo de información disponible. La estructura de precios y las condiciones de suministro de los servicios no pueden ser fijadas ya de manera unilateral aunque exista un monopolio. La información puesta a disposición del público constituye un vector de transparencia en la formación de los precios y limita el poder económico de las empresas.

2) Publicidad y transparencia en el derecho positivo español de las AIR: la LES, un tímido avance que la LCNMC no ha potenciado suficientemente.

La regulación económica entendida en sentido estricto supone el ejercicio de una tarea pública que se traduce en un abanico heterogéneo de potestades. Esta diversidad de poderes se ha presentado a veces utilizando el símil de las tres funciones estatales y así ha sido recurrente señalar que las autoridades independientes de regulación acumulaban poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales. Una manera quizás no muy rigurosa, pero sí muy sintética de expresar que disponían de poderes normativos, de poderes para aplicar la ley y garantizar su cumplimiento – actos administrativos en sentido estricto – y de resolución de controversias entre particulares. Esta heterogeneidad de potestades, su elenco constituye un elemento de singularidad en la galaxia de las organizaciones públicas – solo las administraciones territoriales disponen de un haz de potestades equivalentes–; la diversidad de poderes ilustra la especificidad de este tipo de instituciones y la imposibilidad de reconducirlas al modelo de la administración institucional. Estas misma circunstancia explica el recelo que este modelo de organización suscita en determinados sectores y por ello su configuración y régimen legal se encuentra sometido a oscilaciones, unas “idas y venidas” que quizás encuentran su mejor exponente en el intento de sancionar definitivamente el modelo y, paralelamente, homogenizar el régimen jurídico que supone la Ley de Economía Sostenible (2011) por un lado, y en el otro extremo, el cuestionamiento radical de la idea mediante la drástica limitación de tareas y potestades que implica la Ley de creación de la Comisión nacional de los Mercados y la Competencia (2013).

La heterogeneidad de potestades, su relevancia desde el punto de vista de la significación práctica que supone el ejercicio de determinadas competencias, la intensidad de la intervención, encuentra en parte su reflejo en el régimen jurídico de los distintos procedimientos de toma de decisiones; una

perspectiva que ha sido tomada en consideración en el quehacer de las autoridades de regulación de algunos países de nuestro entorno que han adoptado tempranamente políticas de transparencia más intensas que las que practicaban las administraciones públicas ordinarias, pues la regulación rompía netamente con el viejo esquema de una Administración simple ejecutora de la ley. En el Derecho administrativo español encontramos algunos reflejos de estas políticas más avanzadas de transparencia si analizamos la información asequible mediante el acceso a las páginas web de algunas autoridades de regulación. Pero hasta épocas muy recientes ello era más el reflejo de la política de comunicación adoptada por la institución en un momento dado que el fruto de una reflexión pausada y orientada a adoptar medidas de más largo alcance y continuidad y por ello estas “innovaciones” y aperturas no encontraban su reflejo en el derecho positivo. Hasta la LES el marco legal vigente partía del dato ineludible que al tratarse de una Administración Pública debía aplicarse el mínimo común denominador que establece la LRJPAC; esto es el régimen ordinario de publicación y notificación de los actos administrativos y las disposiciones de carácter general y el derecho de acceso a los documentos administrativos (un régimen muy limitado por la combinación de su objeto – la tipología de documentos que egresan que forman parte de un expediente administrativo ya concluido – como de los sujetos dada la exigencia de legitimación para los documentos nominativos – y sobre todo por la ausencia de instancias de garantía⁷⁵). Como veremos este marco legal básico es insuficiente desde la perspectiva de los requerimientos de una democracia avanzada que parte de la importancia de la transparencia de la Administración pública y de la disponibilidad de la información sobre asuntos públicos como condición necesaria para la participación ciudadana y la fiscalización de los poderes públicos^{75bis}.

Si bien, tradicionalmente tanto el procedimiento legislativo – los debates⁷⁶ – y su producto, las leyes como el procedimiento judicial – los juicios – y su producto, las sentencias han estado presididos por el principio de publicidad y así lo ha sancionado la Constitución (arts. 80 y 120 CE), la actividad administrativa ha estado presidida hasta tiempos muy recientes por

⁷⁵ E. Guichot ha destacado recientemente como existe unanimidad doctrinal en la crítica a este precepto, *vid. Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo, op. cit.*

^{75bis} La Ley 17/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ha superado esta concepción restrictiva sin establecer un marco legal basado en certezas y seguridad jurídica.

⁷⁶ La Constitución garantiza la publicidad de las sesiones plenarias, no así la de las comisiones que depende entonces de los que establezca el respectivo reglamento de cada cámara.

el principio de secreto, con la modulación del derecho de acceso al expediente por parte de los interesados y un derecho de acceso ciudadano pero que al estar residenciado en el art. 105 CE algunos autores han considerado que sólo era de configuración legal⁷⁷, aunque recientemente esta visión más reduccionista está siendo desplazada por la evolución de la jurisprudencia del TEDH que ha admitido – en determinadas circunstancias – la vinculación del derecho de acceso a los documentos públicos con la libertad de expresión y de información, en la medida en que ha entendido que los poderes públicos no pueden interferirse con la función que cumple la prensa – y algunas otras organizaciones – en una sociedad democrática como garante del debate público; los poderes públicos no pueden ingerirse e impedir el acceso a la información pues ello supone una restricción ilegítima de la recogida de información inherente a la libertad de información⁷⁸. Este marco legal ha sido común en los países de nuestro entorno hasta inicios de los años noventa del siglo pasado con la notable excepción de los países nórdicos⁷⁹. En parangón con lo establecido en la LRJPAC (1992), los dos elementos que han constituido la avanzadilla de la transparencia son la exigencia de motivación de las decisiones administrativas y el reconocimiento del derecho de acceso a los documentos públicos, progresivamente el alcance de los dos institutos se ha ido ampliando.

No entraremos ahora en el debate sobre la naturaleza de la transparencia, ¿es una idea?, ¿es un valor?, ¿es un principio? Y si así es, ¿está expresamente sancionado por la Constitución?, y si no ¿de dónde lo inferimos? En todo caso creo que es posible afirmar que la transparencia se entiende en la actualidad como corolario de los principios de estado de derecho y de democracia⁸⁰. De esta construcción podemos inferir que se trata de un principio de naturaleza constitucional y en tanto que tal vincula al legislador y al juez. La transparencia debe ser entonces entendida en una doble dirección: i) como exigencia de un modo de proceder de las administraciones públicas basado en la apertura y el diálogo y ii) como la asignación a la administración de un deber de difusión de la información que no requiere ya

⁷⁷ Dos concepciones están presentes en el derecho español, vid. Por un lado I. Villaverde: *Los derechos del público*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, y por otro J. A. Pomed: *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, ed. INAP, Madrid, 1989.

⁷⁸ Sent. TEDH asunto Társaság a Szabadságjogokért c Hungría (14 de abril de 2009).

⁷⁹ Vid. por todos A. Cerrillo, *op. cit.* y E. Guichot, *op. cit.*

⁸⁰ Vid. por todos, F. Velasco Caballero: *La información administrativa al público*, ed. Montecorvo, Madrid, 1998, K. P. Sommermann, *op. cit.* y J. Barnés: “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de Gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”, R. García Macho (ed.): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, *op. cit.*

para activarse del ejercicio del derecho de acceso basado en la petición individual, la denominada información activa.

A continuación examinaremos la base legal de la nueva política de transparencia implantada a partir de la LES y como se ha aplicado por parte de los organismos contemplados en ella. Aunque éstos han desaparecido como consecuencia de la reciente creación de la CNMC entendemos que el régimen legal deberá aplicarse al organismo que les ha sucedido y por ello la CNMC ha reproducido los preceptos de la LES. En la medida que la transparencia se construye por oposición al secreto deberemos analizar aquellos supuestos en los que la legislación contempla todavía un deber de reserva o de confidencialidad, o incluso de secreto.

Puesto que el objetivo es ver como progresivamente la “manera de trabajar” de las Autoridades de regulación va siendo más transparente – aunque todavía queda un camino por recorrer pues el peso de la cultura del secreto es muy fuerte – nos detendremos especialmente en el análisis crítico de aquellos aspectos que a nuestro entender presentan especial singularidad frente al modelo típico de la Administración Pública y su quehacer ordinario: i) el nombramiento y composición del órgano decisorio; ii) la exteriorización de la opinión disidente; iii) la actividad del colegio, diferenciando la actividad más típica – circulares, sanciones... – de la que tiene un carácter no resolutorio pero supone el suministro de información relevante y iv) la extensión de la transparencia a la actividad informal y muy especialmente a la planificación de las tareas de la institución.

5.1. Publicidad y transparencia en el nombramiento y composición del órgano decisorio de las Autoridades independientes de regulación: una exigencia material que debe ir más allá del mero cumplimiento formal de determinadas trámites

El procedimiento de nombramiento de los miembros de los órganos decisorios de las AIR pivota sobre dos reglas básicas, nombramiento gubernamental y comparecencia previa en la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. Ni el procedimiento ni los criterios de designación ni la tipología del órgano decisorio son cuestiones menores, sino todo lo contrario puesto que de estos factores depende la confianza de los operadores y de los usuarios y ésta es una condición esencial para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto. Como es bien sabido desde distintas perspectivas epistemológicas se ha enfatizado la importancia de la calidad de las decisiones, del diseño de las instituciones, en definitiva de la credibilidad de los reguladores para el normal desarrollo de la economía en un contexto de mercados abiertos e integrados.

Como hemos señalado anteriormente, en el Derecho Administrativo español la independencia se ha residenciado en tres aspectos: i) la exclusión de las directrices gubernativas; ii) la desaparición del recurso de alzada impropio y de las facultades de revisión de oficio; iii) la imposibilidad de libre cese por parte de los órganos competentes para el nombramiento. Todos estos requisitos garantizan la independencia funcional del Gobierno pero no de los destinatarios de las decisiones o de otros grupos de interés. Pues bien, si estos aspectos expresamente contemplados en las distintas leyes de creación configuran una condición necesaria para garantizar la independencia de estas autoridades, no parece que constituyan un requisito suficiente para afianzar la credibilidad de sus instituciones. Demasiadas veces en épocas recientes sus decisiones se han visto cuestionadas al presentarse desprovistas del consenso suficiente al fragmentarse en una mayoría y una minoría estable sus miembros; las decisiones se han presentado a la opinión pública de manera que parecían atender más a requerimientos ajenos a la dinámica de los mercados y a las necesidades de los usuarios que a las exigencias propias de la regulación sectorial. Las decisiones adoptadas por los órganos competentes podían tener autoridad, pero carecían de *autoritas*.

Para reforzar esta *autoritas* tan necesaria para el mantenimiento de los equilibrios institucionales propios de una democracia hace ya algún tiempo señalamos que era preciso diseñar adecuadamente un procedimiento de elección (en el sentido de escoger entre varias alternativas) y designación de los miembros de los correspondientes órganos colegiados⁸¹.

En nuestra opinión, ésta era y continua siendo una cuestión crucial para la credibilidad de las AIR españolas y el estado actual del derecho positivo no parece aportar elementos suficientes para garantizar el nombramiento de las personas más cualificadas. Y sobre todo no establece con suficiente claridad la regla básica según la cual los miembros de los órganos decisorios deben actuar con absoluta independencia y al servicio del interés general, sin solicitar ni recibir instrucciones⁸²; no son ni pueden ser en ningún caso representantes de ningún interés de cualquier tipo – sea de carácter político o económico⁸³ –. Es cierto que el régimen de incompatibilida-

⁸¹ E. Malaret: “Administración Pública y regulación económica”, *op. cit.*

⁸² Una prohibición que estaba expresamente recogida en el Art. 9.2 de la LES. *Vid.*, a título ilustrativo el Art. 213.2 TCE que establece las reglas que disciplinan el comportamiento de los miembros de la Comisión Europea, una instancia que en la actualidad tiene los más importantes cometidos regulatorios como bien ha explicado G. Majone: *La Communauté européenne: un état régulateur*, ed. Montchrestien, Paris, 1996, entre otros.

⁸³ La independencia de cualquier interés empresarial o comercial estaba expresamente contemplada en el art. 9.1 de la LES.

des establecido en la Ley 5/2006 de regulación de los conflictos de intereses y al que se remite la LCNMC (Art. 2, que sigue la misma pauta que la legislación anterior) es en principio y formalmente exigente y la obligación de informar establecida en la LCNMC – Art.24 – pretende reforzarlo y garantizarlo, pero la debilidad de los perfiles y la poca experiencia y capacitación en el sector concreto de una parte relevante de los nombrados induce a cuestionar la efectividad de la independencia⁸⁴. Como recordaba el Informe encargado por la Comisión Europea para evaluar la aplicación de la Directiva Servicios de Comunicación Audiovisual (2007), el conocimiento es una condición para la efectividad de la independencia de los reguladores⁸⁵, quizás no es condición suficiente, pero si es necesaria e imprescindible pues si no se dispone de la formación y el nivel de *expertise* suficiente es mucho más fácil que se acepte sin cuestionar, sin dudar la visión o la manera de identificar la problemática de un sector o de una empresa que los expertos de ésta planteen.

Para poder determinar de manera rigurosa cuales son las exigencias que debe satisfacer el procedimiento de selección y nombramiento de los miembros de los órganos rectores parece pertinente retomar las finalidades y objetivos perseguidos mediante la creación de autoridades – puesto que detentan facultades decisorias, esto es resuelven⁸⁶ – dotadas de independencia funcional, sustraídas de los poderes de dirección constitucionalmente asignados al Gobierno⁸⁷. Generalmente aparecen las ideas siguientes: participación mayor de expertos especializados en el sector, voluntad de ofrecer una garantía de imparcialidad reforzada, incremento de la eficacia en la capacidad de diseñar las medidas. Se trata en definitiva de garantizar un modo de funcionamiento que pueda casi evocar la posición y cometidos de los jueces por lo que a imparcialidad, objetividad e independencia

⁸⁴ El nombramiento de los nuevos miembros de la CNMC ha vuelto a reabrir el debate pues la mayoría de ellos no tienen acreditada una reconocida competencia profesional en alguno de los sectores de intervención; vid. el agudo análisis de A. Cabrales, G. Llobet Codina y J. J. Ganuza Fernandez: “Superregulador: ¿expertos independientes?”, *op. cit.*

⁸⁵ Informe INDIREG, *Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies for the purpose of enforcing the rules in the AVMS Directive* (SMART 2009/0001), elaborado por encargo de la Comisión Europea por el Hans Bredrow Institute for Media Research. ICRI de la Katholieke Universiteit Leuven. CMCS de la Central European University y Cullen International, Febrero de 2011, www.indireg.eu.

⁸⁶ E. Malaret: “Autoridades independientes y justicia administrativa”, *op. cit.* y M. Magide, *op. cit.*

⁸⁷ Una caracterización de estos poderes como “actividad creadora e innovadora”, en L. López Guerra: “La posición constitucional del Gobierno” en *Aa.Vv: Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

del poder – político y económico – atañe⁸⁸. Recordemos que algún autor utilizó en los inicios el concepto de “neutralidad” para caracterizar el fenómeno naciente⁸⁹. Pero la independencia de los órganos reguladores no es un fin en sí mismo, sino sólo un aspecto instrumental del diseño institucional que requiere ser completado para alcanzar el fin último, esto es mejorar el bienestar de los usuarios y la competitividad de las empresas; garantizar la equidad y la eficiencia y los requerimientos propios del estado de derecho – legalidad y seguridad jurídica – y la democracia – responsabilidad y control –.

Creemos que hoy existe consenso para establecer como premisa de partida que los miembros de los órganos rectores de las AIR no constituyen cargos de carácter representativo⁹⁰. Tampoco ofrece duda alguna la naturaleza del órgano, tiene carácter administrativo, aplica el derecho y resuelve controversias (entre operadores y entre éstos y los usuarios). Y para acabar de caracterizarlos podemos añadir que de acuerdo con la legislación vigente no se trata de cargos de confianza puesto que se exigen requisitos para el desempeño del cargo y sobre todo no cabe la remoción. Este último elemento es crucial para determinar las reglas sustanciales y procedimentales aplicables.

Si esto es así, las reglas fundamentales las deberemos construir a partir de lo establecido en los arts. 23 y 103 CE⁹¹. Deberemos tomar en consideración los dos preceptos puesto que el carácter profesional del cargo está fuera de toda duda dado que la legislación exige la capacidad y competencia, un *reconocido prestigio y competencia profesional* – art.15 LCNMC –.

Los titulares de los órganos rectores deberán acreditar determinados requisitos relativos tanto a su formación y conocimientos como a sus capacidades y habilidades personales, el saber profesional, la experiencia, la capacidad, el mérito deberán estar presentes. Su elección sólo puede basarse en su competencia personal y en la medida que ofrezca garantías de indepen-

⁸⁸ Como señalaba recientemente G. Dumortier: “Le contrôle des autorités administratives indépendantes”, Aa.Vv.: *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation Française, Paris, 2007.

⁸⁹ J.M. Sala Arquer: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *REDA*, núm. 42, 1984.

⁹⁰ A pesar de que la prensa utilice cotidianamente en la presentación de sus decisiones cuando no se adoptan por unanimidad la fórmula de que actúan como “representantes” del grupo parlamentario X.

⁹¹ La referencia esencial es la obra de L. Morell Ocaña: *El sistema de confianza política en la Administración Pública*, ed. Civitas, Madrid, 1994, la distinción entre carácter representativo o no del cargo a efectos de la determinación del régimen aplicable está en las primeras páginas del libro.

dencia⁹². Y si ello es así, si existe esta exigencia cualitativa, deberá entonces establecerse un procedimiento que permita comprobar, evaluar que se cumplen estos requisitos. Obviamente ello no requiere la celebración de pruebas en el sentido tradicional de las oposiciones pero si exige el cumplimiento de determinados trámites destinados a verificar que se cumplen, sin que ello tampoco suponga la desaparición de un espacio de apreciación discrecional⁹³. El nombramiento deberá estar siempre guiado por la mejor satisfacción de los intereses generales en presencia, lo que implica reconocer un espacio de apreciación discrecional, pero una discrecionalidad limitada y sobre todo racionalizada.

Hasta la fecha la legislación ha establecido los requisitos personales pero seguramente no ha acertado en el diseño de las reglas procedimentales y sustanciales propias de un quehacer de los poderes públicos coherente con los postulados constitucionales⁹⁴. La denominada “comparecencia” en sede parlamentaria – momento culminante de la transparencia del proceso de nombramiento – no permite satisfacer estas exigencias puesto que se convierte en un mero trámite sin que exista un auténtico debate entre los candidatos propuestos y los diputados; no se procede a un examen de la trayectoria y méritos alegados, de su adecuación al puesto. Por ello no se exige en ningún momento la justificación o la exposición de las razones que fundamentan la propuesta inicial o la resolución parlamentaria si es que existe puesto que cabe que la instancia parlamentaria no se pronuncie – Art. 15 LCNMC –. ¿Una aceptación tácita? Una fórmula poco acorde con la transparencia y sobre todo una previsión que desincentiva la racionalidad de la propuesta y posibilita acuerdos entre bambalinas, con resultados alejados de la idea de la “regulación a la luz del sol”. La introducción de la posibilidad de veto no es suficiente, sobre todo cuando se exige para su adopción una mayoría absoluta. Quizás sea pertinente recordar que haber introducido la exigencia de motivación de la propuesta hubiera contribuido a la calidad de las decisiones adoptadas⁹⁵.

⁹² Vid. a título indicativo el art. 213.1 TCE. que establece los requisitos para ser miembro de la Comisión.

⁹³ Compartimos la apreciación de J. Igartua Salaverria sobre la “vecindad” entre la libre designación y el concurso, lo que diferencia ambos procesos es que en un supuesto la valoración de los méritos no está reglado y en el otro si (como acaece con el concurso), *La motivación de los nombramientos discrecionales*, ed. Civitas, Madrid, 2007,

⁹⁴ Que J. Ponce sintetiza con la fórmula “deber de buena administración”, vid. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

⁹⁵ Vid. por todos por ser la obra más reciente y que incorpora todas las aportaciones de distintos autores, J. Igartua Salaverria, *op. cit.*

Veamos ahora los momentos esenciales del procedimiento de designación de los miembros de los órganos rectores. Unos órganos que se caracterizan por su carácter colegial, una forma especialmente adaptada a las funciones que deben desarrollar estas instancias, a su complejidad técnica y a la necesaria toma en consideración de los distintos y contradictorios intereses en presencia. Sin olvidar que todas las instancias jurisdiccionales superiores tienen esta composición.

En primer lugar debemos plantear como se formula la propuesta, una propuesta que como hemos indicado le corresponde realizar al Gobierno El inicio del procedimiento de selección es en la actualidad opaco, se desenvuelve en los arcanos de los órganos que tienen la capacidad de propuesta. Hay que insistir que procedimiento de selección existe siempre, aunque no se proceda formalmente mediante un concurso y, todavía menos, mediante un proceso abierto y transparente – insistimos, aunque no exista un procedimiento formalizado–, puesto que todo nombramiento entraña un proceso de selección previa, por muy informal y mínimo que éste sea. La ausencia de predeterminación legal no es impedimento para que pueda formalmente abrirse un procedimiento abierto a todos los profesionales que cumplan las condiciones necesarias; la apertura del procedimiento permitiría ampliar el abanico de candidatos. Sin embargo si no se abre, si no existe un anuncio para que puedan presentarse aspirantes, es fácil imaginar que los profesionales que entren en liza sean limitados, puesto que el conocimiento personal lo es siempre. A pesar del tiempo transcurrido desde la creación de la primera AIR, a pesar de lo que se ha avanzado en el diseño institucional de las organizaciones equivalentes en países de nuestro entorno, el derecho administrativo español continua aplicando el principio de confianza – y seguramente más personal que política –. Este sistema tiene mucho de artesanal y típico de una sociedad muy poco avanzada, cuando los profesionales capaces eran un número limitado. En la actualidad tanto en el sector público como en el sector privado existe un amplio número de profesionales cualificados, dotados de sólidos bagajes profesionales y de amplia experiencia⁹⁶.

Quizás por ello sería útil acudir a procedimientos de convocatoria pública a imagen y semejanza de lo que ocurre en Gran Bretaña o en Holanda. Esta práctica permitiría aumentar el número de candidatos a tomar en con-

⁹⁶ Por ello causó sorpresa hace unos años que un reputado medio de comunicación pudiera afirmar – sin ningún atisbo de ironía– que el candidato propuesto como Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia tenía “un brillante curriculum vitae” para a continuación añadir, única y exclusivamente, como soporte de la afirmación “que era licenciado en ciencias económicas por la universidad complutense”. Sobran los comentarios.

autoridades independientes de regulación y transparencia

sideración y el incremento del número de candidatos potenciales con calidad suficiente – puesto que todos deberían reunir requisitos de profesionalidad y experiencia – debería permitir a su vez escoger mejor a los seleccionados, atendiendo claramente a los criterios de idoneidad y mérito. Estos son los criterios establecidos para la selección de los directivos profesionales en el Estatuto Básico del Empleado Público (Art. 13.2). Un procedimiento que sorprendentemente en la ley de creación de la CNMC sólo se toma en consideración para la designación de los titulares de las direcciones de instrucción y el otro personal directivo para los que expresamente se establece que deberán ser seleccionados mediante convocatoria pública y un procedimiento basado en los principios de mérito y capacidad (Arts. 25.3 y 26.3 de la LCNMC)⁹⁷.

La LCNMC, siguiendo las pautas precedentes, no ha introducido tampoco elementos destinados a aportar luz a la propuesta de candidatos que el Gobierno – a propuesta del Ministro competente – deba presentar al Congreso de los Diputados. No se requiere una fundamentación, no se establece la necesidad de ilustrar, explicar las razones de la opción elegida, en definitiva no se precisa una justificación. Escuetamente se ha dado a conocer un currículum muy abreviado de cada miembro – y lo mismo ha sucedido con la presentación oral en la fase de comparecencia parlamentaria –⁹⁸.

En segundo lugar, deberían tomarse en consideración aquellos elementos destinados a garantizar mejor la transparencia y racionalidad de la designación, esto es tomar en consideración un proceso que conste efectivamente de dos fases, en el que intervienen dos instancias cada una realizando un juicio de valor sobre la propuesta de manera que al final el procedimiento contribuya a seleccionar como miembros del Consejo de la CNMV a “personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la CNMC” (Art. 15.1). Profesionalidad y experiencia son dos requisitos ineludibles que además deben reunirse de manera indubitable puesto que expresamente se establece que los candidatos deben ser de “reconocido prestigio”, una fórmula que debe entenderse como equivalente a la prevista en otros ordenamientos jurídicos cuando se establece que deberán nombrarse “personalidades”. Unos requerimientos de capacitación técnica, de formación y de conocimiento del sector que parecen excluir de-

⁹⁷ Seguramente por apego a la tradición, la LCNMC ha olvidado toda referencia al criterio de la idoneidad que tiene su razón de ser en este tipo de procesos que no tienen carácter reglado, pero sí que deben responder a pautas de objetividad, y ha introducido expresamente la referencia a la igualdad que no tiene demasiado sentido cuando el procedimiento no es competitivo.

⁹⁸ Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 5 de septiembre de 2013.

terminados perfiles. Precisamente para garantizar estos requisitos debería diseñarse un procedimiento que permitiera cumplir con las garantías sustantivas, unas exigencias sustanciales que alejan estos nombramientos de la libre designación o de la designación con criterios de confianza estrictamente política – y a veces personal –.

Pues bien, los rasgos esenciales del modelo por el que ha optado la LCNMC⁹⁹ son aparentemente adecuados a la articulación de los poderes que la Constitución sanciona, esto es un *iter* en virtud del cual el Gobierno propone y el Parlamento examina a los candidatos, una capacidad del Parlamento reforzada con el derecho de veto¹⁰⁰. Una decisión gubernamental sometida a control parlamentario previo que tiene su razón de ser en el peculiar carácter de los órganos decisorios de las AIR, una naturaleza que debe necesariamente vincularse a los cometidos y a la tipología de decisiones que adoptan: un espacio de discrecionalidad limitada, fuertemente enmarcada por el legislador pero que en bastantes supuestos va más allá de lo que tradicionalmente hemos convenido en denominar de manera un tanto equívoca como “discrecionalidad técnica”¹⁰¹, un espacio donde cabe un ámbito de libre apreciación, un margen de apreciación y juicio que recae más en la valoración de si concurre o no los elementos que configuran el supuesto de hecho, en la apreciación de las circunstancias del contexto que en la adopción de la medida concreta pues esta viene determinada – en mayor o menor medida – por el legislador aunque generalmente cabe modular el alcance de la misma. No es pues un órgano de naturaleza gubernamental, pero si son órganos directivos por lo que sus miembros deberían ser reclutados con un procedimiento exigente y riguroso capaz de responder a los requisitos sustantivos establecidos por el legislador. Unos requisitos que son garantía de buen hacer, son elemento esencial para la legitimidad de estas instituciones.

⁹⁹ Que responde en lo básico al modelo ya vigente si bien ahora se ha introducido de manera expresa una posibilidad limitada de veto; vid. la propuesta que había formulado en un trabajo anterior, “Administración Pública y regulación económica”, *op. cit.*

¹⁰⁰ No podemos ahora desarrollar exhaustivamente las razones que fundamentan esta opción, pero apuntamos ahora a la importancia de diferenciar entre las funciones constitucionales asignadas al Parlamento (que en este caso identificamos con control) y las funciones asignadas al complejo gobierno- administración.

¹⁰¹ Sobre la insuficiencia de la aproximación a partir de la idea de discrecionalidad tradicionalmente entendida y de la discrecionalidad técnica, para analizar el ámbito de decisión de las potestades asignadas a las AIR, vid. E. Malaret: “Autoridades independientes y justicia administrativa”, *op. cit.*, M. Magide, *op. cit.* y F.J. Rodríguez Pontón: “Gobierno, política y Administración: elementos de debate para las Administraciones independientes”, *Autonomías. RCDP*, núm. 24, 1999.

autoridades independientes de regulación y transparencia

El problema y las limitaciones del diseño surgen al examinar con detenimiento el marco legal, cuando se observa que el legislador no ha sido capaz de enriquecer la fórmula actualmente vigente, un modelo que ha evidenciado repetidamente sus carencias al favorecer nombramientos “escasos de equipaje” o que respondían exclusivamente a criterios partidarios. Como he indicado anteriormente no se exige todavía que el Gobierno al proponer a los candidatos deba necesariamente razonar su propuesta, explicar y hacer públicos los criterios que han guiado la selección¹⁰². La motivación debería contener una valoración circunstanciada de los méritos de los candidatos propuestos, evidenciando la idoneidad y especialización del candidato para el ejercicio de las funciones correspondientes al cargo a desempeñar¹⁰³. Seguidamente, los candidatos comparecerían ante la correspondiente Comisión del Congreso de los Diputados donde deberían ser examinados con profundidad acerca de su trayectoria previa, de sus capacidades y habilidades, de sus aptitudes personales (para trabajar colegiadamente, por ejemplo), de sus concepciones acerca de las tareas a realizar¹⁰⁴; para ello sería imprescindible que necesariamente debieran formularse las preguntas y consideraciones pertinentes y se dispusiera del tiempo razonable para un examen en profundidad¹⁰⁵. Por ello, hay que cuestionar que la referencia expresa a la idea de “examen” haya desaparecido en la actual reglamentación de la CNMC, sin embargo ello no es óbice para que el Congreso de los Diputa-

¹⁰² Es referencia obligada de nuevo, J. Igartua: *La motivación de los nombramientos...*, cit.

¹⁰³ Para descartar por ejemplo, los factores como la amistad o la mera afinidad ideológica.

¹⁰⁴ Puede ser útil recordar como el método de trabajo seguido en la comisión del Parlamento Europeo durante el proceso de nombramiento de la primera Comisión presidida por Durao Barroso tuvo notables consecuencias. Un candidato se retiró debido a las fuertes objeciones que su perfil ideológico presentaba en relación a los cometidos de garantía de derechos que debía desarrollar en el puesto al que iba destinado en principio, así mismo otro candidato tuvo que cambiar de destino al quedar fehacientemente acreditado en el cuestionario previo y en las comparencias su absoluto desconocimiento de la materia de la que debía responsabilizarse (energía).

¹⁰⁵ Este es el trámite que introduce la Ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración general del Estado (art. 2.3), sin que el inciso final añadido durante su tramitación parlamentaria pueda reducir el alcance de este examen a la sola consideración de la existencia o no de conflictos de interés; lo único que deberá tener alcance limitado es el dictamen preceptivo pertinente. No cabe ninguna limitación en las preguntas ni en las consideraciones, que en su caso podrían traducirse posteriormente en una Resolución distinta del dictamen anterior. Vid. una referencia al dictamen emitido en aplicación de este precepto de la Ley 5/2006, sólo en relación al candidato a Presidente de la CNMC en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 5 de septiembre de 2013.

dos se tome en serio su cometido y proceda materialmente a analizar la propuesta; aunque la el actual marco legal no lo incentive pues se conforma con un silencio ya que expresamente se contempla que cabe que no exista manifestación expresa (¡!!). La LES precisó en su momento la finalidad de la comparecencia, esta debía “versar sobre la capacidad de los candidatos” y en el caso del candidato a presidente esta debería “extenderse sobre su proyecto de actuación “(art. 13.1), la ausencia de referencias en la LCNMC no debiera limitar el cometido del parlamento. Un procedimiento que debería ser abierto a la ciudadanía más allá de la correspondiente publicación de los debates en el Diario Oficial del Congreso de los Diputados¹⁰⁶, una transparencia que las nuevas tecnologías de la información posibilitan pues las cámaras legislativas disponen de TV propias que permiten una retransmisión en directo¹⁰⁷. Un formato de publicidad que garantiza el control social¹⁰⁸.

Este examen parlamentario no puede y no debe concebirse como un mero trámite formal, su significación y alcance está directamente vinculado con la función que en las democracias actuales tiene el debate y la discusión en el foro público por excelencia que son los parlamentos. Un debate que trasciende a la opinión pública mediante la actividad de intermediación de los medios de comunicación¹⁰⁹ y ahora también sin esta intermediación

¹⁰⁶ Vid., la ligereza o mejor el carácter marcadamente formalista cuanto no retórico de las comparecencias de los candidatos propuestos para la nueva CNMC, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 5 de septiembre de 2013. La sesión dura 3h y 40mn y en ella comparecen muy brevemente los 8 candidatos propuestos por el Gobierno e intervienen los representantes de los distintos grupos parlamentarios, hay muy pocas preguntas y sólo excepcionalmente alguna respuesta, también son muy pocos los pronunciamientos que permitan ilustrar la visión que tienen los candidatos sobre la problemática susceptible de ser examinada por la CNMC; sólo tres de los candidatos tienen producción científica que permita conocer su capacidad de análisis y conocimiento contrastado.

¹⁰⁷ Vid. en la web del Congreso de los Diputados, bajo el enunciado TV Congreso, la posibilidad de seguir en directo o en diferido determinadas sesiones, o el denominado Canal Parlamento (<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/CongresoTV/Can-Par>).

¹⁰⁸ Cabe recordar alguna experiencia de países de nuestro entorno en esta misma dirección; así, en Francia, cuando el presidente Sarkozy sustrajo al Conseil Supérieur de l’Audiovisuel el poder de nombrar al Presidente de France televisión (la televisión pública) y limitó la intervención de la autoridad de regulación a la emisión de un Informe, el CSA organizó una presentación pública del candidato con la formulación de preguntas y la formulación de consideraciones por parte de todos los miembros del colegio del CSA, una sesión retransmitida por Internet que a buen seguro eliminó a algunos potenciales candidatos.

¹⁰⁹ Una práctica muy distinta es la de los “hearing” norteamericanos y su control por los grandes medios de comunicación; vid. un análisis de un supuesto muy ilustrativo pues se trataba nada menos que del nombramiento de un juez del Tribunal Supremo en M. Beltrán

puesto que las nuevas tecnologías permiten poner la sesión al alcance de todos los ciudadanos mediante las TV parlamentarias, posibilitando con ello un control más fuerte tanto del ejecutivo proponente como del parlamento en su tarea de control de la adecuación del candidato propuesto¹¹⁰. Finalmente, y si no recibe el veto de la cámara legislativa, el Gobierno procedería a su nombramiento.

Quizás pueda pensarse que no caben procedimientos alternativos de nombramiento, que si la introducción de las audiencias parlamentarias no ha servido para corregir las disfunciones anteriores es que la cuestión es única y exclusivamente de cultura político-institucional y sólo cabe confiar en el refuerzo de ésta. Pero el derecho comparado muestra otras opciones, quizás el supuesto más alejado es el que puede encontrarse en Gran-Bretaña. Así, por ejemplo en el supuesto de OFCOM¹¹¹, el nombramiento se hace por una Comisión después de un procedimiento público en el que mediante convocatoria pública se posibilita la apertura a un número indeterminado de candidatos los que permite una selección, unos de los cometidos de la comisión de selección es precisamente evitar que los nombramientos respondan única y exclusivamente a criterios políticos o partidistas; lo que obviamente no supone desconocer que existen distintas concepciones o ideologías, sino sencillamente impedir que el nombramiento responda a unos criterios que no son consistentes en atención a los cometidos a desarrollar (unas tareas que presentan una especificidad que está en el origen de la creación de una organización separada e independiente del Gobierno y por lo tanto carece de sentido replicar una composición del órgano a imagen y semejanza de una instancia política). Luego para completar el colegio, los miembros seleccionados deberán cooptar un número limitado de miembros.

La justificación pública y el debate abierto acerca de los perfiles y características de los candidatos debieran ser un fuerte acicate sino para encontrar a los mejores¹¹², a los más solventes y capacitados para ejercer res-

De Felipe: *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1989.

¹¹⁰ Esta visión del control de los candidatos, si bien en un contexto mucho más limitado como es el de los cargos de designación parlamentaria en C. Pauner Chulvi: *La designación parlamentaria de cargos públicos.*, ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

¹¹¹ www.ofcom.org.uk.

¹¹² Vid. en <http://www.fedeablogs.net/economia>, los nombramientos para la Competition and Markets Authority (CMA), la nueva autoridad de competencia británica cuyos perfiles se contraponen a los de los miembros de la recién nombrada CNMC. En el blog animado por G. Llobet se ha desarrollado un debate vigoroso sobre los perfiles que deberían presen-

ponsablemente funciones de gran relevancia práctica, de gran trascendencia social y económica, si al menos, para descartar algunas patologías, esto es nombramientos que no cumplen el criterio de experto o no está acreditada su independencia en relación al gobierno o a las empresas del sector regulado.

En definitiva el, modelo decisional actual adolece de algunas limitaciones que dificultan el cumplimiento de los objetivos. Presupone una propuesta poco ilustrada, el procedimiento es muy ligero, la resolución final no requiere motivación, todo el proceso de toma de decisiones requiere poca fundamentación.

En esta tarea de introducir elementos para reforzar el marco legal de garantías, la LES introdujo como novedad la obligación de hacer públicos los *curriculum vitae* de los miembros de los consejos de las distintas AIR – art. 20.1.a-, un avance interesante en materia de transparencia y que abre claramente una vía para posibilitar el control social de los consejeros, conociendo sus trayectorias puede evaluarse la posibilidad de que existan potenciales conflictos de intereses y por lo tanto inducir a tomar medidas preventivas, pero no sólo; conocer las trayectorias, la formación adquirida y los cometidos y tareas realizados previamente permite también un control sobre su calificación, sobre sus cualidades y sobre todo permite examinar si efectivamente cumplen los requisitos de ser “personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la CNMC” (art. 15.1). Un control tanto más necesario cuanto parece que el único control posible se reduce al que se pueda practicar en sede parlamentaria mediante el instrumento del veto; por lo tanto un control que en la dinámica parlamentaria actual se reduce al juego estricto de las dinámicas entre partidos políticos.

Esta previsión de publicidad de las Cv se ha mantenido en el texto de la nueva LCNMC y se ha ampliado al personal directivo – como una muestra más de la significación y relevancia de este personal en el proceso decisional de esta nueva instancia –. Así mismo, como medida destinada a prevenir los conflictos de intereses se ha añadido una nueva obligación de publicidad en relación a un aspecto muy puntual de las trayectorias pasadas o futuras; la redacción no es muy feliz pero intenta cubrir todos los supuestos pues deberá difundirse “cualquier derecho o facultad a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualquier ventaja de contenido patrimonial” (Art. 24.1). Hasta la fecha, si no he errado en la revisión, no todas las AIR sometidas al ámbito de aplicación de la LES ha-

tar los miembros de este organismo, así como acerca de la adecuación y cumplimiento de los requisitos de los nombrados (vid. entre otros los días 13, 14 de septiembre 2013).

bían procedido a publicar los cv de sus consejeros¹¹³. Obviamente ni la LES ni la LCNM establecen el alcance de la obligación relativa a la publicidad de los cv, no es la ley el lugar adecuado para determinar el nivel de pormenorización y complitud deben reunir los datos puestos a disposición de los ciudadanos y también es cierto que en función de las trayectorias personales estos pueden ser muy escuetos o muy prolíficos. Pero entiendo que una interpretación sistemática de esta obligación de difusión supone entenderla como garantía de la profesionalidad e independencia en el proceso de toma de decisiones y para ello es fundamental poder disponer de una información lo más completa posible acerca de las posiciones, las concepciones, la visión, las relaciones, los vínculos de los miembros de la CNMC. Por ello entiendo que esta ley opera como una obligación de resultado – publicar, difundir–, establece un contenido mínimo y deberá ser el Consejo de la CNMC quién decida bajo su responsabilidad publicar todos aquellos elementos de los CV que considere pertinentes para afianzar la profesionalidad e independencia de los miembros del Consejo¹¹⁴.

Como se ha señalado anteriormente, en el sistema institucional español existen otras autoridades independientes de regulación, tanto de ámbito nacional como autonómico y es obvio que las consideraciones que se han realizado en relación a la más relevante, la CNMC son trasladables a las otras instancias que reúnen similares características.

5.2. La extensión de la publicidad a la actividad formalizada del órgano colegiado

La LCNMC, en la senda de lo establecido anteriormente en la LES, recogiendo las “mejores prácticas” de algunas AIR en nuestro país¹¹⁵, bebiendo de la experiencia de algunas instituciones equivalentes en el entorno europeo – señaladamente en Gran-Bretaña – y también de lo previsto en el derecho europeo en relación a las dos instancias de ámbito europeo existentes en la actualidad – la Agencia de cooperación de reguladores de la

¹¹³ Por ejemplo, en la página web de la CMT no se encontraba esta referencia.

¹¹⁴ A pocos días de la extinción de la CNE y de la CNC, el 30 de setiembre de 2013, todavía estaban publicados los currículos de sus miembros, los perfiles son variados, aunque sorprendentemente en el supuesto de que sean autores de publicaciones, éstas no aparecen referenciadas lo que impide identificar y contrastar su contenido y cuando se señala que se han dado cursos o conferencias tampoco se indica que institución o empresa ha organizado estas actividades, quien las ha solicitado.

¹¹⁵ Quizás la AIR que había desarrollado una política más avanzada de transparencia fuera la Comisión Nacional de la Competencia que desarrollaba sus actividades en un entorno fuertemente orientado por el derecho europeo.

energía¹¹⁶ y el Organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas¹¹⁷ –, ha extendido notablemente la obligación de publicar sus acuerdos. Esta obligación alcanza no sólo a todas las decisiones, los actos administrativos definitivos, sino también a ciertos actos de inicio del procedimiento dotados de especial relevancia.

En efecto, “la CNMC hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulen, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el art.3.a) de la LOPD, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores” (art. 37.1).

Se afirma pues una regla general de publicidad en la que no caben excepciones en relación a la tipología de decisiones o a su naturaleza – reglamentaria o acto administrativo–, pues cuestión distinta es la que pueda afectar a algunos aspectos puntuales de determinados acuerdos o informes cuando deban excluirse algunos datos concretos dado su carácter confidencial. Una eliminación de ciertos datos que constituye una práctica bien conocida pues es práctica habitual en la publicación de las sentencias del TJUE en casos de derecho de la competencia (ayudas de estado, concentraciones...): éstas se publican indicando de manera gráfica que se omita algún apartado. La publicación exigirá determinar con carácter previo que datos deben ser omitidos

En esta misma dirección de maximizar la publicidad cabe interpretar la referencia a la disociación de los datos personales con la salvedad bien significativa de la necesaria publicidad del nombre de los infractores. Ocurre que si se establece la regla de la publicidad del nombre del infractor, la referencia a la LOPD carece de significación práctica pues la misma define la “disociación” como un tratamiento de los datos personales – esto es de los datos de contenido personal que suministran información concerniente a personas físicas identificadas o identificables – de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable; obviamente si se suministra el nombre carece de sentido la referencia a la

¹¹⁶ Reglamento 713/2009, de creación de la ACRE, sobre la novedad que supone esta institución en el modelo europeo de agencias, E. Malaret: “La Agencia de cooperación de reguladores europeos de la Energía: ¿autoridad europea de regulación o institucionalización de la cooperación de los reguladores nacionales?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2011, 20.

¹¹⁷ Reglamento 1211/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE, BEREC en sus siglas en inglés) y la Oficina.

LOPD. La LNMC parte de una idea ya sólidamente establecida en la actualidad, la información en materia de sanciones no es un reproche al infractor, sino una protección a los consumidores y usuarios frente a un hecho objetivo, la existencia de empresas que han incumplido la legislación¹¹⁸. La obligación de informar no constituye una innovación en este aspecto pues en la mayoría de sectores regulados las AIR venían aplicando desde hace tiempo esta regla¹¹⁹. Quizás se ha previsto expresamente para poner fin a la práctica seguida por el Ministerio de Industria, Turismo y comercio que todavía ejercía las competencias en el sector audiovisual y que seguía una política radicalmente distinta omitiendo los datos relativos a las empresas audiovisuales sancionadas de la información que suministraba en su web. Una política informativa que impedía a los ciudadanos controlar como la Administración Pública garantizaba el cumplimiento de la legalidad vigente en este ámbito concreto en el que operan poderes económicos fuertes como los constituidos por las grandes empresas de comunicación, la razón formal para no publicar los nombres de las empresas sancionadas era que la información sobre la sanción era a su vez una nueva sanción y como tal no estaba prevista¹²⁰. El carácter excesivamente formalista de este enfoque que supone hacer prevalecer los derechos del infractor frente a los de los ciudadanos – algunos incluso posibles perjudicados por el incumplimiento – ha ido perdiendo peso frente a la idea que la publicidad del nombre del infractor supone no solo un incentivo para reducir los incumplimientos, sino también un cauce de control social de la actividad administrativa¹²¹.

En esta misma dirección de incentivar el control social de la actividad de control la Administración, el artículo 9 de la LGCA ha configurado el *derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales*. “Cualquier persona física o jurídica puede solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación”. En coherencia con los términos en los que el legislador ha configurado la participación de los

¹¹⁸ F.Velasco, *La información administrativa al público*, op. cit., 116.

¹¹⁹ Vid. *Directrices sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la Comisión del mercado de las telecomunicaciones*, CMT, 2013.

¹²⁰ Esta concepción fue sostenida inicialmente por M. Rebollo en “Comentario al art. 36 LGCU”, R. Bercovitz, J. Salas (dirs.): *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1999, si bien no fue unánimemente compartida.

¹²¹ Aunque sorprendentemente, la Ley de transparencia parece haber dado un paso a tras pues requiere el consentimiento del afectado si la sanción no es la de amonestación pública (art. 15.1). Aunque debemos precisar que la CNMC continua aplicando la ley de neación de la misma y las reglas específicas establecidas en la misma.

ciudadanos en la supervisión de contenidos audiovisuales, entendemos que la difusión de la parte resolutoria de las sanciones no es una posibilidad apreciable discrecionalmente por la autoridad competente para su imposición, como podría en un primer momento inferirse de la utilización del término “podrá” (art. 60.5 LGCA) sino una habilitación legal para adoptar esta decisión en un ámbito en el que hasta la fecha la ausencia de una AIR a nivel de la AGE y el ejercicio de algunos cometidos muy puntuales por el Ministerio de Industria había supuesto una política muy opaca en este ámbito pues sólo se publica un cuadro sin identificar los operadores en concreto¹²².

Sentada la regla general, “se publicarán todas”, se establece a continuación un listado de datos e informaciones, de contenido heterogéneo que también necesariamente deberán *difundirse* o publicarse para general conocimiento de los ciudadanos y las empresas. De algunas informaciones nos hemos ocupado anteriormente, a otras nos referiremos posteriormente, ahora interesa destacar como en los supuestos contemplados en el apartado en cuestión¹²³ no sólo aparecen actos definitivos, resolutorios, que ponen fin al procedimiento¹²⁴; la publicidad no se limita a toda la gama heterogénea de decisiones definitivas sino que se contemplan también actos de iniciación de determinados procedimientos especialmente cualificados – la iniciación de expediente de control de concentraciones y la incoación de expediente sancionador – y finalmente, se contempla también que deberán ser publicados que serán objeto de publicación lo que podríamos caracterizar como actos trámites cualificados o actuaciones previas, – la imposición de medidas cautelares, los informes sobre los que se basan las decisiones del Consejo, la realización de inspecciones en materia de defensa de la competencia –.

La publicidad de todo este amplio abanico de decisiones y actuaciones introduce un importante incentivo en aras a la garantía del cumplimiento del derecho pues opera tanto en dirección a las empresas (potenciales incumplidoras) como en dirección a la Administración (garante del cumplimiento). Todos los actores – empresas, usuarios y consumidores, ciudadanos, competidores, – pueden velar por el adecuado respeto al marco legal establecido, una posibilidad que constituye un fuerte acicate para afianzar la seguridad jurídica en el tráfico económico y evitar situaciones de competencia desleal derivadas de la desigual aplicación del Derecho.

¹²² Vid., por ejemplo expedientes sancionadores 2005–2012: http://www.minetur.gob.es/telecomunicaciones/mediosaudiovisuales/Documents/Expedientes_sancionadores_audiovisual_2005_2013.pdf.

¹²³ Art. 37.1.a LCNMC.

¹²⁴ Si bien este supuesto esta también expresamente contemplado, art. 37.1.j LCNMC.

autoridades independientes de regulación y transparencia

Las reglas relativas a la publicidad de los acuerdos y decisiones que establece la LCNMC amplían la publicidad de ciertos actos administrativos a una esfera que va más allá del ámbito limitado de aquellos sujetos que puedan tener la condición de interesados en un determinado procedimiento, va más allá del cauce establecido en la LRJPAC. Entiendo que la utilización de la expresión “difundirá” en lugar de la más típica de publicará no puede entenderse como sinónimo del concepto de notificación para limitar el alcance del ámbito subjetivo de los destinatarios de la información, haciendo reaparecer la figura del interesado como destinatario de una publicidad limitada.

En este sentido, cabe entender que la referencia a la “relación de los acuerdos adoptados en las reuniones del Consejo”¹²⁵ funciona como cláusula de cierre, esto es todos los acuerdos que no cumplan la caracterización contemplada en los otros epígrafes no deberán necesariamente ser objeto de una publicación integra sino que en estos supuestos limitados será suficiente su mero enunciado, su integración en la “relación”.

La LCNMC no ha establecido la forma de publicación que deberá adoptarse para todos aquellos supuestos en los que se establece la publicidad y no responden a la tipología de disposiciones y actos administrativos para los que la LRJPAC ya establece la publicación en el correspondiente boletín oficial o la notificación a los interesados. En estos supuestos cabe entender que deberá publicarse en la correspondiente página web, siguiendo la misma pauta que hasta la fecha han practicado las AIR que ahora se han suprimido y otras que no entran en el ámbito de aplicación de esta ley. La práctica de suministrar la información mediante su publicación en la web institucional es una forma de proceder acorde con las exigencias de transparencia propias del estado social y democrático de derecho. Sin embargo, parece que es más acorde con los requerimientos que se derivan de la realización de los derechos y libertades y también de la adecuación al principio de seguridad jurídica, establecer previamente mediante una disposición propia de cada organización la forma y el alcance concreto de la publicidad puesto que hasta la fecha, normalmente, no se ha establecido con carácter general, no constan instrumentos de carácter normativo; para evitar que la concreción del deber de publicidad quede así al albur de las concepciones de los titulares de los órganos¹²⁶. Seguramente el fundamento de la forma concreta y el alcance de la información que se publica – más allá de los que establezca la legislación de régimen jurídico general de las administraciones

¹²⁵ Art. 37.1.b LCNMC.

¹²⁶ Un rápido repaso a las web institucionales de distintas AIR españolas, de ámbito na-

públicas y la legislación sectorial especial–resida en acuerdos adoptados por las distintas instancias de gobierno de las diferentes AIR, pero estos no han trascendido (j). La actividad informativa de la Administración – en este caso de un tipo muy específico, las AIR –, la publicación de sus disposiciones, acuerdos, informes en la web deberá responder a criterios de claridad y accesibilidad para favorecer el acceso a la información de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad; pues la Administración pública debe promover un acceso libre e igual a la información¹²⁷.

La realización práctica de la transparencia y la publicidad requiere no sólo ampliar notablemente el ámbito de los acuerdos y resoluciones de la Administración que se ponen al alcance del público – esto es, más allá del cauce limitado que hasta la fecha ha establecido la LRJPAC, y en la dirección de la LCNMC – sino también establecer unas pautas y unas formas de difusión de la información que garanticen su accesibilidad; los medios elegidos y la forma en que se estructuren o editen los contenidos contribuye a ampliar o por el contrario a limitar los actores del debate en la esfera pública¹²⁸. Pero no se agota en la extensión de la tipología de acuerdos a los que nos hemos referido hasta ahora sino que requiere una política de información activa que ponga a disposición del público – de los ciudadanos, de las empresas, de los usuarios – todos aquellos elementos que permiten efectivamente participar activamente en el proceso decisorio, intervenir de manera fundamentada y razonada.

De nuevo cabe plantear la cuestión de cómo superar los cauces estrechos de la participación en los procedimientos contemplada con carácter general en la LRJPAC. De nuevo hay que insistir que más allá de la participación de los interesados, una participación necesaria, una audiencia fundamental, pero que dada la relevancia de los asuntos a tratar por las AIR parece excesivamente limitada, especialmente si se parte del dato que los portadores de intereses legítimos y colectivos pueden tener dificultades

cional o autonómico evidencia la disparidad de criterios en su política de información pública. Todavía es demasiado pronto para emitir un juicio acerca del carácter de la web de la CNMC, pero hasta la fecha no suministra información sobre la actividad de las instituciones que la han precedido, lo que priva a los ciudadanos y a las empresas de una fuente valiosa de información sobre la política regulatoria implementada en los distintos sectores; esta información permitiría hacer un análisis comparativo.

¹²⁷ I.Villaverde: *Los derechos del público...*, op. cit. y F.Velasco: *La información administrativa al público...*, op. cit.

¹²⁸ E. Malaret: “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007.

para conocer la tramitación de los procedimientos y por ello difícilmente comparecerán para adquirir entonces la condición de interesados¹²⁹. El modelo diseñado en la legislación general de procedimiento es aparentemente muy abierto, pues formalmente las exigencias para considerar que se produce la afectación no han sido muy severas, pero sin embargo en la práctica, desde un punto de vista material la ausencia de publicación de los actos de inicio del procedimiento y la ausencia de publicidad de los actos trámite dificulta enormemente la efectividad de la participación de los “interesados de segundo nivel” (aquellos que no son titulares de un derecho y por ello se les ha notificado la realización de estos actos y la incoación del procedimiento¹³⁰). Entiendo que hay que abrir los procesos, articular mecanismos de debate que operen a modo de la información pública prevista la legislación general de régimen jurídico de la administración pública¹³¹, esto es en la que puedan participar todos aquellos que tengan algún dato que aportar, que dispongan de juicios o pareceres, elementos y criterios¹³² que permitan tomar una mejor decisión a la AIR correspondiente. En definitiva se trata de articular un cauce para suministrar a los órganos decisorios todos aquellos conocimientos que permitan adoptar una decisión bien fundada y fundamentada; una apertura al debate, al dialogo tanto más necesario cuanto en muchos supuestos la legislación atribuye a la AIR un margen de apreciación que puede recaer ya sea en adopción de la medida en concreto, ya sea en la determinación de la concurrencia o no del

¹²⁹ Según lo establecido en el art. 31.c de la LRJPAC.

¹³⁰ Aunque el art. 34 LRJPAC establece que cuando en un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal se tenga conocimiento de la existencia de estos sujetos portadores de intereses legítimos y directos que puedan considerarse afectados, se les deberá comunicar la tramitación.

¹³¹ Art. 86 LRJPAC.

¹³² Nótese que la LRJPAC establece como uno de los derechos de los ciudadanos – esto es más allá del círculo de los interesados – el de “formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución” (art. 35.e), pero luego la legislación sectorial o las propias administraciones no han arbitrado de manera generalizada el mecanismo para hacer efectivo este derecho. Una previsión que adquiere toda su relevancia cuando en la actualidad la adaptación al derecho español de la “Directiva liberalización de servicios” ha introducido un cambio en la política legislativa en materia de controles previos según la cual las autorizaciones se limitan a supuestos complejos y en los que necesariamente deberán tomarse en consideración un conjunto de intereses y derechos muy heterogéneos. Vid. una análisis original de los cambios que supone desde la perspectiva de las funciones de la Administración Pública en L. PAREJO: *Transformación y reforma del derecho administrativo en España*, Sevilla, Global Law press, 2013.

¹³³ E. Malaret: “Autoridades independientes y justicia administrativa”... *op. cit.*; L. Pa-

supuesto de hecho¹³³. Para ello es preciso establecer un procedimiento, un cauce para publicar, difundir, hacer consultas públicas¹³⁴, generar una controversia limitada sólo a aquellos que quieran participar, pero para ello debe posibilitarse que efectivamente puedan intervenir. En esta dirección la práctica seguida por OFCOM es muy ilustrativa puesto que evidencia las limitaciones carentes de fundamentos que el modelo español todavía presenta; así, por ejemplo en el ámbito de las licencias y de las modificaciones de su contenido, antes de tomar una decisión, ya sea a instancia de parte o de oficio plantea públicamente su posición y convoca a tomar posición y a exponer su punto de vista a aquellos que así lo deseen. Y El CSA francés convoca también una consulta pública antes de proceder a realizar la convocatoria del correspondiente concurso para la adjudicación de licencias de radio o de televisión, o antes de proceder a aumentar la capacidad o potencia de emisión de una frecuencia¹³⁵.

Este procedimiento es mucho más transparente y garantiza que se puedan tomar en consideración distintas alternativas, que se valoren diferentes cuestiones que en cambio en un proceso cerrado de toma de decisiones hubieran quedado al margen porque a lo mejor ningún actor las habría planteado. Y sobre todo, esta forma de proceder muestra bien que la obligación de justificar la decisión administrativa va más allá de la garantía de la efectividad del control jurisdiccional, es una exigencia democrática, de control de los poderes públicos por los ciudadanos.

En este proceso necesario de apertura, publicidad y transparencia algunas AIR han dado especial relevancia al “derecho a obtener información y orientación” que establece la LRJPAC (art. 35.g)¹³⁶; las nuevas tecnologías permiten crear instrumentos para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos. Así en algunas web se pueden encontrar apartados en los que se presentan de manera sistematizada las respuestas a las consultas, y en este su-

rejo expone la categoría proveniente de la dogmática alemana de los “conceptos-tipo” para referirse a aquellos supuestos en los que la “indeterminación conceptual pretende no acotar sustantivamente el supuesto de hecho cuanto establecer un conjunto de situaciones sustantivamente diversas que en diferentes circunstancias y contextos puedan otorgar cobertura y asumir distintos supuestos materiales”, *Leciones de Derecho Administrativo* (6 ed.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

¹³⁴ En la web de la CNE (ahora reabsorbida por la CNMC) aparecía regularmente la referencia a las “Consultas en curso”.

¹³⁵ www.csa.fr, por ejemplo, *Synthèse de la consultation publique du 19 juin 2012 en vue de l'édition de la chaîne locale à Lille*.

¹³⁶ Un derecho especialmente desarrollado en el ámbito tributario, vid. por todos J. A. Rozas Valdés: “Información y asistencia al contribuyente”, J. Tornos, A. Galán (coords.): *Comunicación Pública, la información administrativa al ciudadano*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

puesto generalmente se anuncia que institución – administración o empresa – ha formulado la consulta¹³⁷. En otros supuestos bajo el epígrafe “preguntas o consultas más frecuentes”¹³⁸ se limitan a suministrar la respuesta a las cuestiones suscitadas sin personalizar o expresar que organización o qué tipo de sujeto ha planteado la duda. Esta política informativa garantiza un mayor conocimiento público de la manera en que la AIR está aplicando el derecho y ejerciendo sus facultades.

Ello supone una mayor publicidad de la forma de proceder y resolver los conflictos que aporta certeza a los operadores y a los usuarios, que genera mayor seguridad jurídica pues es un fuerte incentivo para evitar tratamientos distintos o arbitrarios y, finalmente posibilita un mayor control social.

El examen de los distintos tipos de actos administrativos y de las distintas fases del procedimiento que son susceptible de ser abordadas bajo la perspectiva de la transparencia y la publicidad requeriría quizás analizar ahora la cuestión relativa a la publicidad de los votos particulares que no suscriben el acuerdo adoptado – o dicho en otros términos la opinión minoritaria-; pero dado que para plantear de manera sistemática y completa esta cuestión hay que tomar en consideración otras cuestiones relativas a la formación interna de la voluntad del máximo órgano decisorio de las AIR – cuando sea colegiado¹³⁹ – y como ello se aborda en el capítulo inmediatamente posterior, lo trataremos entonces.

5.3. La exteriorización de la opinión disidente, un paso más en la publicidad del procedimiento y de la decisión. Especial consideración del carácter reservado de las deliberaciones de los órganos decisorios y la necesidad de reconsiderar el alcance temporal y material del principio de secreto

La regulación constitucional del Gobierno y la Administración establece implícitamente una diferenciación de ambas instituciones y es el Gobierno el que dirige la administración; de este modelo se infiere una distinción entre las reglas y principios que rigen su respectiva actuación. Pero la distinción no es tan radical puesto que la ley establece que los miembros del

¹³⁷ La web de la antigua CMT suministraba ejemplos interesantes de esta práctica.

¹³⁸ *Vid.* la web de la CMT (www.cmt.es, ahora reasumida por la CNMC) en la que aparecen enunciadas distintas cuestiones de muy diversa naturaleza y alcance: requisitos para ser operador, supresión de identificación de llamada, conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas, velocidad ADSL.

¹³⁹ La Agencia Española de Protección de Datos está dirigida un órgano unipersonal y es mismo modelo ha seguido las agencias autonómicas cuando existen.

Gobierno, los ministros son el órgano superior de la Administración¹⁴⁰. La naturaleza de los poderes y cometidos asignados a las AIR tiene una fuerte semejanza con las atribuciones propias de las más altas instancias de la Administración, y en su caso del Gobierno, puesto que la asignación a órganos de una y otra naturaleza no siempre responde a criterios claros y definidos; depende de las diferentes tradiciones y culturas político-institucionales de los distintos estados, si bien no puede desconocerse que la potestad reglamentaria cuando tiene un fuerte componente innovador sólo puede ser atribuido al Gobierno lo que de nuevo nos retorna al debate sobre el ámbito de discrecionalidad o de libre decisión que puede ser atribuido a las AIR. No es esta la cuestión que ahora interesa, sino poner de relieve que el que el legislador sectorial asigne la competencia para resolver a una instancia de naturaleza gubernativa o administrativa tiene consecuencias en orden a la determinación del régimen aplicable al procedimiento de adopción de acuerdos, a la publicidad de la forma en que se han adaptado y a su reflejo o exteriorización. Y ello a pesar que la concepción tradicional de la Administración como una estructura jerarquizada supone en principio una visión también de su tarea como mera aplicación de la ley y por lo tanto sin que sea concebible la existencia de una diversidad de opiniones en este proceso; pero esta concepción reduccionista está muy alejada de la realidad – y complejidad – de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y la función de regulación económica es bien ilustrativa de este estado de la cuestión.

El derecho positivo recoge la diferencia de régimen jurídico entre los órganos colegiados de carácter gubernativo y los de carácter administrativo¹⁴¹. Una diferencia que adquiere precisamente toda su significación en orden a la manera como se da cumplimiento a la transparencia. Esta distinción sustancial incide directamente sobre las reglas aplicables a la manera de exteriorizar la forma en se ha adoptado internamente la voluntad del órgano, esto es si se ha adoptado por mayoría o por unanimidad y, en su caso si existen opiniones disidentes.

¹⁴⁰ Art. 6 LOFAGE.

¹⁴¹ Ley 50/1997, del Gobierno, por una parte y arts. 22 a 27 de la LRJPAC por otra; la disposición adicional 1ª LRJPAC excluye expresamente “los órganos colegiados de gobierno” de la reglamentación prevista con carácter general para los órganos colegiados. Una distinción que también se encuentra en la legislación de las CCAA, como por ejemplo. Ley 26/2010, del 3 de agosto de régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones públicas de Catalunya (LRJPACat) que establece que las disposiciones relativas a los órganos colegiados no se aplican al Gobierno de la Generalitat, ni al pleno, ni, en su caso, a la comisión de gobierno de las entidades que integran la Administración local (Disposición adicional segunda).

autoridades independientes de regulación y transparencia

Pero antes de examinar el tratamiento que el derecho positivo establece para la opinión disidente y su exteriorización o publicidad, es necesario tomar en consideración algunos rasgos de los cometidos de las AIR y su posición institucional. Si es posible afirmar que el principio de democracia no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos independiente del gobierno porque la existencia y requisitos de funcionamiento de estas autoridades se regulan mediante ley y están sujetas a la ley bajo el control del juez competente¹⁴², entonces ello significa que el sometimiento a la ley y al derecho adquiere una gran relevancia y aleja estas instituciones de aquellas otras que actúan bajo parámetros de carácter político, como los gobiernos o los plenos de las corporaciones locales. Esto es, será pertinente tomar en consideración los argumentos y razones aducidos para fundamentar la exteriorización o publicidad de la disidencia de los órganos judiciales cuando resuelven, único ámbito en el que se ha producido un cierto debate doctrinal a pesar de la claridad de las reglas establecidas por el Derecho positivo¹⁴³.

Por este conjunto de consideraciones no parece que el modelo aplicable a las AIR sea el previsto por el Gobierno en virtud del cual se establece que las deliberaciones serán secretas¹⁴⁴, sin que hasta la fecha se haya establecido cual es el plazo en el que debe mantenerse este régimen. Este régimen de secreto – que es consustancial en la tradición continental europea a las reuniones gubernativas y que diferencia radicalmente este modelo del parlamentario – encuentra, en el derecho positivo español un complemento en el régimen de las actas. En efecto, en ellas deberán figurar exclusivamente las circunstancias relativas a tiempo y lugar, la relación de asistentes, los acuerdos adoptados y los informes presentados¹⁴⁵; parece que se ha confundido el carecer secreto de las deliberaciones con la falta de constancia de las mismas¹⁴⁶. El carácter terriblemente escueto de este contenido impide co-

¹⁴² Sentencia TJUE (Gran Sala) de 9 de marzo de 2010, Comisión Europea contra RFA, Incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de datos personales y la libre circulación de estos datos al someter a la tutela del estado a las autoridades de control encargadas de vigilar en los diferentes Lander el tratamiento de los datos personales y haber adaptado incorrectamente su normativa nacional a la exigencia de que dichas autoridades ejerzan sus funciones con “total independencia”.

¹⁴³ Vid. muy especialmente el excelente análisis de F.J. Ezquiaga Ganuzas: *El voto particular*, ed. CEPC, Madrid, 1990.

¹⁴⁴ Art. 53.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno; la misma regla se aplica para las Comisiones delegadas del gobierno (art. 6.5).

¹⁴⁵ Art. 17.4 de la Ley del Gobierno.

¹⁴⁶ Quizás como reflejo de lo previsto en la legislación local cuando se establece que

nocer el proceso interno de formación de la voluntad de un órgano esencial para la dirección política del país, hurtando así incluso del conocimiento de los especialistas – de los historiadores – una información relevante. El secreto se ha extendido hasta unos límites sorprendentes lo que sólo permite el recurso a fuentes indirectas de conocimiento – las memorias de los participantes escritas años más tarde (¿cuantos para verse librados de la obligación de secreto?) o las entrevistas –.

El modelo de las Corporaciones locales reproduce en parte la dicotomía secretismo gubernamental/publicidad parlamentaria, pues las sesiones de los Plenos de las Corporaciones locales serán públicas¹⁴⁷. Esta publicidad se ha visto reforzada estos últimos años mediante la práctica de su retransmisión en directo mediante la plataforma que suministra Internet vía los portales electrónicos municipales¹⁴⁸ – a imagen y semejanza de las TV parlamentarias – o a través de algunas radios municipales¹⁴⁹, aunque el carácter poco periodístico de este formato hace aconsejable optar por la anterior forma de retransmisión y, en cambio, presentar de manera ya más elaborada el contenido de los asuntos tratados y debatidos en los programas de carácter informativo de los medios de comunicación audiovisuales. En esta misma dirección de reforzar la transparencia y entenderla en su máxima extensión en los órganos que tienen una naturaleza más deliberativa que ejecutiva, el Tribunal Constitucional ha establecido recientemente la inconstitucionalidad de la regla en virtud de la cual no tenían el carácter de públicas las sesiones de las Juntas de Gobierno Local¹⁵⁰, entendiendo que la regla deberá ser a publicidad de las juntas de gobierno cuando actúan por delegación de los plenos de las corporaciones locales¹⁵¹.

La regla de la publicidad inherente a las asambleas garantiza la publicidad de todas las opiniones, de las mayoritarias que luego se plasmarán en su caso en los acuerdos adoptados, pero también de las minoritarias que no encontrarán en cambio su reflejo en el acto o reglamento aprobado. El régimen de publicidad de las asambleas de las Corporaciones locales se ha construido a imagen y semejanza del de los parlamentos y por ello no tiene sentido el debate sobre la publicidad de las opiniones disidentes pues la

“en las sesiones plenarias deberán recogerse sucintamente las opiniones emitidas” (art. 50 RDLeg. 781/1986; puesto que las sesiones son públicas el acta ya puede reflejar las opiniones vertidas.

¹⁴⁷ Art. 70.1 LBRL.

¹⁴⁸ Por ejemplo el de Girona www2.girona.cat/ca/ple.

¹⁴⁹ Como por ejemplo, en el caso de Tarragona www.tarragonaradio.cat.

¹⁵⁰ Prevista en el mismo precepto, el art. 701 LBRL.

¹⁵¹ STC 161/2013, de 26 de septiembre de 2013.

autoridades independientes de regulación y transparencia

publicidad es inherente a su funcionamiento ordinario, todas las posiciones y opiniones son públicas, cuestión distinta es el alcance de su reflejo en las actas donde puede destacarse una notable diferencia entre el modelo de literalidad propio de los parlamentos y el modelo más sintético propio de los Plenos de las corporaciones Locales. Sin embargo, en la medida que el acta no debe necesariamente ser una transcripción literal de lo sucedido en la sesión sino que puede limitarse a recoger los puntos principales de la deliberación – los aspectos fundamentales del debate–, este aspecto limitado ha generado especiales controversias y se ha ido progresivamente generalizando la práctica de la grabación de las sesiones; no sin que esta fórmula no haya suscitado también conflictos al estar en algunos supuestos prohibida con carácter general en el correspondiente reglamento orgánico de la respectiva corporación¹⁵² o en otros la prohibición procedía de una simple orden del Alcalde¹⁵³.

La Administración Pública se ha desarrollado en un entorno dominado por la visión de sus cometidos como mera ejecución de la ley, en este contexto en la que prima una visión en la que la administración se limita a subsumir los hechos en la norma jurídica, la regla del secreto era omnipresente pues era inherente al modelo en el que no cabía espacio volitivo. La transformación de sus tareas y la emergencia de cometidos en los que era imprescindible la existencia de un margen de libre apreciación han ido paulatinamente cambiando la cultura institucional; así, progresivamente también se ha ido abriendo camino la publicidad, primero mediante la motivación de los actos y el reconocimiento de un derecho de acceso a los documentos limitado. Sin embargo, dado el carácter jerárquico de su estructuración y el carácter unipersonal de la mayoría de los órganos administrativos que tenían competencias de carácter decisorio carecía de toda razón de ser el debate acerca de la publicidad de las opiniones disidentes. Por ello esta cuestión no se planteó hasta la LRJPAC de 1992 que procede por primera vez a establecer un marco legal para los órganos administrativos de naturaleza colegial, seguramente por la necesidad de abordar de manera general las cuestiones que se suscitaban en torno a los órganos de carácter representativo¹⁵⁴.

¹⁵² Ello ha originado distintas Resoluciones de las instituciones de las CCAA equivalentes al Defensor del Pueblo favorables a la grabación y difusión íntegra de los sesiones, vid. la última, del Diputado del Común de Canarias, EQ-0211/2013, en la misma dirección que luego establecerá el TSJ Canarias que ha anulado el correspondiente precepto del reglamento orgánico del mismo municipio (diciembre 2013).

¹⁵³ Vid. Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2009 que estima un recurso contra una decisión de un Alcalde por entenderla contraria al art. 20 CE.

¹⁵⁴ Vid. con carácter general sobre los órganos colegiados, E. Carbonell: *Los órganos co-*

Sin perjuicio de la pertinencia de tomar en consideración las razones esgrimidas a favor o en contra de la publicación de la opinión disidente – lo que técnicamente se conoce como voto particular en el derecho español – en el ámbito de las Administraciones Públicas, el legislador básico ha establecido ya decididamente que a los miembros de los órganos colegiados les corresponde ejercer el voto, formular el voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los criterios que lo justifican (art. 24.1.c). No parece que sea pertinente entrar ahora en el análisis del carácter básico o supletorio de esta parte de la LRJPAC¹⁵⁵, pero sí que es preciso recordar que no todos los elementos que configuran las reglas de los órganos colegiados establecidos en esta ley afectan únicamente a cuestiones organizativas, puesto que algunos aspectos inciden directamente en la regularidad del procedimiento y muy especialmente en el régimen jurídico de los actos administrativos adoptados.

El legislador básico y posteriormente la legislación autonómica han establecido la distinción entre dos formas de distinto alcance para otorgar significación práctica a la existencia de discrepancias o disidencias en el proceso de adopción de decisiones en seno del órgano colegiado. Así, sin entrar en detalles, la legislación ha diferenciado dos expresiones de la posición disidente: por una parte, aquello que necesariamente deberá constar en el acta – el sentido del voto de los miembros, y cuando sea contrario los motivos que lo justifiquen, y en su caso la existencia de votos particulares – y por otro aquello que deberá exteriorizarse, el voto particular. La función del voto particular no consiste sólo en salvar cualquier tipo de responsabilidad que pudiera derivarse del órgano colegial¹⁵⁶, su cometido va más allá de esta función interna pues al exteriorizar la posición disidente contribuye al control judicial – si es una resolución – o a los fines de asesoramiento y consulta – si es un acto de trámite –¹⁵⁷.

legiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos, ed. CEPC, Madrid, 1999.

¹⁵⁵ Como es bien conocido la STC 50/1999 la declaró fundamentalmente no básica, vid. por todos recientemente, E. Carbonell: “Comentarios al Título II. De los órganos colegiados”, M. Sánchez Morón, N. Maurandi Guillén (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/1992*, ed. Lex Nova/Thomson Reuters, Madrid, 2013.

¹⁵⁶ En los antecedentes de la reglamentación del voto particular en sede judicial se puede situar el denominado “voto reservado” que se inscribía en un registro, pero en la medida en que sólo cumplía la función de salvar la responsabilidad del juez no es un antecedente en sentido estricto, F. J. Ezquiaga Ganuzas: *El voto particular*, op. cit. Preservar la responsabilidad del miembro del órgano colegiado es la función que cumple en los órganos administrativos la expresión de la discrepancia recogida sólo en las Actas (art. 27 LRJPAC).

¹⁵⁷ E. Carbonell: “Comentarios al Título II. De los órganos colegiados”, op. cit.

autoridades independientes de regulación y transparencia

El reconocimiento de la figura del voto particular supone la exteriorización de la opinión disidente y mediante este instrumento se abre un cauce para reforzar la exigencia legal de una motivación suficiente de las decisiones de las administraciones públicas; esta regla establecida con carácter general en la LRJPAC mediante una fórmula no demasiado feliz (“con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, art. 54) debe ser interpretada en concordancia con la complejidad del ámbito material y muy especialmente con el carácter más o menos discrecional de la potestad ejercida. Cuanto mayor sea el espacio o margen de libre apreciación, cuanto más relevantes sean las consideraciones extrajurídicas a tomar en consideración, más intensa y extensa deberá ser la fundamentación o motivación del acto¹⁵⁸. Y en esta dirección parece factible defender que la exteriorización del voto particular refuerza la calidad y extensión de la motivación, en la medida que se explicitan unos criterios distintos a los que han guiado la decisión se abre un diálogo que permite comprender mejor las razones y consideraciones que la fundamentan. En el bien entendido que no cabe confundir el voto particular con el contenido de la deliberación que se mantiene secreto o reservado¹⁵⁹, no se trata de reproducir la discusión habida ni los puntos de vista u opiniones que se han formulado. Como también señala el derecho europeo, el proceso – interno – de toma de decisiones debe ser objeto de protección, ello supone que podrá denegarse la divulgación de determinados documentos elaborados única y exclusivamente con la finalidad de aportar argumentos, razones y datos en el proceso de elaboración de la posición de la Comisión – o del consejo fundamentalmente –; aunque en determinados supuestos deberá examinarse de manera ponderada si existe un interés público superior que justifique la publicidad de determinados documentos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Como se infiere de la Jurisprudencia del TJUE en el ámbito del derecho de la competencia – concentraciones y ayudas de estado.

¹⁵⁹ En el ámbito del derecho europeo constituye una excepción al derecho de acceso a los documentos la necesidad de proteger el secreto de las deliberaciones, vid. una presentación del significado del concepto de “deliberación”, en A. Cerrillo: *La transparencia administrativa...*, *op. cit.*

¹⁶⁰ Vid. art. 4 del Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso público de los documentos del parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión que habilitan la “denegación del acceso a aquellos documentos elaborados por una institución para su uso interno o recibido por ella relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones, salvo que la divulgación revista un interés público superior. Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para su uso interno en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión si la divulgación del documento per-

Ahora bien, no es posible desconocer que la lectura conjunta de la decisión adoptada por el órgano colegiado y la posición expresada en el voto particular permite entender mejor las circunstancias en las que se ha producido el acuerdo¹⁶¹, ilumina su sentido y alcance. Especialmente si se toma en consideración la tendencia del derecho positivo español a incrementar progresivamente la publicidad de los informes en que se basan las decisiones (del CNMC)¹⁶². Una proceso de divulgación de los informes en el que claramente las AIR han sido el motor puesto que normalmente publicaban los informes elaborados a petición del gobierno y no sólo en el contexto de la elaboración de textos normativos, sino en general sobre las actuaciones relativas a los distintos sectores¹⁶³.

La posibilidad del voto particular, la exteriorización de la opinión disidente es un incentivo para que el ejercicio del poder público se vehicule efectivamente mediante un procedimiento de toma de decisiones que garantice el análisis metódico de los hechos, la consideración rigurosa y ponderada de los distintos intereses en presencia. La posibilidad de hacer públicas razones, posiciones y respuestas distintas a las adoptadas por la mayoría mediante la adopción del acuerdo colegial opera como un acicate a tomar mejor la decisión pues garantiza un debate previo más razonado, más argumentado, en definitiva una deliberación más robusta y por lo tanto una decisión más acertada y más adecuada al interés general¹⁶⁴. La posibilidad de que existan varias opiniones fundamentadas es una realidad en el ámbito de la regulación económica y por ello es especialmente necesario que quede suficientemente reflejado el proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión¹⁶⁵. En esta dirección parece que todos los instrumentos que co-

judicara gravemente el proceso de toma de decisiones, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior”; vid. STJUE de 21 de julio 2011, asunto C-506/08 P y STJUE de 14 de noviembre de 2013, asuntos acumulados C-514/11 P y C-605/11 P.

¹⁶¹ F.J. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*

¹⁶² Art. 37.1.c LCNMC.

¹⁶³ Art. 37.1.h LCNMC que recoge la práctica de las AIR que han desaparecido con la creación de esta nueva institución. Sin embargo esta experiencia no parece haber sido aprovechada en la reciente Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno puesto que en su artículo 7.d limita la obligación de publicación a aquellos informes y memorias que conforman el expediente de elaboración de los textos normativos (BOCGCD de 5 de diciembre de 2013).

¹⁶⁴ La vinculación entre motivación y transparencia ya la examinábamos en E. Malaret: “Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento”, en J. Tornos (coord.): *Administración Pública y procedimiento administrativo*, Barcelona, ed. Bosch, 1994.

¹⁶⁵ Con carácter más general, vid. por todos, J. Igartua Salaverría: *La motivación de los nombramientos discrecionales*, ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

adyuven a tomar la mejor decisión para el interés general deben ser potenciados.

La publicidad del voto particular posibilita el control de la actividad de los órganos administrativos por parte de la opinión pública, este control difuso contribuye a reforzar la legitimidad democrática¹⁶⁶ de las instancias decisorias. Divulgar documentos que hasta ahora parecían sólo destinados a los arcanos del poder supone ampliar la capacidad de convencer, de argumentar más y mejor, en definitiva refuerza la capacidad de diálogo no sólo de los destinatarios de las decisiones (que a veces pueden ser grandes grupos económicos y disponer entonces de enorme capacidad de conocimiento y convencimiento), sino de todos los interesados y los ciudadanos en general; pues conocer las razones, los datos – las estadísticas, los estudios (encargados o realizados por los propios servicios), los informes sobre los que se ha basado la decisión permite controlar mejor a los poderes públicos y pedir explicaciones de manera más fundamentada, precisa y rigurosa. Parece que no debería esperarse al planteamiento del conflicto en sede jurisdiccional para conocer con precisión los elementos relevantes que han conducido a una determinada toma de posición¹⁶⁷, especialmente si recordamos que en numerosos supuestos existe un ámbito para la libre apreciación de la AIR.

La transparencia del proceso de toma de decisiones y de las motivaciones aducidas para justificar las posiciones robustecen la credibilidad de las decisiones adoptadas y por ello no debe sorprender que la mayoría cuando no la totalidad de las AIR españolas procedan generalmente a publicar los votos particulares¹⁶⁸, siguiendo la estela de la mayoría de países de nuestro entorno – con la notable excepción de Francia (dónde la concepción prevalente sobre la aplicación del derecho¹⁶⁹ impide el mismo reconocimiento

¹⁶⁶ Una presentación exhaustiva, ordenada y sistemática de todas las razones aducidas para defender el secretismo, o por el contrario la publicidad de la disidencia en FJ. Ezquiaga Ganuzas, *op. cit.*; este autor muestra como algunos argumentos sirven tanto para defender la transparencia como su ausencia.

¹⁶⁷ Vid. un análisis minucioso del procedimiento y de las razones tomadas en consideración en la jurisprudencia del TJUE en materia de concentraciones y ayudas públicas, por ejemplo en la sentencia que considera que no tuvieron el carácter de ayudas públicas los fondos públicos aportados al banco ING, STJUE de 2 de marzo de 2012, asunto Reino de los Países Bajos vs ING Groep NV.

¹⁶⁸ Vid. en esta dirección la previsión expresamente contemplada en los Reglamentos de la CNE, de la CMT y de la CNC antes de su disolución; así mismo en las páginas web de estas instituciones también era posible encontrar junto a las Resoluciones e informes adoptados por la mayoría la posición disidente de algún consejero – y en algún caso del mismo presidente.

¹⁶⁹ Sobre las distintas ideologías y concepciones en torno a la aplicación judicial del

de la disidencia, aunque la publicación de las actas de las deliberaciones de órganos como el *Conseil Constitutionnel* han evidenciado que no siempre se ha producido la unanimidad).

Si como hemos visto, la concepción burocrática de la administración no contempla la disensión y por ello, indirectamente supone la prohibición de disentir, así como una determinada manera de concebir la aplicación del derecho en el que los problemas se limitan a una mera operación de subsunción, la irrupción de la colegialidad¹⁷⁰ ha alterado radicalmente este modelo y ha inducido a reconsiderar muchos de las reglas vigentes en el derecho positivo. En esta dirección, parece que sería conveniente diseñar un régimen jurídico de las actas de los órganos colegiados que tuviera más en cuenta los requerimientos vinculados, por una parte a la garantía de la eficacia del proceso decisorio que puede suponer en su caso la preservación del secreto de las deliberaciones – aunque no necesariamente ésta sea la única respuesta posible pues progresivamente se asiste a una tendencia hacer públicas las actas de las reuniones de los consejos¹⁷¹–, y por otra parte la necesidad de control y rendición de cuentas inherente a todo poder público en democracia, lo que supondría establecer reglas en relación a la publicidad o no del resultado de las votaciones. Sorprendentemente a hora puede suceder que sólo sea conocido cuando se exige mayorías reforzadas y ello puede condicionar la validez del acuerdo. Y también debería valorarse en qué plazos deberían hacerse públicas las actas o si quizás sólo es pertinente publicar un resumen¹⁷²; aunque no debería perderse de vista que el acceso a estos documentos sería factible en el marco de un proceso judicial.

derecho y su vinculación con el régimen del voto particular, vid. J. Igartua Salaverria: “Voto particular vs. Tesis de la única solución correcta”, en estudio introductorio a F. J. Ezquiaga Ganuzas: *El voto particular*, op. cit.

¹⁷⁰ M. Cammelli fue quizás uno de los pioneros en el análisis de los cambios que suponía la irrupción de la colegialidad en las estructuras burocráticas, *L'amministrazione per collegi*, Giuffrè, Milano, 1980.

¹⁷¹ Vid. por ejemplo, la previsión relativa a la Agencia de Cooperación de los reguladores de la Energía: “la Agencia publicará en su propio sitio de Internet al menos el orden del día. Los documentos de referencia y, en su caso, el acta de todas las reuniones del consejo de administración, del consejo de reguladores y de la sala de recurso” (art. 10.4 Reglamento 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009).

¹⁷² La Reserva federal de EEUU publica inicialmente solo un resumen de la deliberación y transcurrido un tiempo relativamente breve difunde la transcripción literal. Este material ha sido ya objeto de estudio por los académicos, pero también ha sido analizado y utilizado en las audiencias públicas celebradas por el Senado dentro del procedimiento de nombramiento de la candidata propuesta por el presidente Obama; la sesión del Senado era pública y era retransmitida en directo por Internet de manera que podía ser seguida por cualquier persona des de cualquier lugar (<http://www.banking.senate.gov>).

autoridades independientes de regulación y transparencia

En parangón con el derecho europeo y norteamericano podemos sostener que los ciudadanos deben disponer de toda aquella información en poder de las administraciones públicas que les permitan controlar a los poderes públicos y sólo de manera excepcional cabrá excepcionar aquellos documentos cuya divulgación prematura – antes de adoptar la decisión – pueda generar confusión y dificultar el proceso interno de toma de decisiones al impedir las discusiones internas entre distintos niveles de la estructura jerárquica.

Obviamente, todo proceso de divulgación de documentos deberá tomar en consideración si existen aspectos confidenciales¹⁷³. Una garantía de la confidencialidad que tiene en el deber de confidencialidad su complemento imprescindible y que no tiene que limitarse a los miembros del correspondiente órgano colegiado¹⁷⁴.

5.4. Más allá de la publicidad de la actividad formal, la necesaria transparencia de la programación de la actividad, de las intervenciones de carácter no resolutorio y de la actividad informal

Las AIR – y en general la administración pública – deberán velar porque los ciudadanos y las partes interesadas reciban una información objetiva, fiable y de fácil acceso. Estos principios guían la publicidad activa, esto es la obligación de suministrar información sin necesidad de que exista una petición previa, un cambio de perspectiva que disciplina el régimen de la transparencia administrativa en la actualidad. Para que la información sea útil a los ciudadanos debe priorizarse aquella información que suministra elementos relevantes o significativos. No aporta ningún valor generar cantidad

¹⁷³ *Vid.* por ejemplo la regulación contemplada en las Directrices CMT sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la CMT, art. 37 1 LCNM y art. 20 del Reglamento 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 y con carácter más general, E. Guichot: “Transparencia versus protección de datos”, en Aa.Vv.: *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, ed. INAP, Madrid, 2011.

¹⁷⁴ Art. 28.2 LCNMC y en el derecho europeo, el art. 20 Reglamento 1211/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el organismo de reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina, que lo extiende a los expertos externos y a los miembros del personal de la Oficina, incluso después de haber cesado en sus cargos.

¹⁷⁵ *Vid.*, por ejemplo, *Draft Work Programme 2013 BEREC Board Regulators*, septiembre 2012, o el proyecto de OFGEM (la autoridad británica del gas y la electricidad) *Forward Work Programme 2012-2013*, www.ofge.uk; o el OFCOM *Programme of Work 2012-2013*, publicado el 29 de marzo 2012, www.ofcom.uk.

de datos descontextualizados, incompletos o fragmentados: el exceso de información no puede convertirse en una estrategia para esconder lo pertinente, la administración no puede suministrar los datos de tal manera que genere confusión e incompreensión acerca de las políticas y actuaciones que efectivamente desarrolla.

Es en este entorno jurídico, impulsado por el cambio tecnológico que ha supuesto Internet, para poder efectivamente garantizar el control ciudadano de la actividad administrativa y mejorar la gestión pública, la publicación de los planes anuales de actuación se convierte en una herramienta esencial. La publicación de los planes anuales constituye una práctica habitual en algunos países de nuestro entorno, sin embargo entiendo que el dato que aporta mayor innovación en relación a este modo de proceder todavía poco presente en nuestro paisaje institucional es que estos planes se someten a consulta o información pública¹⁷⁵ y sólo son aprobados definitivamente después del examen o toma en consideración de las consideraciones y propuestas planteados por distintos sujetos.

En el bien entendido que no tiene demasiado sentido que la ley imponga su publicación¹⁷⁶ pero no su realización, por ello debería entenderse que la referencia a los mismos supone indirectamente una obligación de planificación y racionalización de la actividad. Una obligación de planificación de la actividad tanto más relevante cuando se produce en el ámbito de la actuación supervisora, la elaboración y aprobación de planes de inspección supone una reducción de la discrecionalidad administrativa lo que redundará a su vez en la posibilidad de una mayor igualdad en el tratamiento de las distintas situaciones irregulares. A, en coherencia con la necesidad de mejorar la calidad de los procedimientos de supervisión de las AIR¹⁷⁷, la CNMC deberá aprobar anualmente una memoria sobre el ejercicio de la función supervisora en el que se examinen la adecuación de las decisiones adoptadas a los procedimientos establecidos; esta memoria deberá ser remitida a las Cortes Generales y al Ministerio correspondiente¹⁷⁸.

En esta dirección y siguiendo las mismas pautas establecidas en la legislación europea y muy especialmente en la legislación británica, la LES y posteriormente, también la LCNMC han establecido la necesaria aproba-

¹⁷⁶ Art. 6.2 Ley de transparencia.

¹⁷⁷ Vid, el apartado 24 del *Memorandum of Understanding on Financial Sector Policy Conditionality* (MoU), aprobado el 20 de julio de 2012, en el que se estipula el compromiso del Banco de España de revisar los procedimientos de supervisión y el proceso de toma de decisiones y el Informe del Banco de España de 16 de octubre de 2012, Análisis de los procedimientos supervisores del Banco de España y recomendaciones de reforma.

¹⁷⁸ Art. 38.2 LCNMC.

autoridades independientes de regulación y transparencia

ción y publicación de los planes anuales de actuación en los que deberá determinarse las líneas básicas de actuación, así como los objetivos y prioridades correspondientes¹⁷⁹. Con la finalidad de garantizar el control parlamentario y social de la actividad de la CNMC, estos planes no sólo deben publicarse en la correspondiente página web¹⁸⁰, sino que deberán también remitirse a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio de Economía y Competitividad¹⁸¹.

Los planes anuales se añaden a otros tipos de documentos que también deben ser remitidos al parlamento, el Informe anual y, en su caso, los informes sectoriales, así como la Memoria cuyo contenido se establece de manera precisa.

Pero si, como vemos los instrumentos para garantizar el control parlamentario y la rendición de cuentas de la CNMC están correctamente diseñados¹⁸², cuestión distinta será luego la de su efectividad, parece que queda todavía un camino por recorrer para alcanzar los niveles de apertura al público y transparencia equivalentes a los que desarrolla la autoridad británica OFCOM. Esta organización aprueba su plan anual de trabajo después de haberlo sometido a consulta pública y haber tomado en consideración las observaciones y consideraciones formuladas por los operadores y los consumidores. El plan anual no es el fruto de un proceso burocrático, es el resultado de un diálogo abierto y transparente con todos los sujetos interesados; las prioridades no se han definido sólo de manera interna. Ello facilita también una posterior evaluación de los compromisos adquiridos. Una evaluación que también deberá ser realizada cada tres años por la CNMC. Si bien cabe señalar que este requerimiento legal¹⁸³ todavía no está explícitamente establecido en relación a otras autoridades independientes a pesar del tiempo transcurrido desde la creación de la Agencia de evaluación de políticas públicas y calidad de los servicios¹⁸⁴.

Finalmente, para cerrar este abanico de herramientas específicas y que

¹⁷⁹ Art. 37.g LCNMC.

¹⁸⁰ Como con carácter general se establece en el art. 5.4 de la Ley de transparencia, y en concreto para la CNMC, art. 37.1.g LCNMC.

¹⁸¹ 37.2 LCNMC.

¹⁸² Vid. Art. 39 LCNMV.

¹⁸³ Aunque aparece previsto de manera genérica para el conjunto de las administraciones públicas en la Ley de transparencia (art. 6.2).

¹⁸⁴ Creada en 2007, de acuerdo con la Ley 28/2006, de agencias estatales para la mejora de los Servicios públicos; su misión y sus cometidos aparecen claramente identificados a partir de la publicación Informe de la Comisión de expertos creada para examinar su creación y sus tareas, Informe de 4 Octubre de 2004.

cobran especial significado en el contexto de la regulación económica, debe hacerse una mención especial a dos instrumentos de orden muy distinto: i) las respuestas a las consultas y ii) las agendas de los miembros del Consejo en las que consten las reuniones con los operadores y con otros grupos. En ambos supuestos se trata de introducir transparencia a las relaciones entre las AIR y el público – los ciudadanos y las empresas en general, más allá de los titulares de intereses específicos–; pero a pesar de su significación práctica sólo la LCNMC establece el carácter obligatorio de su publicación, en los otros ámbitos será una decisión discrecional de los respectivos órganos decisorios. Si bien hay que recordar que tanto la extinta CNE como la extinta CMT venían desarrollando una práctica de consultas públicas previa a la adopción de nuevos criterios en determinados ámbitos y muy especialmente antes de adoptar una posición en algunos supuestos en los que el Gobierno – o el ministerio sectorial – habían solicitado la realización de un Informe antes de adoptar nuevas políticas en el respectivo sector. Un análisis de los temas que han sido objeto del procedimiento de consulta ilustra bien acerca de la complejidad del tema de debate y pone en evidencia como cuestiones muy técnicas esconden una problemática de alto calado desde el punto de vista de la diversidad, heterogeneidad y contraposición de los intereses en presencia¹⁸⁵. La finalidad de los procedimientos de consulta pública (construidos a imagen y semejanza de los procedimientos de elaboración de reglamentos¹⁸⁶) es la de recoger las opiniones y sugerencias de todos los actores y agentes interesados – más allá de los titulares de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico – con respecto a la introducción de cambios en los marcos reglamentarios o regulatorios; por ello las respuestas recibidas se entiende que no tienen carácter confidencial¹⁸⁷, deberán ser tomadas en consideración pero, obviamente, ello no supone que deban

¹⁸⁵ A título de ejemplo en la página web de la CNE (30 de setiembre de 2013) podía encontrarse una relación de *consultas públicas concluidas*, “Consulta pública sobre la metodología de asignación de costes a los peajes y cánones de acceso a las infraestructuras gasistas”, Consulta pública sobre la metodología de asignación de costes a los peajes de acceso eléctricos”, “Consulta pública sobre el mecanismo de pago por capacidad”, “consulta pública sobre medidas de ajuste regulatorio en el sector energético” (de 9 de marzo de 2012).

¹⁸⁶ Sorprendentemente la LCNMC no ha contemplado un procedimiento especial para la aprobación de las Circulares – ésta es la denominación que reciben las disposiciones de carácter vinculante– y se limita a contemplar única y exclusivamente el trámite de audiencia para los titulares de derechos e intereses legítimos que resulten afectados, sin plantear la necesidad de abrir con carácter general un trámite de información pública abierto a todos los ciudadanos.

¹⁸⁷ Como expresamente indicaba la CNE al abrir un proceso concreto, añadiendo que serían trasladadas al Ministerio con el Informe que realizaría la propia CNE.

autoridades independientes de regulación y transparencia

adoptarse como propuestas de la propia autoridad de regulación¹⁸⁸. Si bien entendemos que en el Informe debería motivarse – entendido como presentación de razones y argumentos – o justificarse la opción seguida y por qué se han descartado otras. Nótese que esta es la solución que se infiere de las exigencias reforzadas de motivación que ha establecido la jurisprudencia del TJUE en aquellos supuestos en los que la Comisión dispone de un margen de libre apreciación¹⁸⁹, y también se establece en el derecho sectorial, así por ejemplo, “la Agencia indicará la consideración dada a las observaciones recibidas durante la consulta y señalará los motivos por los que no siguieron dichas observaciones”¹⁹⁰.

La práctica de los procedimientos de consulta pública es ampliamente desarrollada por las distintas AIR presentes en el entorno de los países miembros de la UE y en EEUU y alcanzan procedimientos muy heterogéneos. En esta dirección cabe recordar de nuevo como la organización británica que se ocupa de las telecomunicaciones y el audiovisual (OFCOM) desarrolla regularmente procedimientos de consultas públicas cuando debe proceder a adjudicar licencias de radio o televisión, o cuando debe modificar el contenido de las mismas¹⁹¹.

Esta práctica de diálogo abierto y transparente con el público en general, o más en concreto con los distintos actores presentes en el sector aparece expresamente prevista en el derecho europeo de algunas autoridades independientes, «la Agencia *consultará de forma exhaustiva* y en una *fase temprana* a los participantes en el mercado, los gestores de la red de transportes, los consumidores, los usuarios finales, de forma abierta y transparente»¹⁹². Cabe entender que no se trata de un simple mandato, sino que se establece una obligación de resultado. Es en este contexto en el que cobra toda su relevancia la obligación de «velar porque el público y las partes interesadas reciban *información objetiva, fiable y de fácil acceso*, especialmente en lo que respecta a los resultados de su trabajo»; aunque cabe que en determinados casos deba realizarse una ponderación para determinar el alcance preciso y con-

¹⁸⁸ Quizás sea en cambio excesiva la regla establecida en el art. 86.3 LRJPAC en virtud de la cual los que comparezcan en el trámite de información pública presentando alegaciones u observaciones tienen derecho a obtener una respuesta razonada.

¹⁸⁹ Por ejemplo sentencia ING STJUE de 2 de marzo de 2012, asunto Reino de los Países Bajos vs ING Groep NV.

¹⁹⁰ Art. 10.3 Reglamento 713/2009, de creación de la Agencia de cooperación de los reguladores de la energía.

¹⁹¹ Vid. la página web de la británica Ofcom: www.ofcom.org.uk.

¹⁹² Art.10.1 Reglamento 713/2009 de creación de la Agencia de cooperación de los reguladores de la energía.

creto de los documentos que deben ser objeto de publicidad y por ello siempre se añade el inciso final “si procede”. Aunque en la medida que cabe la posibilidad de excepcionar la regla general de transparencia, como toda excepción deberá ser interpretada restrictivamente y explicitando las razones que justifican la decisión; la motivación deberá aportar los elementos de juicio necesarios para poder entender legítima la decisión de mantener el secreto en relación a algunos aspectos de los documentos o algún documento en concreto. Unos razones que necesariamente deberán estar contempladas en la normativa que establece el marco legal del acceso público a la información de las instituciones europeas¹⁹³.

En la misma dirección de garantizar la máxima transparencia en el proceso decisorio y de evitar la preponderancia de los intereses más fuertes o mejor organizados, el derecho sectorial europeo establece la obligación de «publicar todos los documentos y actas de reuniones de consulta» mantenidas durante la elaboración de determinados instrumentos regulatorios¹⁹⁴. Y el derecho norteamericano señala que puesto que «los ciudadanos tienen derecho a recibir la máxima cantidad de información posible relativa al proceso de decisiones del gobierno federal, las reuniones de las agencias se celebrarían en público, excepto en aquellos casos en los que hubiese quedado exceptuado este derecho» (*The Government in the Sunshine Act* de 1976).

Este mismo criterio lo podemos encontrar también expresado en la LCNMC que establece que deberán difundirse «las reuniones de los miembros de la Comisión con empresas del sector» (art. 38.1.j LCNMC), una regla anteriormente establecida en la LES pero que sorprendentemente no parece haber sido aplicada puesto que no se han podido encontrar rastros de estas reuniones en las páginas web de las distintas AIR sometidas a su ámbito de aplicación. La publicidad de estas reuniones se entiende que es relevante a efectos de poder posteriormente identificar los colectivos que ha influido en la adopción de las distintas medidas o en la misma identificación de las prioridades. La transparencia es fundamental para poder equilibrar a favor del interés general la presencia de los grupos de interés¹⁹⁵.

¹⁹³ Reglamento 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

¹⁹⁴ Art.10.3 Reglamento 713/2009 de creación de la Agencia de cooperación de los reguladores de la energía.

¹⁹⁵ Vid. la regulación de los grupos de interés adoptada para las instituciones europeas, *Acuerdo Interinstitucional del Parlamento y la Comisión Europea, 23 de junio de 2011, relativo a un registro de transparencia común*, sobre el proceso de determinación de un marco legal para los lobbies y el debate acerca de los límites de una reglamentación en este campo, M.M Vlaicu:

Si, como hemos visto anteriormente, el principio de transparencia ha conocido un fuerte impulso con el advenimiento de la web 2.0, y en consecuencia de este nuevo entorno tecnológico podemos inferir una visión renovada de los principios propios del estado democrático de derecho, entonces, el cambio de modelo que supone el tránsito de una publicidad basada en el derecho de acceso a los documentos a otra basada en la asignación de una obligación de publicar a la propia administración – o publicación activa – requiere necesariamente de la determinación de las reglas y principios que disciplinan este nuevo cometido de la administración pública¹⁹⁶.

La publicidad activa, la obligación que se impone a la administración de suministrar datos y documentos sin necesidad de que medie una petición del particular coloca en el centro del nuevo modelo los requisitos que deberá reunir esta información. La obligación de suministrar una *información veraz y de calidad* que estableció inicialmente la LAECSP al establecer el marco legal del uso de las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las Administraciones públicas, se encuentra expresamente contemplado en la actualidad en diversos instrumentos legales¹⁹⁷, pero sin embargo no ha sido expresamente recogido con tal rotundidad por la Ley de transparencia que ha optado por una fórmula distinta, enfatizando la accesibilidad, “toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito” (art. 5), aun que también contempla la publicidad activa, pero de manera parcial y limitada.

La transparencia, la publicidad actividad impone a la Administración una obligación de suministrar información que permita el control público, más allá del necesario control parlamentario. Un control este último que tanto en la LES como luego en la LCNMC se ha visto reforzado y que presenta un cierto carácter compensatorio de la desvinculación al poder de dirección gubernamental. Las AIR deben rendir cuentas, responder de su actividad; no se trata sólo de comparecer al menos anualmente ante la correspondiente comisión del Congreso de los Diputados para exponer las líneas básicas y los planes y prioridades. Entendemos que habrá que debatir, argumentar, convencer acerca de las opciones y estrategias de política regulato-

“Accessibilité du droit et réglementation du lobbying: l'influence du système des États-Unis sur l'Union Européenne”, *Jurisdoctoria*, 2008, 1; M. Oddo: Une nouvelle réglementation des lobbies à Bruxelles”, *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2009, 524.

¹⁹⁶ De algunos aspectos nos hemos ocupado anteriormente en E. Malaret: “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”, *RCDP*, núm. 35, 2007.

¹⁹⁷ *Vid.* especialmente, el art. 28 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Catalunya.

ria adoptadas. Determinar prioridades, orientar y organizar los recursos – presupuestarios y de personal supone apreciar de una determinada manera los retos, las carencias, las vulnerabilidades que están presentes en un determinado sector o ámbito de regulación; significa ejercer espacios de discrecionalidad y por ello hay que responder ante el parlamento. Si bien parece que la LCNMC sólo establece el debate – y la evaluación – cada tres años, entiendo que ese es una garantía mínima pero que no parece suficiente para afrontar los requerimientos de una democracia de calidad.

La comparecencia en sede parlamentaria de los presidentes de las AIR debería estructurarse y desarrollarse de manera que se garantizara efectivamente la publicidad de las distintas posiciones y concepciones acerca de la actividad desarrollada por las AIR y las necesidades sociales, económicas y culturales presentes en la regulación de los distintos sectores. Debería garantizarse un debate riguroso pero a la vez vigoroso, el interés general no es precisamente irrelevante en estos ámbitos.

Y finalmente, es preciso hacer una breve referencia a un tipo de instituciones que si bien son Autoridades independientes, no responden a la caracterización de las AIR pues sus cometidos son radicalmente distintos, los Bancos centrales. No podemos realizar ahora un análisis en profundidad pero sí que cabe hacer alguna breve consideración. En la medida que estas instituciones tiene asignada la elaboración e implementación de la política monetaria, esto es el ordenamiento jurídico les ha asignado un amplio espacio de decisión (que puede ser mayor o menor en función de los contextos concretos), determinan los objetivos y los instrumentos¹⁹⁸, las exigencias de transparencia son crecientes y asistimos en la actualidad a unos cambios significativos en las exigencias legales de difusión de las posiciones y los documentos. Una obligación de suministrar información que necesariamente debe ser adaptada a las peculiaridades del quehacer concreto de este tipo de instituciones; en la medida que no dictan actos administrativos no cabe exigir una motivación amplia y detallada de sus decisiones. Por ello se han desarrollado instrumentos específicos que cubren tanto los aspectos de carácter general – que operan en un horizonte temporal más largo – como los de carácter más concreto – que operan en relación a decisiones que se mueven en un horizonte de más corto plazo –. Un buen ejemplo lo constituyen las Orientaciones del Banco Central Europeo¹⁹⁹ o una herramienta

¹⁹⁸ Vid. las referencias fundamentales en, E. Malaret: “Le malaise de la globalisation, la crise économique et les déséquilibres dans la structure des pouvoirs de décision. Pour un constitutionnalisme économique européen ouvert », *Public Law and the economic crisis*, EPLO, Athens, 2013.

¹⁹⁹ Vid. Orientación del Banco Central Europeo de 20 de septiembre de 2011 sobre

autoridades independientes de regulación y transparencia

todavía más peculiar, las “ruedas de prensa del presidente del BCE después de una reunión del Consejo en la que no sólo debe exponer las estrategias adoptadas, sino que debe justificar y fundamentarlas ante la opinión pública y muy especialmente ante la prensa especializada y los actores del mercado; deberá demostrar que son opciones coherentes y razonables y para ello deberá explicitar el análisis del contexto del que se parte para adoptarlas.

Como la transparencia de los poderes públicos y la difusión de información tienen como finalidad garantizar una participación de los ciudadanos y las empresas en la vida colectiva y también sirven al control público de las decisiones adoptadas, vemos como en función del tipo de tarea pública de que se trate deberán desarrollarse instrumentos específicos adecuados al entorno económico e institucional del sector en cuestión.

6. A modo de conclusión

Las Autoridades independientes de regulación ocupan una peculiar posición en la arquitectura constitucional de los poderes públicos: i) creadas por la Ley, ii) la vinculación legal de su actividad reconoce generalmente la existencia de un espacio de libre apreciación guiado por conceptos que apelan en gran medida a la técnica, iii) su poder de decisión está sustraído al poder de dirección gubernamental, iv) los nombramientos de los titulares de los órganos decisorios deben responder a criterios de experiencia y profesionalidad y por ello deberá valorarse su idoneidad, v) la responsabilidad parlamentaria, la rendición de cuentas ante el público cierran el modelo. Ello explica el permanente debate en torno a su legitimidad y la búsqueda de nuevos mecanismos y procedimientos para afianzar los requerimientos del estado de derecho y la democracia.

Unas exigencias que deben necesariamente tomar en consideración la dualidad de su fundamentación, una dualidad presente en el diseño de su régimen jurídico y que obliga a conciliar las dos esferas, la de la democracia – el espacio de la política y las decisiones fundacionales y fundamentales – y el profesionalismo – la técnica que guía los nombramientos y las decisiones de aplicación del marco legal –. Una doble faz que cobra especial consideración si atendemos al dato relevante que las AIR se desenvuelven en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales y en unos campos en los

los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (DOUE, 14 de diciembre de 2011) y el documento “La aplicación de la política Monetaria en la Zona del Euro”, disponible en la página web del Banco de España.

que deberán ponderar los distintos derechos en presencia (libertades de información y de expresión en el audiovisual, tutela de la competencia y libertad de empresa y derechos de los consumidores y usuarios en otros sectores).

Por ello si, en los inicios la creación de las AIR se basó en una justificación instrumental o coyuntural²⁰⁰, basada en la necesidad de separar regulador y operador, ahora cada vez más su desarrollo se fundamenta en una justificación estructural, por la eficacia en el cumplimiento de la función, la calidad de la regulación sectorial es una exigencia de primer nivel para el desarrollo de la democracia y el correcto funcionamiento del mercado. Y en este contexto la credibilidad de las instituciones, la confianza en la certeza y fiabilidad de las decisiones constituyen factores relevantes para la seguridad jurídica y el correcto funcionamiento de los mercados. Prevenir todo riesgo de conflictos de interés es esencial, gobernar a la luz del sol es una exigencia legal de primer nivel.

Pero si ello es cierto, también lo es que este modelo institucional debe conservar todavía un carácter necesariamente excepcional. Parece que sólo cuando exista un ámbito para un espacio de libre decisión basado en la aplicación/interpretación de conceptos y consideraciones de carácter técnico que no puedan ser adecuadamente abordados desde el modelo de administración tradicional, entonces cabe acudir a este modelo de administración.

En estos ámbitos en los que cabe un amplio espacio de apreciación, la necesidad de argumentar, de convencer se convierte en la pieza basilar del modelo de intervención. Ello requiere una exigencia reforzada de un saber profesional y experimentado, – “*les sages*” – pero también una concepción renovada y reforzada de la transparencia. Esto es un proceso de toma de decisiones más abierto y transparente, un quehacer necesariamente procedimentalizado y en el que las decisiones se adopten – dado estos entornos complejos – en el seno de órganos que atiendan a una pluralidad de saberes. Hay que tomar en consideración un nuevo tipo de pluralismo interno que garantiza la toma en consideración de la pluralidad y diversidad de los intereses en presencia y las distintas maneras de entender el interés general; la colegialidad es pues una condición necesaria, pero no única. Y en coherencia con las exigencias de transparencia y con los requerimientos actuales de la teoría de la interpretación – y más en entornos complejos – las AIR no sólo tienen una mayor carga de motivar sus decisiones, y de hacerlo de manera más sustantiva y rigurosa, sino que deberán difundir todos los informes y posiciones que se hayan formulado aun cuando no se hayan se-

²⁰⁰ G. Eckert: “L’indépendance à l’égard du pouvoir politique...», RFAP, *op. cit.*

autoridades independientes de regulación y transparencia

guido o no constituyan el contenido del acto administrativo. Tiene el deber de difundir toda la información posible para afianzar su credibilidad y reforzar la previsibilidad de sus decisiones.

El principio de transparencia ha conocido un fuerte impulso con el advenimiento de la web 2.0, y de este nuevo entorno tecnológico podemos inferir una visión renovada de los principios propios del estado democrático de derecho. El cambio de modelo que supone el tránsito de una publicidad basada en el derecho de acceso a los documentos a otra basada en la imposición de una obligación sus decisiones de publicar – o publicación activa – requiere, necesariamente, de la determinación de las reglas y principios que disciplinan este nuevo cometido de la administración pública.

La realización práctica de la transparencia y la publicidad requiere ampliar notablemente el ámbito de los procesos, documentos, acuerdos, resoluciones, en definitiva de la información de la que dispone la Administración que debe ponerse al alcance del público en general. La difusión de la información de manera activa, más allá del derecho de acceso de los ciudadanos que las tecnologías permiten, induce a configurar un marco legal nuevo basado en la obligación de suministrar toda la información disponible y sólo excepcionalmente y de manera fundamentada, y en la medida que sea necesario para tutelar determinados bienes o derechos constitucionales cabrá restringir la divulgación o difusión de un documento.

La transparencia refuerza la capacidad de los ciudadanos de conocer y comprender el ejercicio de la función de regulación, la información acrecienta la capacidad de participación en los procesos de toma de decisiones y también de controlar las decisiones públicas. Un control externo. El control social del ejercicio del poder coadyuva a la integridad de los agentes públicos y no puede ignorarse que en la misma medida que la reputación es un acicate para el desarrollo e implementación de los códigos de buen gobierno empresarial, también sucede lo mismo con los códigos de buen gobierno en el sector público. Una sociedad ilustrada, que dispone de información pública de calidad permite un debate público riguroso, una deliberación más vigorosa.

La difusión de la información contribuye decididamente a asegurar una deliberación colectiva, y este mismo proceso previamente ha facilitado el debate y la seriedad en el proceso en el seno de la administración; lo que supone una garantía mayor de objetividad y de imparcialidad.

En este contexto no puede desconocerse el valor de la información en el proceso de toma de decisiones de los operadores privados. La asimetría informativa es un “fallo de mercado” y constituye un fundamento de la intervención pública, por ello la difusión de la información pública debe con-

tribuir también a restablecer la igualdad de posiciones que el mercado no garantiza por sí mismo.

Abstract

Independent authorities fall outside the classic model of democratic administration, which is based on parliamentary direction and accountability of the executive. By breaking “the chain of democratic legitimacy” their legal grounds of action might result insufficient in meeting the legality standards of democratic constitutions. Therefore, this article suggests that they must be complemented with procedural guarantees.

In this context, transparency acquires its centrality. Transparency understood in a strong way, beyond the publication of decisions or access to administrative files, understood as publicity and openness of government processes, both in terms of actors who have participated as to the facts, arguments and criteria that have been used. Transparency serves not only to defend the rights of individuals but also to fulfill other duties pertaining to democracy and to guarantee compliance with the Rule of Law.

This paper examines how the principle of transparency is reflected in the rate of various instruments, their relevance in the process of decision making and especially its impact on the institutional design of independent regulators. The process of determining the public interest requires participation of different stakeholders in an open process to ensure that the various arguments, opinions and facts are presented in a comprehensible way to allow the formation of public opinion capable of directing and controlling public process-decision making. The aim of this study is to see how the functioning of independent regulatory authorities gradually becomes more transparent. In this respect we have critically analyzed aspects of particular uniqueness compared to the typical model of public administration and its regular task: i) the procedure to appointment and the composition of the decision-making body; ii) the publication of dissenting opinion; iii) the activity of the board, especially one that has no decision power and involves the provision of relevant information and iv) the extension of transparency to the informal activity and planning tasks of the institution.

GIAN CLAUDIO SPATTINI

REGOLAZIONE, PARTECIPAZIONE E «CONTENZIOSO»
NELL'AEESGI: QUALE DEMOCRAZIA
PER LE AUTORITÀ INDIPENDENTI?*

SOMMARIO: 1. «Tirannide e saggezza». Democrazia liberale («demarchia»?) e autorità indipendenti: una convivenza difficile ma necessaria nello Stato di diritto. – 2.1. Democrazia «deliberativa» *versus* oligarchia; partecipazione *versus* democrazia processuale. – 2.2. Critica dell'ideologia «bene comunista» e valorizzazione della «dicotomia pubblico/privato». – 3. *Segue*. Il «teorema di Coase». Servizi pubblici e «fallimenti» di Stato e mercato: la risposta regolatoria e la legittimazione politica. – 4.1. Il regolamento AEEG sulla partecipazione procedimentale ad atti generali: un caso paradigmatico? – 4.2. Le procedure di consultazione e il nuovo regolamento AEESGI. – 5. Ruolo del giudice amministrativo, oppure altro: art. 24 Cost., «giusto processo» e pluralismo degli ordinamenti. Quale «giustizia per i mercati»?

**1. «Tirannide e saggezza». Democrazia liberale («demarchia»?)
e autorità indipendenti: una convivenza difficile ma necessaria
nello Stato di diritto**

Sul finire del secolo XX si è fatto vivace il dibattito sulla natura della modernità¹: si pensi alle tesi di Fukuyama sulla «fine della storia e l'ultimo

* Il presente scritto è una versione più ampia e con titolo differente, appositamente revisionata per questa *Rivista*, di quello destinato al volume che raccoglie i contributi originati dal Seminario dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, «Authorities, servizi pubblici, giudice amministrativo», del 20 settembre 2013, di imminente pubblicazione per i tipi dell'Editoriale Scientifica.

¹ Cfr. V. Gourevitch e M.S. Roth, *Introduzione*, in L. Strauss, A. Kojève, *On Tyranny*, a cura di V. Gourevitch e M.S. Roth, ed it. *Sulla tirannide*, a cura di G.F. Frigo, Milano, Adelphi 2010, 15: «Siamo forse passati da un'epoca moderna a una postmoderna? E se abbiamo compiuto questa transizione, come possiamo valutare la storia che ad essa ci ha condotti? Oppure si dà il caso che tale transizione sia segnata dalla nostra incapacità di compiere questo genere di valutazioni?». Ad avviso degli Autori la risposta a detti quesiti circa «le alternative fondamentali sulla possibilità e le responsabilità della filosofia oggi» non possono prescindere dalle contrastanti letture che ne danno Strauss e Kojève.

uomo» che rinviavano rispettivamente a Hegel (che già la imputava alla vittoria napoleonica di Jena del 1806) e Nietzsche². Ma di esso è stata indubbiamente precorritrice la dottissima discussione tra Leo Strauss e Alexandre Kojève sulle caratteristiche e i limiti della democrazia liberale³, iniziata con la critica del secondo al celebre libro del primo, *La tirannide. Saggio sul «Gerone» di Senofonte* (del 1948), mediante uno scritto dal titolo certamente emblematico, *Tirannide e saggezza*, apparso quasi subito a commentarlo, pur con qualche successiva modifica editoriale⁴, nel 1950. Nell'esaminare il ruolo dell'«intervistatore» (così definibile per sottolineare le modalità insolite e modernissime in cui si svolge quel dialogo) del tiranno siracusano Gerone, il poeta Simonide, Strauss perviene alla conclusione che quest'ultimo in veste non di filosofo bensì di «saggio» (stadio culminante della filosofia: ovvero più Aristotele che Platone) aspira in realtà al governo facendosi a sua volta tiranno (ma deve precisarsi che in quel linguaggio tirannia equivarrebbe a «forma di governo») ⁵. Egli conclude dunque auspicando una netta

² Cfr. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992 (tr. it. Milano, Rizzoli, 1996). Già in questa monografia l'Autore replicava ai critici del suo precedente articolo che citavano fatti storici a confutazione della tesi da lui sostenuta, opponendo una posizione filosofica (e non storiografica) appunto fondata sul pensiero del Kojève laddove evocava lo Stato omogeneo fondato sul mutuo riconoscimento dell'eguale libertà dei consociati, ovvero proprio la democrazia liberale come conseguibile meta ultima dell'umanità. Ma cfr. anche Id., *Prefazione*, in S.P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, Yale University, 1968/2006, ed. it. a cura di F. Battagazzorre, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012. Per una felice dimostrazione dell'inesistenza di un vero contrasto, anche alla luce di ulteriori drammatici eventi, tra la posizione (filosofica) di Fukuyama e quella (sociologica e politologica) di Huntington, cfr. M. Tesini, *Quale Fukuyama? La fine della storia e l'11 settembre*, in *Dem. dir.*, 2002, n. 2, «*Guerre e conflitti*», a cura di A. Cantaro, 61-97.

³ L. Strauss, A. Kojève, *Sulla tirannide*, cit.

⁴ Cfr. *op. ult. cit.*, 151.

⁵ Per una rilettura recentissima delle tesi platoniche cfr. ora Platone, *Il governo dei filosofi (Repubblica VI)*, a cura di F. Ferrari, Venezia, Marsilio, 2014, 9-48. Nella *Replia sul «Gerone» di Senofonte*, Strauss si spinge ad affermare «non sarebbe difficile mostrare che (...) la democrazia liberale o costituzionale si avvicina a ciò che i classici richiedono più di ogni altra forma di governo attuabile nella nostra epoca»: L. Strauss, A. Kojève, *Sulla tirannide*, cit., 214. Osservano però Gourevitch e Roth che per quanto sia «stato a volte detto che il governo misto di Aristotele si avvicina alla nostra democrazia liberale (...) nessuno deriverebbe la democrazia liberale moderna dai principi di Aristotele (cfr. ad esempio *Politica*, III, 9, 8)», tanto che «tutti i tentativi di questo tipo finiscono o con un'ammissione di fallimento o con concessioni ai moderni – riguardo ad esempio ai diritti naturali, il repubblicanesimo commerciale o la tecnologia – decisamente rifiutate da Strauss»: *op. ult. cit.*, 29-30; per una dimostrazione delle relazioni, invero assai complesse ma necessarie, tra ordinamento liberale e mercato, cfr. A. Panebianco, *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna, il Mulino 2004, in specie 63-117; ma fondante già F.A. von Hayek, *The Constitu-*

quale democrazia per le autorità indipendenti?

separazione tra saggezza e tirannide (onde scongiurare l'infausta esperienza di quella moderna).

Per Kojève (forse il maggior interprete novecentesco del pensiero di Hegel⁶), invece, il filosofo che aspira alla saggezza, proprio questo deve fare: non può né deve sottrarsi al demone della politica (quasi una confutazione anche di quello Schmitt, filosofo politologo e giurista⁷ che poco dopo, segnato a sua volta dall'esperienza della tirannide moderna, a proposito del ruolo ambiguo dei giuristi citava Macrobio⁸). Questione (della negata o asserita contiguità tra cultura e impegno politico) sì invero risalente, ma, come appena detto, sempre più urticante con l'affermarsi della modernità, qualunque e controverso significato sia ad essa attribuibile⁹, fino ad as-

tion of Liberty, University of Chicago Press, 1960 (ed. it. a cura di L. Infantino, *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007).

⁶ Cfr. M. Filoni, *Il filosofo della domenica. La vita e il pensiero di Alexandre Kojève*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008 e *Il libero gioco del negoziatore*, in A. Kojève, *La nozione di autorità*, Milano, Adelphi, 2011, 129-143 (*La notion de l'autorité*, Paris, Gallimard, 2004); G.F. Frigo, *Possfazione*, in A. Kojève, *Introduzione alla lettura di Hegel*, Milano, Adelphi, 1996, 749 ss.

⁷ Ma per come si reputava si legga la celebre intervista concessa a Fulco Lanchester, ora anche in C. Schmitt, *Un giurista davanti a sé stesso*, Vicenza, Neri Pozza, 2005, 183.

⁸ C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln, Greven Verlag 1950 (tr. it., Milano, Adelphi, 1987, 23): «in ogni epoca di concentrazione del potere politico, vale per ogni pubblicista l'antico principio dei Saturnalia di Macrobio: *non possum scribere in eum qui potest proscrivere*»; e ancora: «la materia dalla quale egli forma i suoi concetti e dalla quale necessariamente dipende per il suo lavoro scientifico lo vincola a situazioni politiche, il cui favore o sfavore, le cui fortune o sfortune, le cui vittorie o sconfitte, finiscono con il coinvolgere anche lo studioso e il docente, e col decidere del suo personale destino», *ivi*, 58.

⁹ Per un'interpretazione in senso culturale è ancor oggi valida la lettura di M. Berman, *All that is Solid Melts into Air. The Experience of Modernity*, New York, Simon & Schuster, 1982 (tr. it., *L'esperienza della modernità*, Bologna, il Mulino, 1985); una lettura più dubbiosa, tipica della temperie europea, si legga in A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard 1992 (tr. it. Milano, Il Saggiatore, 1993). In un senso più politologico e di filosofia politica non pare controverso l'attinenza della vicenda con la storia e il pensiero occidentale: cfr. R. Koselleck, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Phatogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg-München, Verlag Karl Alber, 1959 (ed. it. a cura di P. Schiera, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, il Mulino, 1972); S.S. Wolin, *Politics and Vision. Continuity and Innovation in Western Political Thought*, New York, Little Brown, 1960 (tr. it., Bologna, il Mulino, 1996); L. Hunt, *Politics, Culture and Class in the French Revolution*, Berkeley, University of California Press 1984 (tr. it., *La Rivoluzione francese. Politica, cultura, classi sociali*, Bologna, il Mulino, 1989); per una efficace narrazione di tale faticoso processo cfr. R. Cobb, *Reactions to the French Revolution*, Oxford University Press, 1972 (tr. it., Milano, Adelphi, 1990) e A.J. Mayer, *The Persistence of the Old Regime to the Great War*, Pantheon Books, 1981 (tr. it., *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale*, Roma-Bari, Laterza, 1982). Un punto di vista originale si può leggere ora in M. Oakshott, *The Politics of Faith & the Politics of Scepticism*, New Haven-London,

sumere toni di evidente interesse anche per l'attualità più incombente, ladove si discuta appunto del ruolo degli intellettuali (che siano filosofi o piuttosto giuristi, economisti, scienziati o finanche «tecnocrati») in politica¹⁰.

In controtuce a questo denso dibattito si può agevolmente leggere uno dei dilemmi della democrazia liberale (oltre a quello, altrettanto classico, consistente nell'individuazione dei confini tra potere pubblico e potere privato¹¹), ovvero il contrasto tra una interpretazione democratica di detta forma di governo fondata prevalentemente se non addirittura in via esclusiva sulla sovranità del popolo, e quella cd. «madisoniana» preoccupata invece di evitare la tirannide della maggioranza¹².

In questo percorso parrebbe potersi iscrivere proprio il tema delle autorità amministrative indipendenti¹³, la cui legittimazione democratica sa-

Yale University Press, 1996, T. Fuller *editor* (ed. it., a cura di A. Carrino, *La politica moderna tra scetticismo e fede*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013. Per un'analisi ampia della «modernità occidentale» in termini di evoluzione istituzionale nel secolo largo delle Rivoluzioni borghesi si v. E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, il Mulino, 2005; per il precedente dibattito teorico cfr. M. Stolleis, *Staat und Staaträson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990 (tr. it., *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 1998).

¹⁰ Cfr. A. Lippi, *La politica degli intellettuali*, Acireale-Roma, Bonanno, 2012; e per una chiarificatrice definizione della «tecnocrazia» in contrapposizione ad altre figure, in specie dei «tecnici», cfr. N. Irti, *Del salire in politica. Il problema tecnocrazia*, Torino, Nino Aragno, 2014. Ma le basi della discussione non possono che rinvenirsi già nelle celebri conferenze weberiane del 1919 e negli scritti di Bobbio: cfr. M. Weber, *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Berlin, Duncker & Humblot (tr. it. di A. Giolitti e Nota introduttiva di D. Cantimori, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966); N. Bobbio, *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1955.

¹¹ Cfr. G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing, 1997. Ma altri ancora, qui ritenuti peraltro meno rilevanti per il tema, paiono incombere: cfr. C. Taylor, *La democrazia e i suoi dilemmi*, Parma, Diabasis, 2014.

¹² Sul punto resta necessario confrontarsi ancora oggi con R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, 1956 (tr. it., Milano, Comunità, 1994). Per una attualizzazione del tema cfr. S. Cassese, *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia*, Milano, Garzanti, 1995.

¹³ La letteratura giuridica e politologica sull'argomento è sterminata, come già riconosceva, qualificandola «pantagruelica», F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, il Mulino, 2000, 18: ci si limita pertanto a indicare M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005 e la raccolta curata da M. D'Alberti e A. Pajno, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010; per i riflessi dell'attuale, non finita, crisi economico-finanziaria, si vedano invece A. Pisaneschi, *Dallo stato imprenditore allo stato regolatore e ritorno?*, Torino, Giap-

quale democrazia per le autorità indipendenti?

rebbe da rinvenire, piuttosto che nell'ordinaria procedura elettorale in tal caso assente, di volta in volta nella competenza tecnica¹⁴ (ancora «la saggezza»), oppure anche dal basso (la forza del mercato concorrenziale, inteso quale luogo di incontro paritario delle decisioni individuali¹⁵, piuttosto che un mero aggravio procedurale secondo altre tesi, come si vedrà) o dall'alto (il sempre più pervasivo diritto comunitario, primario o derivato che sia¹⁶). In sostanza, si tratta di istituzioni tipiche di quella democrazia liberale frutto della storia e della cultura occidentale¹⁷, magari proprio nell'accezione hayekiana di «demarchia», intesa come una democrazia delle origini non ancora corrotta dall'abuso fattone dalle masse e/o dalle oligarchie mediante «la creazione di nuovi privilegi attraverso coalizioni e interessi organizzati»¹⁸ (a

pichelli, 2009, G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, il Mulino, 2009 e, più in generale, G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012.

¹⁴ «Di qui anche l'interpretazione corrente secondo la quale le autorità indipendenti sarebbero dotate di competenze tecniche, l'esercizio delle quali implicherebbe valutazioni neutre, asettiche, vale adire aliene da qualsiasi elemento di ponderazione di interessi tipico della decisione amministrativa»: F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2011, 91. Questione in realtà ancora controversa: cfr. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007 245 ss.

¹⁵ Secondo la nota definizione dell'ordine del mercato come «catallassi» di F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, 1982 (tr. it., Milano, il Saggiatore, 1994), 314 ss. Per la classificazione della concorrenza come «procedura per la scoperta del nuovo» si veda anche dello stesso, *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, il Mulino, 1988, 309 ss. Ritiene peraltro che quella *antitrust* sia una «legislazione che, conferendo generalmente poteri discrezionali a enti amministrativi, non può pienamente conciliarsi con i principi liberali classici»: *Liberalism*, 1978, tr. it., Roma, Ideazione, 1996, 94.

¹⁶ Infatti il fenomeno in questione sarebbe stato in molti casi «imposto dallo sviluppo “costituzionale” dei poteri della Comunità europea, la quale per creare un “mercato comune”, aveva fin dall'origine adottato il modello della libera concorrenza»: F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI *Agg.*, Milano, Giuffrè, 2002, 144.

¹⁷ Qui ritenuta l'unica «vera» forma di democrazia, come già asserito altrove. *Ex multis* cfr. per ora solo C. Tilly, *Democracy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2007, tr. it., Bologna, il Mulino, 2009. Messa a rischio dalla stessa modernità che l'ha generata: cfr. S.N. Eisenstadt, *Paradoxes of Democracy*, Baltimore, The J. Hopkins Univ. Press, 1999 (Bologna, il Mulino 2002).

¹⁸ F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, tr. it. *cit.*, 414. A quel concetto si è richiamato in Italia, pur con accenti e scopi parzialmente differenti, F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, 22 ss., che sembra collocarlo nell'ambito di una più ampia diretta partecipazione del cittadino, soluzione invero come si vedrà qui non condivisa. Ma si veda F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della «demarchia» secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 543-550.

loro volta più che probabile causa del suo declino per molte nazioni che pure ad essa si ispiravano¹⁹), che è espressione della naturale evoluzione dello Stato di diritto (da ritenere pure sua necessaria premessa²⁰), e che, al di là di una loro pretesa neutralità nei confronti del potere politico²¹, sono anche volte a garantire i diritti di libertà economica in un mercato regolato ma non diretto²².

D'altronde, proprio per le caratteristiche appena sommariamente descritte, codeste istituzioni specializzate (per legge) sono inevitabilmente esposte ad una continua tensione con il contrapposto principio della sovranità popolare da cui la stessa democrazia liberale era scaturita e del quale possono costituire un opportuno limite²³, fondato appunto sulle competenze²⁴.

2.1. *Democrazia «deliberativa» versus oligarchia; partecipazione versus democrazia processuale*

In qual modo, se non scongiurare, almeno attenuare questa tensione (peraltro, come dianzi affermato, almeno a livello filosofico potenzialmente

¹⁹ Secondo la celebre teoria di M. Olson, *The Rise and Decline of Nations. Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Yale University Press, 1982, tr. it., Bologna, il Mulino, 1984.

²⁰ Di «salvaguardia della democrazia liberale nelle forme dello Stato di diritto» parla E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, ed. it. a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano, Giuffrè, 2006, 363 ss. Sulla crisi dell'una e dell'altro ha in effetti riflettuto a lungo proprio la dottrina germanica: cfr. G. Leibholz, *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das Autoritäre Staatsbild*, München und Leipzig, 1933, Berlin, Duncker & Humblot, 1995 (tr. it., Giuffrè, Milano, 1996); E. Forsthoft, *Rechtsstaat im wandel*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1964 (tr. it., Milano, Giuffrè, 1973).

²¹ Per una confutazione della legittimità costituzionale della tesi di un'estensione al caso italiano della nota dottrina schmittiana della «neutralità» si veda però M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

²² Che è quanto afferma, in un'ottica autenticamente liberale, V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in Id., *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, 153.

²³ Non solo nel significato «madisoniano» richiamato, ma anche in quello della polemica contro il cd. «parteiensstaat»: cfr. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969 [1931].

²⁴ Si veda quanto sostenuto da S. P. Huntington, *Ordine politico e scontro di civiltà*, Bologna, il Mulino 2013, 408 ss., per il quale «in diverse situazioni, la domanda di competenza, anzianità di servizio, esperienza e particolari capacità possono avere la precedenza sulla democrazia quale via maestra di formazione dell'autorità».

quale democrazia per le autorità indipendenti?

in condizione di essere interamente sciolta sulla base di una qui prospettata idonea concezione della democrazia liberale, che cioè non si risolve esclusivamente in competizioni elettorali per la copertura degli incarichi di governo, o indirettamente di amministrazione) è stato il compito che legislatori e scienziati sociali si sono assunti in questi anni, esplorando una varietà di rimedi. Il principale dei quali, posto da taluno l'assunto che la dinamica istituzionale delle autorità indipendenti apparterrebbe alla forma di governo oligarchica, sarebbe la cd. «democrazia deliberativa» [«l'aggettivo inglese *deliberative* (...) riferito alla democrazia, racchiude in sé il doppio significato di discutere e decidere»²⁵], che peraltro assume una certa varietà di forme non tutte tra loro compatibili pur nella condivisione della necessità di un cospicuo incremento della partecipazione popolare²⁶. In buona sostanza e riassuntivamente, al preteso deficit di legittimazione democratica di dette Autorità accennato sopra si verrebbe a sopperire con estese figure partecipative²⁷, tanto in sede istruttoria dei procedimenti amministrativi di loro

²⁵ Così P. Ginsborg, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006, 73. Ma al di là delle presunte qualità di tale sistema asserite dall'Autore, lo stesso rammenta che il modello di governo di John Stuart Mill che l'avrebbe ispirato «stabiliva che la deliberazione fosse confinata al parlamento, all'assemblea dei rappresentanti» ma poi «prevedeva una radicale divisione dei compiti, tra “il parlare e il fare”. Il parlamento “parlava”, e questo suo ruolo era assai prezioso. Ma il compito di “fare” spettava a un esecutivo non eletto composto di esperti», ivi, 75-76.

²⁶ Cfr. l'accurata ricognizione di G. Parietti, *La democrazia deliberativa. Una ricostruzione critica*, Roma, Manifesto libri, 2013. Ma si legga ancora quanto scrive S.P. Huntington, *op. e loc. ult. cit.*, che «in condizioni normali il funzionamento di un sistema politico democratico richiede un pizzico di apatia e disimpegno da parte di alcuni individui e gruppi», altrimenti «si ripresenta il pericolo di “sovraccaricare” il sistema politico con domande che eccedono ampiamente le sue funzioni e ne minano l'autorità».

²⁷ Che la «partecipazione» si vada configurando da parte di vari attori e interpreti della società come un rimedio alle supposte carenze della democrazia liberale sembra ormai assodato. Cfr. G. Pasquino, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, il Mulino, 2014, 125, il quale osserva: «Le controversie scientifiche e politiche per quel che attiene alle conseguenze della partecipazione sono aspre, numerose e annose (...) Tanto numerose che sembrano riapparire in ogni generazione di studiosi cosicché dopo gli elitisti si sono avuti i neoelitisti, ma anche i neoconservatori, e dall'altra parte si alternano le riscoperte e le reinterpretazioni di Rousseau e le rielaborazioni della democrazia partecipata (...) Quanto all'asprezza delle controversie, basterà sottolineare che i democratici radicali accusano gli elitisti, i neoelitisti e i neoconservatori di voler soffocare la democrazia nell'elogio della non partecipazione, e in sostanza di essere antidemocratici. I secondi replicano affermando l'impraticabilità della strada della democrazia radicale e sottolineando che quella strada può addirittura essere controproducente rispetto al fine e condurre a una democrazia manipolata». Rischi e difficoltà inevitabilmente maggiorati nel campo dei rapporti con la pubblica amministrazione: cfr. E. Gualmini, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2003. In G. Pasquino, *op. ult. cit.*,

competenza (ma le tesi più radicali la prefigurano anche in generale per quelli legislativi: nel qual caso sarebbe lecito interrogarsi sul destino riservato alla democrazia rappresentativa²⁸, quand'anche quest'ultima possa pure ragionevolmente ritenersi in crisi²⁹) quanto, ciò che più conta, in sede appunto «deliberativa», ovvero di adozione di atti di natura provvedimentale (*decision making*) o generale, quand'anche o proprio per questo, aventi natura di attività di regolazione (*rule making* o addirittura *law making*)³⁰.

Dunque, ad una presunta dequotazione del principio di legalità sostanziale si sofferirebbe con un esponenziale incremento di quella procedurale³¹, come si vedrà sia dal lato argomentativo (nel senso di un'ulteriore estensione dell'obbligo di motivazione) che da quello partecipativo: in queste peraltro controvertibili direzioni esplicitamente sembra addirittura muo-

303 ss., si legga poi un'ulteriore originale classificazione delle democrazie; ma qui, va ribadito, si sottoscrive pienamente la definizione, che si risolve unicamente in quella «liberale», contenuta in G. Sartori, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, 1993. Per una prospettiva affatto diversa cfr. L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

²⁸ Si veda sempre B. Manin, *The Principles of Representative Government*, New York, Cambridge University Press, 1997 (tr. it., Bologna, il Mulino, 2010), il quale fa risalire la dia-tri-ba sulla rappresentanza ai dibattiti delle Convenzioni di ratifica dei singoli Stati alla Costituzione del 1787, nella contrapposizione tra i sostenitori del governo popolare e repubblicano (cd. antifederalisti) da un lato e i federalisti (tacciati quali aristocratici), dall'altro; ma per Madison il «principio di distinzione» si inverte nel fatto che i rappresentanti dovrebbero essere diversi dai loro elettori, dal momento che il governo repubblicano richiede *come qualsiasi altro potere di essere affidato a coloro che possiedono "più saggezza" e "più virtù", ossia a persone superiori ai concittadini e diverse da loro* [corsivo nostro], *ivi*, 130, e prima 121 ss. Una sintesi efficace delle ideologie sull'incompatibilità fra democrazia, sovranità e rappresentanza è ora in N. Urbinati, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago, University of Chicago Press, 2006, tr. it., *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Roma, Donzelli, 2010.

²⁹ Cfr. ancora N. Urbinati, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, Feltrinelli, 2013; per un forte impulso a queste nuove forme in risposta ad una crisi pretesa e quasi invocata della democrazia liberale rappresentativa cfr., tra gli altri, Y. Sintomer, *Le pouvoir au peuple. Jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, La Découverte, 2007, tr. it., Bari, Dedalo 2009 e, da un altro angolo visuale, P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006, tr. it., Roma, Castelvecchi, 2012.

³⁰ Su questi profili si veda S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1, 2007, 13-42.

³¹ Ma in ogni caso da non assimilare del tutto, da un punto di vista valutativo anche critico, alla «democrazia procedurale», la quale in ragione del «limite intrinseco» dovuto alla sua «frammentazione», ben «può garantire che alcuni interessi vengano tenuti in conto e che alcune decisioni siano meglio accettate», ma «non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata»: cfr. ancora S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 42.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

vere anche una parte della recente giurisprudenza amministrativa e in specie del nostro Consiglio di Stato³². In tale ultima veste, il fondamento democratico del potere autoritativo esercitato dalle *Authorities* non è più rinvenibile nel mero contraddittorio processuale³³ oppure (*rectius*) procedimentale, della parità delle armi nel mercato di riferimento³⁴, bensì, neppure ritenute evidentemente adeguate le altre fonti di legittimazione sopra indicate, nella più ampia possibile (e confusa) partecipazione ai meccanismi decisionali. Ma con il risultato, fra l'altro, che fra le conseguenze di questa eccessiva «legalità procedurale»³⁵ vi sono anzitutto quelle di provocare un aumento dei rischi di cattura del regolatore nonché di «ossificazione» delle regole³⁶ e di inevitabile tardività o finanche paralisi dell'attività decisoria³⁷.

2.2. Critica dell'ideologia «bene comunista» e valorizzazione della «dicotomia pubblico/privato»

Peraltro, non soddisfatti di questa soluzione (destinata a creare più problemi di quanti ne possa dipanare), alcuni «novatori» hanno di recente esco-

³² Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, *Dynameeting s.p.a./Autorità per l'Energia e il Gas*; 2 marzo 2010, n. 1215, *Enipower/AEEG*; 2 maggio 2012, n. 2521, *AEEG/Soc. T. E.*

³³ Alla base della democrazia antica: cfr. L. Canfora, *Il mondo di Atene*, Roma-Bari, Laterza, 2011. Ma si veda anche già D. Musti, *Demokratia. Origini di un'idea*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

³⁴ Secondo la nota tesi di F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, 196: «Non essendo organi o enti politicamente rappresentativi, o comunque connessi ad una responsabilità politica, attesa la deliberata cesura con la responsabilità ministeriale, la legittimazione del loro potere consiste esclusivamente nell'altro istituto che sta alla base degli ordinamenti democratici: il contraddittorio completo e paritario». Ma altrove l'Autore ha enfatizzato parimenti la legittimazione comunitaria e quella costituita dal mercato: cfr. *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 15 ss.; più in generale, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43-52.

³⁵ Nei confronti della quale sembra ora nutrire un certo disincanto G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino 2014, il quale pur ammettendo che un tale sistema «costituisce così per molti versi un surrogato per via amministrativa del processo politico», non tralascia di lumeggiarne gli «inconvenienti», 221 e 223 ss.

³⁶ Su questi aspetti deteriori pone l'accento M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, spec. 210 ss.

³⁷ Questione da non sottovalutare, laddove si ritenga, come qui, di sottoscrivere l'impegnativa affermazione di S.P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, tr. it. cit., secondo cui «la funzione del governo è di governare: e un governo debole, un governo privo di autorità, non è in grado di svolgere la sua funzione, ed è immorale nello stesso senso in cui lo sono un giudice corrotto, un soldato vigliacco o un insegnante ignorante», 37.

gitato un'altra via di fuga dalla democrazia liberale (altrimenti qualificabile, si è visto sopra, come «madisoniana»), oggi indubbiamente alle prese con una pluralità di ragioni di crisi, dalla «modernità liquida»³⁸ alla globalizzazione (non solo economica³⁹ bensì pure giuridica)⁴⁰ e ai suoi riflessi nella caduta della politica⁴¹ e del parlamentarismo (quest'ultima invero come noto risalente⁴²), tutte variamente aggravate dalla recessione economica di asserita origine finanziaria degli ultimi anni⁴³. E dunque, con particolare ri-

³⁸ Si fa riferimento all'ormai classico Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity Press, 2000, tr. it., Roma-Bari, Laterza 2002.

³⁹ Peraltro fenomeno non così nuovo come si vuol far apparire: cfr. K.H. O'Rourke, J.G. Williamson, *Globalization and History. The evolution of a nineteenth-century Atlantic economy*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1999 (tr. it., Bologna, il Mulino 2005). Tra gli innumerevoli studi anche recenti cfr. però una prospettiva originale in D. Rodrik, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London, Norton & Company, 2011 (tr. it., *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, Laterza, 2011).

⁴⁰ Tra la letteratura fin qui sterminata si rinvia solo a O. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, Beck Verlag, 1999, tr. it., Bologna, il Mulino, 2007 e ai volumi di M.R. Ferrarese, da ultimo *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, e S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁴¹ Si veda sull'argomento da ultimo G. Preterossi, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011, dove si mette in luce la relazione tra crisi delle ideologie novecentesche, dominio della tecnica e riemersione della politica *sub specie* populista, anche in risposta a richieste di sicurezza individuale e collettiva agli albori del nuovo secolo prodotte dal disordine globale post '89 e dalla diffusione del terrorismo.

⁴² Cfr. M. Weber, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, in Id., *Parlamento e governo e altri scritti politici*, Torino, Einaudi 1982; ma si veda anche C. Schmitt, *Parlamentarisme et démocratie*, Paris, Seuil (*Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923/26, Duncker & Humblot 1985), tr. it., Lungro di Cosenza, Marco Editore, 1998. E, come ricorda, invero non adesivamente, L. Canfora, *L'uso politico dei paradigmi storici*, Roma-Bari, Laterza 2010, 65, nt. 20, «Treitschke definiva il suffragio universale “il premio dato all'ignoranza”». Ma si legga pure su questa crisi novecentesca l'interessantissimo volumetto di H. Laski, C. Bourgeaud, F. Larnaude, G. Mosca, M.J. Bonn, *L'évolution actuelle du régime représentatif. Cinq réponses à une enquête de l'Union interparlementaire*, Lausanne-Genève-Neuchâtel-Vevéy-Montreux-Berne, Payot & Cie, 1928 (tr. it. Bologna, il Mulino, 2011).

⁴³ Sulle risposte della politica cfr. F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013 e sulla questione del debito sovrano e dell'euro, *L'incubo di Diocleziano. Riflessi della “convergenza” delle finanze pubbliche dei Paesi Euro sulla giurisdizione amministrativa italiana*, in *Dir. soc.*, 2, 2014, 171-186, dove si cita il precedente della famosa «vendita di Dresda» finalizzata a evitare il *default* dello Stato estense. L'Autore non sembra nutrire dubbi sulla natura finanziaria della crisi, la cui eziologia appare peraltro correttamente imputabile a ragioni più profonde, ovvero «una crisi morale, il declino della virtù civica tra le élite politiche ed economiche»: così J. Sachs, *The Price of Civilization. Reawakening American Virtue and Prosperity*, 2011, tr. it., *Il prezzo della civiltà. La crisi del capitalismo e la nuova strada verso la prosperità*, Torino, Codice Edizioni, 2012, 5.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

ferimento al supposto conflitto tra Stato e mercato (tema che qui maggiormente rileva), si sarebbe inventata l'arma finale, ossia una sorta di ideologia «bene comunista» in alternativa a (o meglio in sostituzione di) quella che aveva subito le dure repliche della storia, ma in qualche caso non molto dissimile, ed in parte animata anche dal rifiuto della «tecnocrazia», in specie economica (per questo aspetto ricollegandosi a quelle teorie di cui sopra), oltre che da varie altre forme di negazione⁴⁴.

Secondo queste dottrine⁴⁵ (pure qui come nel caso precedente della democrazia deliberativa è rinvenibile una pluralità di posizioni non sempre integralmente compatibili⁴⁶) che si sono spinte a tentare di consolidarsi in una revisione codicistica, peraltro finora senza esito⁴⁷, sarebbe possibile ipotizzare l'esistenza di un'ulteriore categoria di beni, da interporre tra quelli

⁴⁴ Per una sintesi paradigmatica cfr. S. Latouche, *Jacques Ellul contre le totalitarisme technicien*, Editions le passager clandestin, 2013, tr. it., Milano, Jaca Book, 2014. «Negazionismo» che va dall'utopia della «decrescita», al rifiuto degli OGM per via di un'inusitata estensione del principio di precauzione, alla collegata sindrome NIMBY (cfr. G. Napolitano, *La logica*, cit., 224), al pregiudizio antiscientifico, del quale ultimo è testimonianza perfino nella giurisprudenza amministrativa l'ordinanza del Tar Lazio, sez. III-*quater*, 4 dicembre 2012, «Stamina Foundation Onlus/Ministero della Salute». A quest'ultima specifica vicenda potrebbe aver messo un punto fermo il giudice delle leggi con la recentissima C. cost. 1 dicembre 2014, n. 274, che ha dichiarata infondata la questione sollevata dal giudice rimettente (Trib. di Taranto in funzione di giudice del lavoro) relativamente al cd. «Decreto Balduzzi» (art. 2, d.l. 25 marzo 2013, n. 24, conv. con modif. nella l. 23 maggio 2013 n. 57) laddove non avrebbe consentito l'estensione della deroga ivi prevista a pazienti non ancora in trattamento al momento dell'entrata in vigore del decreto, per pretesa violazione degli artt. 2, 3, primo comma, e 32, primo comma, Cost. Ma specialmente rileva qui, ai fini del presente scritto, più che il caso concreto, la succinta ma fermissima motivazione in diritto al punto 6 della sentenza, dove si scrive che «questa Corte ha già affermato che decisioni nel merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere "l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici" (sentenza n. 282 del 2002)» (corsivi nostri). Da cui emerge una sorta di garanzia costituzionale del «potere tecnico di valutazione» e conseguentemente di precisi limiti al suo sindacato giudiziale, come si è altrove sostenuto e qui ribadito.

⁴⁵ Se ne veda un tentativo di sintesi in U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁴⁶ Come ampiamente e validamente dimostrato da E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁴⁷ Si allude qui all'esperimento, appunto fallito, di riscrittura dell'art. 819 c.c., mediante un disegno di legge che introduceva in quella sede la categoria dei «beni comuni», e la cui formulazione è imputabile alla Commissione sui Beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà: cfr. *Pol. dir.*, 2008, 537 ss.

di appartenenza pubblica e quelli di appartenenza privata, da intendere sottratti alla logica del mercato, del resto alla stessa stregua dei primi.

Come appare evidente, siffatta teorizzazione, quand'anche fosse enucleabile con un accettabile margine di precisione, si presta a critiche e confutazioni pressoché insuperabili. Infatti, da un lato anche per la riscontrata varietà di posizioni⁴⁸, e nonostante recentissimi tentativi di chiarificazione e delimitazione⁴⁹, non si riesce a individuare con sufficiente chiarezza quali siano questi beni, a chi appartenga la loro titolarità, ed infine chi abbia titolo (più agevolmente tra i poteri pubblici, o magari spontaneamente dal basso, in tal caso dando luogo ad ulteriori problemi) ad individuarli⁵⁰. Dall'altro lato, se la previsione della categoria è finalizzata alla sua sottrazione alle logiche di mercato, non se ne vede la necessità, posto che se questo fosse lo scopo principale, come sembra, non si comprende la ragione né di doppiare la funzione tipica della demanialità, né di inventare nuove categorie generali laddove il legislatore ammette la fruizione collettiva di determinati beni con apposite normative di settore (si pensi ad es. ai beni culturali⁵¹), o comunque ne predisporre un'efficace regolazione amministrativa⁵².

Vero è che se secondo alcune voci dottrinali nel nostro sistema costi-

⁴⁸ Tanto per fare un esempio, Ugo Mattei e Stefano Rodotà non paiono del tutto in sintonia, collocandosi su posizioni più moderate il secondo: cfr. E. Vitale, *op. cit.*, 65 ss. Ma già in precedenza il Rodotà aveva affermato che «l'emersione del momento collettivo, in forme e con intensità nuove soprattutto per gli interessi non proprietari che in esso si esprimono, impone di rivedere anche l'estensione e i confini delle tradizionali aree pubblica e privata»: *La rinascita della questione proprietaria*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino, 1990, 44.

⁴⁹ Cfr. il pregevole sforzo di P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, Donzelli, 2014, laddove si prova a circoscrivere il tema alla questione della salvaguardia ambientale e urbanistica, sulla quale peraltro non risulta che il diritto pubblico sia rimasto inerte o silente nel comprimere mediante un gran numero di fattispecie previste anche da leggi speciali le facoltà connesse al diritto di proprietà privata. Né può condividersi l'assunto secondo cui la Costituzione del 1947 avrebbe riportato in vita, per questi aspetti, «l'antica comunità politica romana, la *Respublica* formata dal *Senatus populusque Romanus*», *ivi*, 70.

⁵⁰ Come rileva con acuta acribia critica E. Vitale, *Contro i beni comuni*, *cit.*, *passim*.

⁵¹ Si veda G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in AA.Vv., *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, a cura di A. Bartolini, D. Brunelli, G. Caforio, Jovene, Napoli 2014, 171 ss. e in Aedon. *Rivista di arti e diritto* on line, 1, 2014.

⁵² Nega la validità della distinzione demanio/patrimonio indisponibile, suggerendo la nuova categoria «beni a destinazione pubblica», M. Renna, *Beni pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 714 ss.; più ampie notazioni critiche in Id., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004, 83 ss. Tale categoria sembra in grado di rispondere alle esigenze indicate senza scomodarne altre.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

tuzionale non sembra emergere una sicura definizione del diritto di proprietà⁵³, questa è però ricavabile comunque dall'ordinamento positivo, il quale poi la disciplina nel codice e nelle leggi speciali sulla base del riconoscimento di proprietà pubbliche e private; e d'altronde né la reminiscenza di antichi «usi civici» (come il «legnatico» ...), né una giurisprudenza ancora acerba della nostra Suprema Corte⁵⁴ o quella dei giudici di Strasburgo che pure ne offre un'interpretazione talmente lata da giungere fino alla tutela di potenzialità e aspettative⁵⁵, paiono in grado di demolire tale assunto. A tacere del fatto che, da un lato la richiamata giustizia CEDU per altri versi intende proprio tutelare con la massima ampiezza la titolarità privata del «ter-

⁵³ Su ciò cfr. ancora S. Rodotà, *Il sistema costituzionale della proprietà, in Il terribile diritto*, cit., 273-421. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, 76-77, pur escludendo il diritto di proprietà «dai “diritti della persona” e quindi dai diritti inviolabili in senso stretto», ammette che possa essere considerato fra i «diritti inviolabili in senso ampio o derivato, cioè diritti fondamentali». Per una ricostruzione ancora su basi tradizionali di tale istituto cfr. Idem, *Proprietà (dir.cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1 ss. La revisione critica in ambito pubblicistico va notoriamente ascritta al celebre studio di M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, nn. 4-5, 1971, ora in *Scritti*, Vol. VI, 1970-1976, Milano, Giuffrè, 2005, 187-245 (da cui si cita), il quale però chiarendo come, sulla base di una pari dignità di pubblico e privato, «il legislatore costituente abbia rinviato al legislatore ordinario, il quale potrebbe perciò introdurre o regolare in diversi modi la proprietà pubblica» (197), ha pure ribadito come avesse proposto «una soluzione molto concreta, per effetto della quale il diritto di proprietà privata, come diritto fondamentale, troverebbe una disciplina costituzionale indiretta, mediante l'indicazione di ciò che sarebbe rimesso alle leggi destinate a regolarne il riconoscimento e le garanzie; una soluzione che, del resto, è reperibile anche in enunciati relativi ad altri diritti fondamentali», ivi, 214. Occorre perciò rifarsi al diritto positivo, che non prevede *commons*.

⁵⁴ A tal proposito, come ulteriore sintomo di «populismo giudiziario» oltre a quello del Tar Lazio citato prima (ma a questa deriva ha forse messo un freno la Corte costituzionale nella sentenza citata sopra), si veda la sent. Cass., sez. un. civ., del 13 febbraio 2011, n. 3813, sulle «valli da pesca della laguna veneta», con la spericolata affermazione, premessa l'asserita assenza, confortata da certa dottrina, di una precisa definizione costituzionale, che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, “comune” vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini», 18-19 (www.italggiure.giustizia.it/sncass/).

⁵⁵ Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo infatti godono della stessa tutela dell'art. 1 del Primo Protocollo non solo i beni attuali, materiali o immateriali, ma anche altre utilità (beni potenziali o finanche aspettative) legittime in quanto sorgenti da una situazione di fatto o di diritto, ma ciò non sembra comportare l'individuazione della nuova categoria dei beni comuni. Sulla giurisprudenza CEDU cfr. A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, Giuffrè, 2006.

ribile» diritto, e d'altro lato che ben si possono opporre teorizzazioni che di quella privatezza fanno il volano dello sviluppo economico non meno della fondamentale garanzia della libertà, e dunque il fulcro della democrazia liberale⁵⁶.

Non sussisterebbe perciò alcun valido motivo per abbandonare la classica distinzione «pubblico/privato», che giustamente Norberto Bobbio qualificava come la «grande dicotomia»⁵⁷ e il cui venir meno è stato ritenuto elemento tra gli altri fondante dell'espressione di forme di Stato totalitario⁵⁸. Tanto più se fosse soltanto per ossequio ad una malcerta nonché malintesa ideologia le cui origini paiono radicarsi in premesse conservatrici se non addirittura reazionarie (e come tale da valutare criticamente e, in questo caso, rifiutare)⁵⁹.

⁵⁶ Si vedano D.C. North, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press, 2005, tr. it., Bologna, il Mulino, 2006, 85; C.H. Reich, *The New Property*, 73 Yale Law Journal, 1964, 733-787, tr. it., Torino, Giappichelli, 2014. Per il primo le regole formali che fissano «i diritti di proprietà che definiscono il possesso e l'uso» sono tra i fattori che determinano «la performance economica», *loc. cit.*; per il secondo «la proprietà svolge la funzione di mantenere l'indipendenza, la dignità e il pluralismo nella società mediante la creazione di zone in cui la maggioranza deve cedere al proprietario» e dunque «le libertà civili devono avere una base nella proprietà», *op. cit.*, 72.

⁵⁷ N. Bobbio, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, 2187-2200, ora in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 122-138.

⁵⁸ Su ciò cfr. ancora G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli 2010, 23. L'A. riprende peraltro le tesi già esposte a suo tempo dal Pugliatti cui si devono i contrapposti e paralleli esempi tratti dal totalitarismo novecentesco.

⁵⁹ Non si può dubitare che il predetto coacervo dottrinale tragga ispirazione fondamentalmente dalla nota teoria anglosassone dei «commons», la cui versione più esauriente si trova in E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, tr. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio 2006. Sotto l'influenza dell'«istituzionalismo» (à la North) nel darne, ad avviso dei curatori, un'interpretazione equilibrata «il libro di Elinor Ostrom è divenuto negli anni (...) un vero e proprio classico dell'economia delle scelte collettive» (così G. Vetrutto e F. Velo, *Una lezione per le politiche pubbliche: il governo delle realtà sociali complesse tra «pubblico» e «privato»*, ivi, XXIX), senza che ciò consentisse di occultarne le aporie. Infatti è stato chiarito che storicamente «il bene comune in molti casi non era poi tanto comune in quanto i diritti consuetudinari di sfruttamento del bene (specialmente quelli più importanti dal punto di vista economico) costituivano appannaggio di una ristretta cerchia di privilegiati, tipicamente proprietari terrieri abbienti» (così C.A. Ristuccia, *Alla ricerca di un buon modello per l'uso delle risorse comuni. Una verifica storica fra Open Fields System, regole ampezzane e partecipanze emiliane*, ivi, IX) e dunque una riproposizione in chiave di attualità di queste fraintese soluzioni vira inevitabilmente verso «una sorta di “nuovo medioevo del diritto”» (G. Vetrutto e F. Velo, *op. cit.*, XXXVII), con buona pace delle pretese «novatrici». Si deve rammentare che la Ostrom è stata insignita del cd. Nobel per l'economia nel 2009.

3. (segue) Il «teorema di Coase». Servizi pubblici e «fallimenti» di Stato e mercato: la risposta regolatoria e la legittimazione politica

A dirimere il potenziale conflitto tra Stato e mercato o meglio a organizzare la loro necessaria coabitazione⁶⁰ paiono indubbiamente maggiormente strutturate, piuttosto che questa appena descritta, altre teorie, come quella del cd. «teorema di Coase» (in realtà così definito non dal suo Autore bensì, come da lui stesso dichiarato⁶¹, da un altro «Nobel per l'economia»: George Stigler⁶²), secondo cui, detto in estrema sintesi, il contratto può essere in generale un meccanismo di esternalizzazione dei costi sociali che siano causati dall'attività produttiva più efficiente di quello della regolazione pubblica⁶³. Ma nella realtà economica effettiva (non in quella virtuale di mercati «a concorrenza perfetta»⁶⁴), ciò non accade sempre, contrariamente

⁶⁰ Cfr. C. Wolf Jr., *Mercato o Stato. Una scelta tra alternative imperfette*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁶¹ R.H. Coase, *Notes on the Problem of Social Cost*, in *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, The University of Chicago Press 1988 (tr. it., Bologna, il Mulino, 1995, 261-290): «Non ho creato io stesso né l'espressione "teorema di Coase" né la sua precisa formulazione: infatti la paternità di entrambe va riconosciuta a Stigler», *ivi*, 261.

⁶² Cfr. G. Stigler, *The Theory of Price*, New York, Macmillan, 1966, 113; *The Economists Traditional Theory of the Functions of the State*, in Id., *The Citizen and the State*, Chicago, Chicago University Press, 1975, tr. it in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, il Mulino 1994, 311 ss., dove si parla del «teorema» e dei suoi «sorprendenti corollari», *ivi*, 306.

⁶³ R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, poi in Id., *The Firm, The Market and the Law*, cit., tr. it., cit., 199-259. Peraltro l'inesistenza del «teorema» emerge evidente: «È chiaro che il governo ha poteri che gli permetterebbero di ottenere che alcune cose siano fatte a un costo inferiore di quello che sopporterebbe un'organizzazione privata (o almeno un'organizzazione senza speciali poteri governativi). Ma la macchina amministrativa governativa non è di per sé a costo nullo. In certi casi, infatti, può essere estremamente costosa. Inoltre non c'è ragione per supporre che gli interventi di regolazione, fatti da un'amministrazione fallibile, soggetta a pressioni politiche e operante senza alcun controllo concorrenziale siano necessariamente sempre quelli che incrementano l'efficienza con cui opera il sistema economico. Inoltre, essi hanno carattere generale, devono applicarsi ad una ampia varietà di casi e verranno imposti anche in circostanze nelle quali sono palesemente inappropriati. Segue da queste considerazioni che la regolazione diretta del governo non darà necessariamente risultati migliori di quelli ottenuti lasciando che siano il mercato o l'impresa a risolvere il problema. Ma ugualmente, non c'è ragione perché, in certe occasioni, la regolazione governativa non debba portare a incrementi dell'efficienza del sistema economico», *ivi*, 221.

⁶⁴ Per vero è dall'inizio degli anni trenta del secolo scorso che quella mitologia economica è stata messa in discussione: si pensi a J.V. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan, 1933, e a E.H. Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competi-*

a quanto intendono far credere alcuni suoi epigoni: infatti la soluzione va verificata caso per caso, come in effetti lo stesso Ronald Coase adombrava, e non sempre quella di mercato si palesa come la più idonea; in tale evenienza anche gli indubbi rischi (e costi) regolatori possono essere affrontati con maggiore fortuna⁶⁵. Un settore nel quale dette problematiche si manifestano con maggior vigore è proprio quello dei servizi di interesse economico generale (secondo la definizione, invero non priva di incertezze, che ne fornisce il diritto comunitario⁶⁶), sia nazionali che locali, e a cui si ap-

tion, Cambridge, Harvard University Press, 1932 (tr. it. della 7a ed. del 1960, Firenze, La Nuova Italia, 1961), il quale però negava ogni coincidenza teorica: «È un vero peccato che due teorie tanto diverse nella loro interpretazione dei fenomeni economici, come quella della signora Robinson e la mia, siano state identificate nell'opinione di molti, fino al punto di essere considerate diverse solo nella terminologia»; infatti «non si tratta quindi di sostituire un tipo di concorrenza con un altro – l'imperfetto a quello perfetto – lasciando a sé il monopolio; si tratta di abbattere la barriera che sta tra la concorrenza (perfetta o imperfetta) ed il monopolio e di fondere l'uno con l'altro, di costruire una teoria che le contenga ambedue senza però distruggere la differenza fra di esse. È questa, in breve, la differenza di significato della teoria della concorrenza monopolistica rispetto a quella della concorrenza imperfetta» (Id., *Prefazione all'edizione italiana*, XII). D'altronde la studiosa inglese ha replicato: «non sono mai stata capace di afferrare la natura della distinzione tra concorrenza imperfetta e monopolistica alla quale Chamberlin dà così tanta importanza. Mi sembra che dove ci siamo occupati dello stesso problema, nei nostri rispettivi libri, e abbiamo fatto le stesse ipotesi, abbiamo raggiunto gli stessi risultati (esclusi gli errori e le omissioni). Quando abbiamo affrontato problemi diversi abbiamo naturalmente fatto ipotesi diverse. Per molti aspetti le ipotesi di Chamberlin erano più interessanti delle mie, in particolare quelle connesse all'oligopolio ...» (*Imperfect Competition Revisited*, in EJ, 63, 1953, 579-93, tr. it. *La «concorrenza imperfetta» in prospettiva*, in Id., *Occupazione, distribuzione e crescita*, Bologna. Il Mulino, 1991, 29-47, *ivi*, 29, nt. 1.

⁶⁵ O. Williamson, *Economic Organization*, Brighton, Wheatsheaf Books 1986, tr. it., *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, il Mulino, 1991. Scrive infatti l'A. a proposito della «concessione in appalto di monopoli naturali» (un tipico settore, quello monopolistico, con diversi problemi contrattuali), che «quando i processi autonomi di mercato falliscono o potrebbero fallire – perché i contratti incompleti a lungo termine sono altamente rischiosi, e la contrattazione sequenziale a breve è indeterminata e/o distorta – le alternative alla contrattazione, una delle quali è la regolamentazione, meritano chiaramente di essere prese in considerazione», *ivi*, 391.

⁶⁶ Ma ad avviso di D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 14-15, dalle fonti «non emerge, e si comprende anche come forse non possa esistere, una definizione comunitaria dei SIEG che vada oltre una scarna essenzialità, sostanzialmente senza indicazione di contenuti»; cfr. pure, *amplius*, G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2006. Per un quadro sinottico delle varie esperienze europee di fronte all'applicazione del diritto comunitario cfr. *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di E. Ferrari, Torino, Giappichelli, 2007.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

plica ormai in prevalenza il diritto dell'Unione. Infatti nel caso dei servizi a rete (spesso in condizione di monopolio naturale, almeno in parte), o in quello dei servizi locali per i quali molto spesso non è neppure identificabile un mercato rilevante, accertata la difficoltà o addirittura l'impossibilità di dare libero corso alla concorrenza, si cerca di simularla proprio con la regolazione (ed eventuale dissociazione della demanialità della rete dalla gestione) e/o prevedendo una concorrenza non «nel» mercato (che manca del tutto o è comunque insufficiente) ma «per» il mercato, ad es. con meccanismi di gare (secondo una teoria ormai notissima applicata in prima battuta alle privatizzazioni britanniche⁶⁷). Dunque ai fallimenti del mercato, non meno costosi di quelli dello Stato⁶⁸, si risponde con la regolazione amministrativa del mercato liberalizzato da parte non di un potere pubblico in potenziale conflitto di interessi (se ancora proprietario: da cui la spinta alla privatizzazione⁶⁹, non sempre imposta ma generalmente indotta dal diritto comunitario) ma di autorità amministrative «più» imparziali (laddove non si accolga completamente la tesi della loro «neutralità») dell'amministrazione tradizionale⁷⁰. Ma la *regulation*, che, si deve rammentare, fu inventata negli

⁶⁷ Cfr. F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 93 ss. «Tutto cominciò quando un oscuro professore di economia di una università inglese periferica in una prolusione accademica propose di riportare in Europa la Scuola di Vienna, trasmigrata negli Stati Uniti ai tempi dell'Anschluss, ma di farle fare un passo avanti applicandone le teorie sul mercato concorrenziale ad un oggetto apparentemente impossibile: i servizi pubblici. Lo "schema" proposto da Littlechild è noto; è diventato così noto che quasi nessuno si chiede neanche più chi l'abbia formulato»: *ivi*, 94.

⁶⁸ Rammentano peraltro J.E. Stiglitz e D.E.M. Sappington, *Privatization, Information and Incentives*, in «*Journal of Policy Analysis and Management*», n. 4, 1987, tr. it., in J.E. STIGLITZ, *Informazione, economia pubblica e macroeconomia*, Bologna, il Mulino, 2002, 221, che «Quali beni e servizi debbano essere prodotti nel settore pubblico e quali nel settore privato è un argomento che è stato a lungo dibattuto dagli economisti».

⁶⁹ Sulla vicenda della privatizzazione, su cui ormai esiste una sterminata letteratura, non è qui possibile intrattenersi, però forse merita almeno citare il complessivo recentissimo giudizio, quasi un severo e articolato bilancio, di un illustre studioso, P. Ciocca, *Storia dell'IRI. 6. L'IRI nella economia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2015. «Il clima politico successivo all'età di Reagan e della Thatcher; l'indirizzo seguito nella costruzione economica e monetaria dell'Europa unita; le pressioni e gli interessi della finanza mondiale; l'isolamento, in un'arena accademica internazionale sempre più marginalistica e neoclassica, della migliore scuola economica italiana, classica, keynesiana, empirico-istituzionale: questi fattori hanno interagito con la pressante realtà di un debito pubblico da riportare sotto controllo e dello *spread* del suo costo rispetto ai tassi d'interesse sui titoli stranieri con minore premio al rischio, condizionando fortemente il processo di privatizzazione», *ivi*, 289.

⁷⁰ Sul tasso di imparzialità, asseritamente diverso, ma in termini problematici, delle une e dell'altra, si leggano le considerazioni di V. Caianiello, *op. cit.*, 133 ss.

USA ancor prima del *New Deal* e da questo rafforzata⁷¹ con finalità quasi opposte alle nostre (limitazione di un mercato piuttosto che propedeuticità alla creazione e funzionamento concorrenziale dello stesso), e che in genere mostra un impianto (di tipo condizionale anziché finalistico)⁷² non sempre compatibile con quello della regolamentazione classica (prevalentemente di derivazione governativa o comunque politica), incontra ancor più severi limiti nell'ambito dei servizi pubblici locali dove l'ondivago percorso del legislatore statale non incontra la ferma guida del diritto comunitario, e dove perciò finisce per emergere in tutta la sua consistenza istituzionale la legittimazione politica delle comunità locali (al di fuori, o quasi, di ogni regola di mercato concorrenziale: *in house providing*, società miste, gestione diretta⁷³) nell'erogazione dei servizi ai cittadini. E del resto la concorrenza, dove praticata non sempre ha dato buoni risultati (anche nel caso di servizi a rete nazionali: si pensi alla privatizzazione delle ferrovie inglesi), dal quale esito risorge il problema di detta responsabilità/legittimazione politica degli enti esponenziali degli interessi collettivi che potrebbe essere anche per questo motivo ritenuta prevalente⁷⁴. Problemi tutti variamente ancora complicati nel nostro Paese da esiti di consultazioni referendarie discutibili, inadeguate risposte del legislatore (aggravate da un mai finito riordino delle amministrazioni locali) e da sentenze della Corte costituzionale di non agevole interpretazione⁷⁵. Da cui appunto la difficoltà di implementare detta regola-

⁷¹ Cfr. T. Lowi, *La scienza delle politiche*, il Mulino, Bologna, 1999, 84 ss. Dai cui scritti proviene la locuzione «arene del potere» («distributiva», «regolatoria», «redistributiva»), 16 ss., e dove a proposito di quella «regolatoria», si osserva che, poiché in quel processo decisionale «i rapporti fra le leadership dei gruppi e al loro interno su uno o più punti di condizionamento del governo sono troppo instabili per formare una singola élite decisionale» allora esso «tende a passare dalle mani delle agenzie amministrative e delle commissioni parlamentari direttamente al Congresso, il luogo dove sono sempre state risolte le questioni più incerte», *ivi*, 27.

⁷² Cfr. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *mercato concorrenza regole*, 2, 2002, 265 ss. che sottolinea che «c'è regolazione quando le classi politiche si spogliano di una parte dei loro poteri a favore di organi non eletti capaci di bloccare le scelte delle maggioranze elette», *ivi*, 266.

⁷³ Su questi aspetti cfr. l'efficace sintesi di M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 127-156. Più in generale cfr. F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, e in specie 205 ss..

⁷⁴ Per un approccio dubitativo nei confronti del modello di razionalità del mercato concorrenziale dei servizi pubblici esposto da Merusi cfr. G. Pericu, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale* e M. Cammelli, *op. ult. cit.*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., rispettivamente 43 ss. e 127 ss.

⁷⁵ Conclude infatti M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile*

quale democrazia per le autorità indipendenti?

zione (programmaticamente indifferente alle *issues* politico-elettorali) testimoniata dalla perdurante assenza di Autorità amministrative *ad hoc* e dalla limitatezza delle competenze in materia affidate a quelle esistenti: si pensi a quelle di fatto solo consultive affidate all'AGCM in materia di *in house providing*, o a quelle ancora di incerta estensione attribuite alla nuovissima Autorità di Regolazione dei Trasporti, campo in cui oltretutto resiste l'infautosto assetto costituzionale della riforma del Titolo V disposta dalla l. cost., n. 3/2001⁷⁶.

forza dell'ente pubblico, in questa *Rivista*, n. 3, 2012, 505-523, a proposito del discutibile referendum abrogativo del notissimo art. 23-*bis* e delle censure alla sua immediata sostanziale restaurazione da parte dell'incauto legislatore (art. 4, d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 sett. 2011 e succ. m. e i.) accolte dalla sent. 20 luglio 2012, n. 199, della Corte: «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*», *ivi*, 522. Sulla pronuncia della Consulta cfr. T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, sempre in questa *Rivista*, n. 2, 2012, 417-438. La dicotomia stabilità/instabilità fa qui riferimento a una celebre raccolta di saggi di Fabio Merusi (*Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990).

⁷⁶ L'Autorità prevista dall'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, si è insediata a Torino solo il 17 settembre 2013 dopo la nomina del Collegio avvenuta con d. P. R. del 9 agosto 2013. In effetti l'art. 2 della legge istitutiva (dopo che l'art. 1 l'aveva ricondotta nell'alveo delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. n. 481/1995 e ne aveva affermato l'indipendenza e autonomia di valutazione) sembra averle conferito un'ampia gamma di poteri anche nei confronti dei relativi servizi locali, ulteriormente rafforzati dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni (*more solito*) dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e succ. ulteriori integrazioni, recante specifiche misure per il trasporto ferroviario. Resta aperto il problema della compatibilità di dette disposizioni con la riserva di competenza legislativa regionale; autorevole dottrina si è chiesta se norme attributive di poteri regolatori al governo sicuramente incostituzionali non lo sarebbero per il solo fatto della traslazione di questi in capo ad autorità indipendenti: così M. Dugato, *Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore*, Seminario di studi, Nomisma/Università di Bologna, *Efficienza della gestione ed accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale*, 21 ottobre 2014; la risposta potrebbe essere positiva laddove esistente una funzione di tutela della concorrenza che la ormai pacifica giurisprudenza costituzionale riconosce come esclusivamente statale, e in generale, anche al di fuori di questa ipotesi, proprio per il ruolo sistemico e altrimenti legittimato sopra accordato alle Autorità amministrative. L'ART si è poi dotata, in ossequio alla legge, il 16 gennaio 2014, di uno scarno *Regolamento per lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse*, tanto per gli atti generali che per quelli provvedimentali.

4.1. *Il regolamento AEEG sulla partecipazione procedimentale ad atti generali: un caso paradigmatico?*

Delle tematiche appena descritte – dove si intrecciano questioni relative alla natura della regolazione tramite poteri indipendenti dalla politica, dimensione economica dei servizi pubblici⁷⁷ e strumenti di rappresentanza «democratica» degli interessi di un mercato più o meno perfetto e non solo di esso – sembra poter assumere una veste paradigmatica, nella misura in cui tutte o quasi le riassume ed evidenzia, il caso della Deliberazione 30 ottobre 2009 – GOP 46/09, di «Approvazione della “Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità per l’energia e il gas”»⁷⁸. Essa consta in realtà di due documenti entrambi di grande interesse, il primo è l’atto deliberativo vero e proprio (di ben 7 pagine) che dà conto minuziosamente ed estesamente delle ragioni del provvedimento e soprattutto del complesso iter consultativo dei soggetti interessati al provvedimento, il secondo il testo (di poco più di due pagine) del regolamento adottato all’esito di tale corposa procedura.

Peraltro al di là delle pur ampie e argomentate motivazioni, in fatto e in diritto, portate a sostegno dell’adozione del provvedimento di che trattasi (in «conseguente abrogazione dell’art. 5 della deliberazione dell’Autorità n. 61/97»), la vera e impellente causa di esso pare più direttamente risiedere in una importante e discutibile pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato (n. 7972/2006, seguita poi da altre nello stesso senso già citate sopra⁷⁹),

⁷⁷ Con l’avvertenza di D. Sorace, *op. cit.*, 11, della non coincidenza della concettualità comunitaria con quella tradizionale italiana e «che il significato della prima non è ancora stabilizzato ma ha comunque destabilizzato quello della seconda». Per una sintesi delle problematiche più frequenti in ambito nazionale cfr. ancora R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008 (5a ed.).

⁷⁸ Come è noto il mutamento di denominazione in «Autorità per l’energia elettrica il gas e il sistema idrico», è stato causato dall’attribuzione ad essa delle competenze anche in materia di «servizi idrici» (d.l. n. 201 del 2011, convertito nella l. n. 214 del 2011, art. 21, c. 19). Ma le vicende di che trattasi principalmente sono precedenti, ragione per la quale si continuerà ad utilizzare quella originaria, salvo che si renda necessario adoprare quella nuova, come nel caso del recentissimo regolamento di cui *infra*.

⁷⁹ Sulla sentenza n. 1215/2010 cfr. I. Piazza, *Sui rapporti tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *FA-CDS*, 1/2011, 288 ss., non privo di accenti critici e S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2010, 947-954, con adesive considerazioni di sottolineatura del superamento dell’esclusione dell’obbligo di motivazione di tali atti da parte della dottrina, qui seguita dalla giurisprudenza, e sembra, dal legislatore per effetto dell’introduzione dell’AIR, pur rammentando il rischio «ossificazione».

quale democrazia per le autorità indipendenti?

in riforma di una sentenza del Tar Lombardia (sez. IV, n. 402/2005) con il conseguente annullamento appunto di una deliberazione dell'AEEG (tra l'altro per insufficienza di motivazione e violazione del principio di proporzionalità⁸⁰).

Occorre a questo punto dar conto del rilevante apparato argomentativo dei giudici di Palazzo Spada che è in grado come detto di protendersi ben oltre il caso specifico, benché su questo in prima battuta abbia impattato (si trattava della delibera n. 48/2004 con la quale «l'Autorità ha avviato, in materia di scambio dell'energia elettrica, il dispacciamento di merito economico per l'anno 2004, definendo altresì le connesse disposizioni in materia di adeguatezza della capacità produttiva del sistema elettrico nazionale»⁸¹). Facendo riferimento ad alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali (Cons. St., sez. VI, n. 2007/2006 e n. 2201/2006, peraltro da ritenere innovativi rispetto ai consolidati precedenti⁸²) il giudice d'appello nel rite-

⁸⁰ Sulla rilevanza in questa decisione del mancato rispetto integrale dell'obbligo di motivazione, in connessione con un inusitato ampliamento partecipativo, mette l'accento M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 206 ss.

⁸¹ Del resto non vi è stato commento che non abbia messo in luce il rilievo sistemico della sentenza in questione: per una enfattizzazione di questi aspetti cfr. S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2007, 377-385; più in generale vede un nesso tra obbligo della motivazione e quello della valutazione di impatto della regolazione (peraltro di fatto ora in molti casi sospesa), con accenti di marcato assenso alla giurisprudenza di cui sopra, qui non condivisi, M. Cocconi, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, Osservatorio dell'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, aprile 2011: ad avviso dell'Autrice infatti la rilevanza delle finalità dell'AIR costituirebbe «per la giurisprudenza amministrativa più recente, una ragione sufficiente per ritenere inapplicabile agli atti regolatori generali la deroga all'obbligo di motivazione contemplata dal secondo comma dell'art. 3 della legge sul procedimento» (6), il che è certamente vero ma non esime quella stessa giurisprudenza dal trovare un preciso fondamento normativo che non si riduca ad affermazioni tautologiche e di adesione a interpretazioni dottrinali discutibili (che giungono a ipotizzarne un'estensione agli atti normativi, *ivi*, 7-8), come invece è fin qui accaduto (e non valgono a tal proposito i richiami della dottrina citata a discipline comunitarie che attengono ad atti comunitari – art. 296 TFUE – o a «decisioni» delle Autorità impugnabili, tantomeno riferimenti a precedenti statunitensi, *ivi*, 17, 20, peraltro non presi in considerazione dalle sentenze).

⁸² Cfr. M. Ramajoli, *op. ult. cit.*, 206 e nt. 46: come infatti aveva chiarito con nettezza e precisione giuridica Cons. St., sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467, «dal momento che “nessuna norma di legge prevede che i provvedimenti debbano essere coodecisi o comunque concertati con gli operatori del mercato”, il principio della partecipazione non può essere “dilatato al punto da imporre una sorta di formazione progressiva dell'atto, con un'acquisizione delle valutazioni degli interessati sui diversi e successivi passaggi della decisione, quasi che si trattasse di una misura sanzionatoria implicante la necessità di una contesta-

nera fondato il ricorso, ha opinato di approfondire «i presupposti su cui si fonda l'esercizio del potere regolatorio delle Autorità indipendenti, proprio con riferimento all'Autorità per l'energia e il gas». Ad avviso di detto alto consesso dunque sarebbe stato «evidenziato che ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (artt. 3 e 13, l. n. 241/90)»⁸³. Pertanto «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale». E conclude nel senso di ritenere «che non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati nei settori regolati» sottolineando come la caduta della legalità sostanziale debba essere compensata con un rafforzamento della legalità procedurale (come esplicitamente sostenuto da autorevoli voci dottrinali che si sono anche fatte promotrici del modello del *notice and comment* in luogo del tradizionale *command and control*⁸⁴).

zione in *eundo* onde garantire la piena corrispondenza tra quanto deciso con quanto contestato”.

⁸³ Ma si veda E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, 337, il quale, avvalorando detta tendenza, parla a proposito del superamento dell'art. 13 di «un'autentica perdita di attualità, in virtù del mutato quadro normativo di riferimento»; ma anche qui non si vede quale esso sia, quanto meno in termini generali, se non attuato mediante specifiche disposizioni.

⁸⁴ Cfr. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 671 ss. Ma già S. Cassese, *Negoziato e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli, 1999, 37-42, approvava la cd. «*Negotiated Rule-making*» o «*Regulatory negotiation*», 40; procedura giustamente contrastata da M. Ramajoli, *op. cit.*, 210 ss., insieme all'«*adversarial system*» di cui è pure espressione come di un ordinamento giuridico non assimilabile a quello europeo, e comunque sottoposto ad una fondata revisione critica anche dove è stato in origine implementato: R.A. Kagan, *Adversarial legalism. The American Way of Law*, Cambridge, 2001 (tr. it., *La giustizia amer-*

quale democrazia per le autorità indipendenti?

Non è chi non veda a questo punto la rilevanza sistemica di tali argomentazioni, le quali infatti sembrano accogliere specifiche interpretazioni della dottrina amministrativistica, si direbbe quasi filosofiche, del fenomeno delle *Authorities* piegando in tale direzione la soluzione del caso concreto. E ci si potrebbe chiedere se questa e le altre decisioni della medesima sezione che l'hanno seguita, non vadano a configurare un ulteriore caso di «populismo giudiziario», oltre quelli menzionati prima (a tacer della giustizia penale)⁸⁵, laddove codesti meccanismi ultra partecipativi non finiscano per doppiare le rinnovate ingerenze della politica (questa volta invece dal basso, oltre che più normalmente dall'alto) nei confronti delle *Authorities* (come più in generale dei «poteri tecnici»), mettendone perciò a rischio l'indipendenza⁸⁶. In specie non paiono condivisibili affermazioni che alludono ad una sorta di *fourth branch* (sulla scorta delle consuete suggestioni provenienti dagli USA) in deroga al principio di separazione dei poteri (al di là dell'ulteriore questione, qui in disparte, dell'esistenza di «poteri impliciti» e del loro ambiguo rapporto con quello di legalità, pure sulla scia di celebri precedenti statunitensi⁸⁷), quando invece esse sono sicura espressione di una potestà amministrativa e solo di essa⁸⁸. Non si possono trarre da norme che si

icana. Come il contraddittorio fa il diritto, Bologna, il Mulino, 2009; cfr. spec. Parte IV, *Diritto pubblico: giustizia sociale e regolazione*, 285-394).

⁸⁵ Si rammentano l'ordinanza del Tar Lazio sulla vicenda *Stamina Foundation* e le Sezioni unite civili sulle Valli da pesca della laguna veneta, citate sopra; per l'infelicissima situazione della giustizia penale basti citare il caso dell'Ilva di Taranto; ma si pensi anche all'uso distorto sempre più spesso invalso a cavallo delle varie giurisdizioni del cd. «principio di precauzione» che gli scienziati italiani hanno bollato come una vera «truffa»: cfr. l'*Appello. Ogm: la scienza non è divisa*, in *IlSole24Ore*, 16 ottobre 2014, 30. Su questo asserito principio cfr. F. de Leonardis, *Il principio di precauzione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 413-431.

⁸⁶ Su queste rischiose tendenze di inframmettenza, ancora prevalentemente governativa e parlamentare, si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti*, cit., 23, il quale constatava che non deve «stupire se, superata la tempesta, la classe politica, come i giunchi, ha risollevato poco a poco la testa, cercando di recuperare la posizione di centralità che le compete comunque in un ordinamento fondato sui principi della democrazia rappresentativa» (ma non esclusivamente su di essi, si è qui sostenuto); per G. Napolitano e A. Zoppini, *op. cit.*, 34, inoltre, per effetto della crisi finanziaria del 2007, «il protagonismo degli organi di indirizzo politico finisce per investire i mercati liberalizzati dove più fortemente si erano manifestate le ragioni di una regolazione affidata alle cure di autorità pienamente indipendenti».

⁸⁷ Cfr. il fondamentale saggio di G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703-777, che, anche per le Autorità indipendenti, li ritiene comunque subordinati ad esso.

⁸⁸ Cfr. ancora G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, 164-255; ma cfr. anche E.

occupano solo di determinate Autorità, specificamente enumerate (dalla legge sulla tutela del risparmio del 2005, peraltro in questa pronuncia neppure menzionata), conseguenze generali che le mettono in un unico contenitore rinnegando le singole specificità e neppure evocare un principio del «giusto procedimento» inteso in senso assai largo e così non esplicitamente costituzionalizzato⁸⁹ al contrario di quello del «giusto processo»⁹⁰, che deve essere invece ritenuto il presidio effettivo, necessario e sufficiente, delle garanzie dei privati nei confronti dei provvedimenti autoritativi, siano essi di natura provvedimentale o generale, adottati nelle forme del diritto amministrativo ma in regime di indipendenza dagli apparati di governo⁹¹. In sostanza, il principio del contraddittorio paritario procedimentale (senza le problematiche esorbitanze di «democrazia partecipativa» che gli si vogliono anettere), appare adeguato fondamento della legittimazione democratica

Bruti Liberati, *Servizi di interesse generale e regolatori indipendenti*, in *La regolazione*, cit., 75-91, dove si ipotizza una discutibile contrapposizione tra potere amministrativo e indipendenza dagli apparati di governo, *ivi*, 86, mentre invece qui si ritiene che poteri discrezionali, se presenti e ovviamente laddove attribuiti dalla legge, non sono incompatibili con l'indipendenza nei confronti della politica, il che rende quindi, al contrario di quanto adombrato dall'Autore, comunque censurabile la permanenza in capo ad essa di «poteri di indirizzo»; per un'efficace dimostrazione dell'inesistenza della cd. «paragiurisdizionalità» delle *authorities* si veda da ultimo S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013, 15 ss., che parla di «incerta e indefinita categoria».

⁸⁹ Questione codesta invero assai risalente se si fa mente ai numerosi studi di Benvenuti sul rapporto fra procedimento amministrativo e processo e cui si rinvia (F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 5 voll., Milano, Vita & Pensiero, 2006). La giurisprudenza del giudice delle leggi sembra però chiarita tutto sommato adeguatamente dalla sent. n. 104/2007 (redatta da Sabino Cassese), che riconduce il principio del «giusto procedimento» – dopo le modifiche alla l. n. 241/1990 introdotte dalla l. n. 15/2005 in punto di comunicazione dell'avvio del procedimento – ai principi costituzionali formali dell'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; da ciò non pare ricavarsi la conseguenza della garanzia costituzionale di un allargamento della partecipazione ad una supposta «democrazia deliberativa». Per una possibile e ancora incerta ipostatizzazione a livello non solo comunitario del principio in discussione cfr. G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009.

⁹⁰ Sul «contraddittorio paritario» e sul «giusto processo» sia consentito di rinviare sinteticamente ai numerosi scritti di Fabio Merusi. Cfr. però da ultimo anche M. Ramajoli, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, 100-146.

⁹¹ Cfr. ancora E. Bruti Liberati, *op. e loc. ult. cit.*, il quale riconosce che «dalle numerose pronunce relative all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (...) emergono innanzitutto due certezze: quella relativa all'indipendenza delle autorità che (...) i giudici amministrativi hanno riconosciuto con nettezza, talora con accenti vicini a quelli delle tesi dottrinali più radicali; e quella della natura propriamente pubblicistica del potere regolatorio esercitato dalle stesse, a cui tali pronunce applicano pacificamente i principi e le categorie concettuali propri dei poteri amministrativi discrezionali».

quale democrazia per le autorità indipendenti?

delle Autorità in questione (come, deve ribadirsi, di tutti quegli altri «poteri tecnici» espressamente previsti dall'ordinamento giuridico) senza scomodare controverse teorizzazioni dottrinali. Orbene, proprio in questa direzione si è invece mossa l'AEEG con la nuova Deliberazione, dove, addirittura, al sesto «Considerato» si sostiene che «appare opportuno in particolare adottare una compiuta e più articolata disciplina della consultazione in quanto essa costituisce un importante strumento di *democrazia deliberativa* [corsivo nostro], di trasparenza e di qualità della regolazione»⁹². Con il che si vanno a prefigurare appunto quegli scenari sopra criticati, configurando probabilmente un nuovo e non condivisibile paradigma in materia.

4.2. Le procedure di consultazione e il nuovo regolamento AEEGSI

Il quadro appena delineato in senso fortemente critico non sembra suscettibile di rilevanti ripensamenti laddove si allarghi lo sguardo da un lato alla implementazione del regolamento in questione mediante le previste procedure di consultazione, e dall'altro all'intervenuta abrogazione della stessa delibera GOP AEEG citata per effetto di una recentissima dell'AEEGSI.

Infatti l'Autorità ha dato ampiamente seguito a codesto meccanismo della consultazione preventiva⁹³, disponendola in un gran numero di casi e per vicende di rilevanza non uniforme⁹⁴. Inoltre molto spesso i Documenti di consultazione, quando in specie sono relativi agli «Orientamenti finali» dell'Autorità, sono preceduti da numerose ed estese audizioni («Istruttorie conoscitive» a loro volta disposte con apposita delibera), i cui esiti sono presi a base del relativo Documento⁹⁵. Non è qui possibile esaminare neppure a

⁹² Passo che mette in connessione, illustrata da dottrine sopra citate, la qualità della regolazione con uno specifico asserito meccanismo democratico, di cui però, si ribadisce, non v'è traccia nel nostro ordinamento, per quanto sia in crisi la democrazia liberale: cfr. E. Frediani, *op. cit.*, il quale in un'amplissima analisi mette in relazione le «nuove frontiere» della partecipazione con le varie crisi, normative e di sovranità statale, che affliggono lo Stato di diritto, trattando in specie la vicenda AEEG di cui sopra, *ivi*, 173 ss., 331 ss. e spec. 345 ss.

⁹³ Per i primi tempi dalla delibera censurata dal Consiglio di Stato le procedure relative alla produzione di Documenti di consultazione sono state poco numerose, dal 2005 in poi si è invece registrato un incremento cospicuo: ad es. dalle 7 del 2002 e pressappoco della stessa consistenza numerica in quegli anni, alle 43 del 2005, per assestarsi poco prima della delibera del 2009 e successivamente, intorno alla cinquantina; dal che si evincerebbe che quest'ultima non avrebbe quanto meno inciso sostanzialmente sul loro numero, sia pure in leggero aumento (dati ricavabili dal sito *web* dell'Autorità).

⁹⁴ Basta scorrere gli elenchi presenti sul sito per verificarlo.

⁹⁵ Cfr. *ex multis* la delibera 13 giugno 2013, 260/2013/R./com, con cui si è avviata

campione le vicende da cui queste consultazioni sono scaturite e seguire la loro conclusione. Ciò che qui preme invece sottolineare è che da un loro pur sommario esame sembra possibile ricavare alcune considerazioni di carattere generale. Da un lato forte è l'impressione di una opzione sempre più determinata verso una tipologia di decisione amministrativa che recede progressivamente dalla tradizione autoritativa verso una pronunciata tendenza all'amministrazione consensuale come esito delle procedure partecipative. Il che non può che confermare la distanza qui ripetutamente asserita dalla prefigurazione di utopici scenari benvenutiani. Dall'altro lato, se si prendono in esame alcune delle procedure di consultazione più recenti, non si può mancare di notare la loro ponderosità: la descrizione degli elementi che ne connotano la vicenda e i quesiti a cui gli operatori sono interpellati occupano a volte molte decine di pagine⁹⁶. Quest'ultimo aspetto suggerisce di confermare il segnalato rischio di farraginosità e «ossificazione» del procedimento amministrativo che ne può conseguire; se si considera che dette procedure sono quasi sempre precedute dagli ulteriori citati strumenti di partecipazione, con conseguente dilatazione dei tempi di decisione, il giudizio critico appare destinato a rafforzarsi⁹⁷. Né esso può essere inficiato dall'attitudine attribuita a queste attività endoprocedimentali nel generare potenziale deflazione giudiziaria: è certamente vero che si tratta di una tendenza ormai generalizzata nell'ordinamento italiano, alla quale in questa sede è possibile solo accennare, che concerne tanto il sistema processuale ci-

un'istruttoria conoscitiva in materia di trasparenza dei documenti di fatturazione, «al fine di raccogliere elementi informativi *su base partecipativa* [corsivo nostro] per successivi interventi regolatori»; il 9 e 10 ottobre 2013 si sono tenute le audizioni con ampia partecipazione e cospicua messe di conseguenti risposte ai questionari e il documento per la consultazione 20 febbraio 2014, 69/2014/R/com ha indicato gli orientamenti dell'Autorità (*Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta. 31 marzo 2014, Vol. II. Attività svolta, 133-5*). Come si evince da questa vicenda, i tempi decisionali sono di norma assai dilatati.

⁹⁶ Si vedano ad es. il Documento per la consultazione n. 618/2014/R/EEL, «Codice di rete tipo per il servizio di trasporto dell'energia elettrica. Fatturazione del servizio e garanzie contrattuali. Orientamenti finali»: pp. 48; n. 620/2014/R/IDR, «Definizione delle tariffe di collettamento e depurazione dei reflui industriali autorizzati in pubblica fognatura. Orientamenti finali»: pp. 43; n. 644/2014/R/EEL, «Completamento del quadro definitorio in materia di reti elettriche e regolazione transitoria dei servizi di connessione, misura, trasmissione, distribuzione, dispacciamento e vendita nel caso di reti elettriche private (RIU e altre reti private). Orientamenti finali»: pp. 52; l'elenco potrebbe continuare.

⁹⁷ Prendendo in considerazione per ragione di sintesi soltanto i dati riportati dalla citata *Relazione*, per l'anno 2013, si potrebbe osservare che non sono così confortanti come possono apparire a prima vista: da un lato si ammette l'esistenza di consultazioni plurime sul medesimo oggetto, dall'altro si quantifica la durata media in 41 giorni, ma senza tener conto dei tempi delle eventuali attività istruttorie precedenti, *ivi*, 165.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

vile (avvalendosi di una panoplia di strumenti: dall'espansione dell'istituto arbitrale alla c.d. «conciliazione»⁹⁸) che quello amministrativo (dal «contributo unificato», alla «perenzione dei ricorsi ultraquinquennali», all'inasprimento eventuale della «condanna alle spese del giudizio»⁹⁹) fino a sfociare nella sempre maggior diffusione, ai più vari livelli, dell'*Alternative Dispute Resolution* (su cui *infra*), ma in una valutazione complessiva detto ipotetico beneficio deve essere temperato, per quanto attiene in questo caso relativamente alla dinamica delle decisioni amministrative, con il sicuro svantaggio dell'aggravamento procedurale prodotto. D'altronde il radicamento preventivo all'interno del procedimento amministrativo del conflitto tra i titolari di interessi privati, che siano consumatori o imprese del settore, e l'interesse pubblico di cui è esponente l'Autorità, se in linea di principio potrebbe essere considerato uno strumento idoneo a rafforzare i poteri, tanto discrezionali che di valutazione tecnica, ad essa attribuiti, rispetto alla denunciata invasività giurisdizionale¹⁰⁰, questa non può comunque essere esclusa sulla base della corrente interpretazione degli artt. 24 e 113 Cost.: solo l'affermata natura riservata del potere, si ribadisce, è in grado di conseguire tale risultato.

Con Deliberazione 23 dicembre 2014 l'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI) ha rinnovato la «Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione» abrogando la precedente del 2009, che sostituirà integralmente non appena entrerà in vigore. Non sembra che essa apporti radicali innovazioni, trattandosi sostanzialmente di una riscrittura, allo scopo di una maggiore chiarezza, anche tramite lo spostamento di alcune disposizioni. Una maggiore cura e ampiezza di dettagli è senz'altro dedicata all'art. 4, «Consultazione», dove i precetti in esso contenuti salgono da cinque a ben undici, testimoniando l'attenzione dell'Autorità per questa tipologia di strumenti, anche in ossequio alle esigenze di trasparenza e pubblicità cui fa frequente e insistito riferimento la nuova Deliberazione. In realtà in questa disposizione e nell'articolarsi della motivazione del provvedi-

⁹⁸ Il riferimento è in particolare all'art. 696 c.p.c. (introdotto dal d.l. n. 35/2005 con decorrenza dal 1° marzo 2006) che in un pur limitato ambito processuale affida un tentativo di conciliazione al CTU; o, ancor più di recente, al d.l. n. 132/2014 (convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162) che ha espanso le possibilità di ricorso all'arbitrato e addirittura previsto la «negoziata assistita da un avvocato», sia pure solo in settori determinati.

⁹⁹ Misure, a parte quella fiscale, introdotte come noto dal «Codice del processo amministrativo» (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104): rispettivamente artt. 82 e 26.

¹⁰⁰ Su tutti questi aspetti, dalla pretesa funzione deflattiva, al ruolo dell'ispessita partecipazione procedimentale, si deve necessariamente rinviare alle ampie ed esaurienti monografie di Emiliano Frediani e Giacomo Lucattini citate sopra.

mento AEEGSI paiono individuarsi quei pochi elementi di novità: da un lato in quest'ultima viene meno tutto quell'apparato argomentativo di origine dottrinale e giurisprudenziale che aveva caratterizzato la precedente, sostituito da sintetici riferimenti al reiterato intervento del legislatore e agli atti di riorganizzazione posti in essere dalla stessa Autorità, dall'altro la fin troppo analitica disciplina del meccanismo delle consultazioni recata dal nuovo articolo sembra foriera sia di possibili ulteriori «ossificazioni» procedurali, sia, per una qualche forma di eterogenesi dei fini, di pretesti per l'attivazione di contenziosi, tanto amministrativi che giudiziari.

5. Ruolo del giudice amministrativo, oppure altro: art. 24 Cost., «giusto processo» e pluralismo degli ordinamenti. Quale «giustizia per i mercati»?

Assume perciò in base a quanto fin qui sostenuto una speciale rilevanza il ruolo del controllo giurisdizionale (sempre più ampio e incisivo¹⁰¹) sugli atti, a questo punto in specie generali¹⁰² o comunque di regolazione, delle Autorità indipendenti, proprio al fine di fondarne una legittimazione democratica, come visto sovente da una parte della dottrina (e della giurisprudenza) revocata in dubbio. Del resto, con il riferimento esplicito al «giusto processo» dell'art. 111 Cost. nel Codice del processo amministrativo sembra avviata a conclusione la sua contrastata «civilizzazione»¹⁰³, nel senso

¹⁰¹ Cfr. *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, Giappichelli, 2006.

¹⁰² Per la definizione concettuale di tale categoria vale sempre il riferimento a G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, laddove si chiarisce che «ad ogni modo, nell'attitudine degli atti a regolare serie aperte di soggetti è dato rinvenire un elemento necessario in senso deontologico, oltre che in senso esistenziale», *ivi*, 162. Questione di particolare rilievo nella vicenda di che trattasi della regolazione economica, posto che «la legge 287 del 1990, stabilendo che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato individui i casi di particolare rilevanza, nei quali le disposizioni legislative o regolamentari oppure contenute in “provvedimenti amministrativi di carattere generale” determinano distorsioni della concorrenza che non siano giustificate da interessi di carattere generale», ispirandosi alla logica comunitaria «costituisce un segno della consapevolezza che, laddove tali distorsioni provengano dalle regole pubbliche, non è determinante se assumano veste legislativa, regolamentare o amministrativa», *ivi*, 161-2.

¹⁰³ Si veda M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, ESI, 2006, 506-595, il quale peraltro giustamente osserva «come

quale democrazia per le autorità indipendenti?

però solo del compimento di un pieno contraddittorio fra le parti nel giudizio esaurendo così, dopo anche una necessaria e adeguata istruttoria procedimentale con ampia ma non ridondante partecipazione dei privati, le esigenze di garanzia dei soggetti operanti nei (o interessati ai) mercati regolati. Partecipazione che, si deve ribadire, qui non si nega in radice, neppure per i procedimenti regolatori, ma che si vuole ricondurre ad una fisiologia lontana dalle ricostruzioni forzate di certa dottrina e giurisprudenza.

Come non si può e vuole negare l'esistenza del «giusto procedimento» come principio (forse) generale del diritto amministrativo, e si vuol solo sostenere che esso non appare sorretto da garanzie costituzionali autonome e ulteriori rispetto a quelle ricavabili dall'art. 97 Cost., tali, in siffatto eccessivo allargamento della partecipazione, da imporsi alle guarentigie, costituzionali implicite (ex art. 117 Cost.) e comunitarie esplicite, assicurate all'indipendenza delle Autorità di regolazione, comunque sottoposte al principio di legalità (quello sì immanente e di rango costituzionale in quanto aspetto essenziale della separazione dei poteri)¹⁰⁴. Da cui appunto l'affermata centralità della natura e dei limiti (generalmente ammessi) di tale decisività della verifica giudiziale sulla correttezza dell'esercizio delle funzioni attribuite

la comparazione con il processo civile, oltre ad essere uno strumento ambiguo al fine di sindacare la legittimità costituzionale delle norme sul processo amministrativo, non appaia comunque uno strumento rispettoso dell'autonomia riconosciuta dalla Costituzione a questo processo (per quanto la sua disciplina operi numerosi rinvii al codice di procedura civile), nemmeno in realtà quando la comparazione dia esito negativo e il giudizio di costituzionalità si risolva nell'affermazione della diversità tra le situazioni sostanziali e processuali relative al processo amministrativo e quelle relative al processo civile», *ivi*, 590. Da questo punto di vista non sembra che le parziali innovazioni del c.p.a. possano mutare troppo la situazione: cfr. la recente vasta rassegna di G. Mari, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

¹⁰⁴ A sostegno di una certa qual costituzionalizzazione cfr. A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 509 ss., che cita il noto precedente della sentenza n. 13/1962 commentata da Vezio Crisafulli, ma né il tenore letterale di essa né gli sviluppi successivi paiono legittimare tale conclusione: si veda la sentenza del 2007 citata sopra. Inoltre potrebbe non essere un caso che in quel ricco volume non sia annoverato fra i «principi più generali del diritto amministrativo», diversamente da quelli di legalità, imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza, merito, legittimo affidamento, responsabilità, giustiziabilità dell'azione amministrativa (su cui si vedano rispettivamente i contributi di A. Bartolini e A. Pioggia, F. Vetrò, M. Spasiano, M. Occhiena, B.G. Mattarella, M.T.P. Caputi Jambrenghi, A. Police, F. Saitta, *ivi*, 79-256). Per gli aspetti comunitari cfr. A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2009. Per un tentativo originale di ricostruzione a livello globale del principio di legalità cfr. G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino, 2012.

dalla legge alle Autorità (esplicitamente, oppure a certe condizioni anche implicitamente) esplicantesi in loro provvedimenti puntuali e/o regolatori.

Altrove si è già sostenuto che la tecnicità delle decisioni delle Autorità amministrative indipendenti non sembra consentire un sindacato diverso da quelli previsti dalla legge e dunque prevalentemente di legittimità¹⁰⁵, ciò però non inficiando per nulla il conseguimento del risultato atteso dal ricorrente, e non si ha qui motivo di mutar opinione.

Altra questione, ma in parte collegata, è quella se si debba dar corso alla tendenza sempre più emergente fra dette Autorità, in specie di regolazione, a disciplinare, avvalendosi di una propria autonomia normativa/organizzativa, forme alternative di risoluzione dei conflitti tra operatori del mercato regolato e tra essi e il regolatore (*alternative dispute resolutions, ADR*), vicenda di cui dà conto una recente ricostruzione assai ampia e analitica¹⁰⁶.

Affiora qui l'ulteriore tentativo di aggirare in qualche misura la funzione della giustizia amministrativa, laddove queste misure definite talvolta più o meno appropriatamente «paragiurisdizionali» (e per certi versi assimilabili agli arbitrati, quando addirittura non sono proprio modellate su questi) aspirano a sostituirla. Si è già chiarito che neppure i procedimenti a carattere partecipativo e/o contenzioso interni alle Autorità (e nel caso specifico dell'AEEGSI) possono aspirare ad un sicuro risultato di deflazione giudiziaria, per il quale scopo (oltre che per gli altri, come di partecipazione

¹⁰⁵ Lo stesso c.p.a. prevede casi di giurisdizione esclusiva estesa anche al merito, come quello delle sanzioni amministrative. Su di esse si vedano i contributi in *Giur. comm.*, 2/2013, di: R. Chieppa, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti*, 340-357; M. Clarich e L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatoridinanzi alle Autorità indipendenti*, 358-386; G. Bruzzone, M. Boccaccio e A. Saija, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, 387-407. Ma sull'attribuzione al g. a. di detta comprensiva giurisdizione si veda ora C. cost., n. 94/2014, a proposito delle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, restituite da questa sentenza alla Corte d'Appello di Roma. Per una rivendicazione della tassatività delle fattispecie ex art. 134 sia consentito rinviare a G.C. Spattini, *Ancora una ingiustizia amministrativa nei confronti della discrezionalità tecnica? Brevi considerazioni su Autorità indipendenti, separazione dei poteri e giusto processo*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, «Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi», a cura di E. Catelani, A. Fioritto e A. Massera, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 101-114. Sulla questione se essa vi sia nel caso dell'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente inefficacia del contratto (art. 121 ss.) risponde negativamente, sia pure con soluzioni non persuasive, anche G. Mari, *op. cit.*, 534 ss.

¹⁰⁶ Cfr. S. Lucattini, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., con un ampio spazio dedicato proprio alle procedure di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, *ivi*, 82-115; cfr. anche L. Gianì, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2013, 655 ss., la quale ne sottolinea il rilievo assunto nell'ambito delle procedure comunitarie, 656 ss.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

in funzione di legittimazione democratica) sarebbero approntati dalla disciplina legislativa e regolamentare, e questo rilievo lo si è esteso pure all'ADR. A maggior ragione una soluzione che veda quest'ultima accreditarsi in funzione radicalmente e pienamente sostitutiva della giurisdizione amministrativa, per quanto acutamente argomentata, non può però condividersi per l'esistenza dell'insormontabile ostacolo rappresentato dall'art. 24 Cost.¹⁰⁷, né a giustificazione di un diverso esito potrebbe invocarsi un pluralismo degli ordinamenti giuridici appartenente ormai ad un altro contesto storico¹⁰⁸ e non più replicabile neppure sotto i cieli del pur invasivo diritto comunitario anche derivato¹⁰⁹, facendo assurgere il mercato ad organismo indipendente quando è invece istituzione del capitalismo alle altre correlata¹¹⁰.

Dunque, per concludere, non si crede che possano esistere altre vie –

¹⁰⁷ Non è qui possibile citare la sterminata letteratura in proposito, si segnalano soltanto, in generale per la granitica resilienza del diritto al «giusto» processo, L. Lanfranchi, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2004 e per gli aspetti più spiccatamente amministrativistici i contributi di Franco Gaetano Scoca in *Giustizia amministrativa*, cit., e ivi bibliografia.

¹⁰⁸ Cfr. G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino, 2007, dove una completa ricostruzione del dibattito storico-giuridico; ma del medesimo Autore vedi anche *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Dir. Amm.*, 3/2012, 299-327, nel quale si rammenta che per concorde opinione della dottrina, se «vero è che l'art. 2 della Carta fondamentale, con una significativa discontinuità rispetto alle costituzioni dell'età liberale, sancisce il principio pluralistico, e quindi garantisce e tutela le formazioni sociali; è però altrettanto vero che in questa disposizione le formazioni sociali non vengono tutelate per un qualche valore a esse intrinseco, ma piuttosto, perché sono funzionali alla tutela dei diritti inviolabili del singolo», *ivi*, 300.

¹⁰⁹ Come nel caso della proprietà pure qui emerge la rilevanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questa volta tramite il diritto ad un «equo processo». Peraltro, bene argomenta M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 147 ss., da un lato «anche dal punto di vista della CEDU, le garanzie procedurali potrebbero essere in se stesse soddisfattive, ove realizzate pienamente», dall'altro lato «la prospettiva CEDU è perfettamente compatibile con i principi costituzionali interni e, in particolare, con l'art. 24 e con l'art. 113», e ancora osserva che la tesi dottrinale sulla natura paragiurisdizionale delle autorità, fondata sulla configurazione arbitraria dei loro poteri appartiene ad una prospettiva «che è estranea alla logica della CEDU: quest'ultima, infatti, focalizza l'attenzione innanzitutto sul profilo, funzionale, dell'effetto del potere esercitato».

¹¹⁰ Secondo l'ormai noto insegnamento di D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press 1990, tr. it., Bologna, il Mulino, 1994, non a caso ritenuto uno degli ispiratori, insieme alla scuola della «Public Choice» di James M. Buchanan (del quale cfr. in specie *The Public Choice Perspective*, in *Journal of Public Finance and Public Choice*, 1983, 7-15, tr. it. in *Stato, mercato e libertà*, Bologna, il Mulino 1989, 195 ss.), della teoria «istituzionalista».

certo non quella di una partecipazione esasperata diretta a sostituire un supposto «deficit» democratico, piuttosto che l'altra di una legalità procedurale da affermare in luogo di un'asserita «dequotata» legalità sostanziale¹¹¹ – per garantire la giustizia nei mercati e la democraticità, nell'accezione «madisoniana» del concetto, delle Autorità indipendenti che li regolano, diverse da una riserva legislativa di competenza (ancora la «saggezza»), deliberata dalle istituzioni sovrane della democrazia rappresentativa titolari esclusive della relativa potestà, con il contemperamento di un efficace controllo giurisdizionale (da parte di veri giudici), sintetizzabile nella formulazione codicistica di un «giusto processo amministrativo» che faccia però salva la legittimità dei «poteri tecnici»¹¹². Ovviamente appunto, e di nuovo, nei limiti e nelle forme del principio di legalità espressione della separazione dei poteri insita nella Costituzione repubblicana¹¹³. Principi tutti, quelli sopra richiamati, nessuno escluso, posti a fondamento di quello Stato di diritto e di quella democrazia liberale/costituzionale (comprensiva delle Autorità amministrative indipendenti) che sono indubbio patrimonio comune dell'Europa¹¹⁴, e potenzialmente messi a rischio dalle strambe «idee dei novator»¹¹⁵.

¹¹¹ D'altra parte si deve rammentare che non sono mancate affatto voci dottrinali che ritengono dette soluzioni inidonee a colmare quei pretesi vuoti: cfr. G. Grasso, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, 80 ss., 94.

¹¹² Quanto possa risultare decisiva una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dal punto di vista sistematico con riguardo al fondamento dei poteri anche normativi delle Autorità indipendenti si può desumere anche dall'importante scritto di M. Renna, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore* on line, in corso di pubblicazione in *Rivista AIDA*, 2014 (Atti del Convegno AIDA su "L'enforcement amministrativo dei diritti d'autore ed il regolamento Agcom", Milano 16 maggio 2014), dove si prefigura l'ipotesi (nel caso di specie invero assai criticabile e perciò messa in dubbio considerato lo spessore dei diritti fondamentali in gioco), della funzione legittimante di una *full jurisdiction* in carenza di esplicita attribuzione di potestà normativa.

¹¹³ Che si debba necessariamente «tenere insieme il principio di legalità con la divisione dei poteri» è l'assunto, qui pienamente condiviso, di F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2007, 10, e ss.

¹¹⁴ Su ciò si veda il densissimo volumetto di A. von Bogdandy, *Principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

¹¹⁵ G. Verdi, *Don Carlo*, Atto IV, Scena I.

quale democrazia per le autorità indipendenti?

Abstract

This essay is a critical analysis of decisions issued by the Italian Regulatory Authority for Electricity Gas and Water (AEEGSI, former AEEG) that have introduced very advanced mechanisms of public participation in the adoption of general administrative acts. The article focuses on recent controversial case law of the Italian State Council. The purposes and administrative tools of these procedures – regardless of their possible deflationary aim – is framed in the context of legal analysis of the nature of Independent Administrative Authorities and the assumption that their full democratic legitimacy is based on technical expertise, as it is recognized by law in accordance with the principle of separation of powers. It is also well rooted in the denial of both the needs and opportunities of different views of liberal and representative democracy, and the proposal for solutions far from regulation of the market, as the ideology of the «commons», as well as alternatives to the classic judicial review on the legality of acts of Independent Authorities, such as alternative dispute resolution.

RICCARDO URSI

IL GOVERNO DEL GRUPPO PUBBLICO LOCALE AL TEMPO DELLA *SPENDING REVIEW*

SOMMARIO: 1. L'emersione normativa del gruppo pubblico locale. – 2. Il potere di indirizzo dell'ente locale nei confronti delle proprie partecipate. – 3. I compiti del socio pubblico. – 3.1. La definizione degli assetti gestionali adeguati. – 3.2. La responsabilità sociale e la promozione della trasparenza. – 3.3. Le linee per la gestione del personale. – 4. Conclusioni.

1. L'emersione normativa del gruppo pubblico locale

Come è noto, la proliferazione del fenomeno societario e l'ipertrofico ed incontrollato esercizio degli autonomi poteri organizzativi da parte degli enti territoriali ha generato la chiusura di mercati potenzialmente rilevanti sul piano economico nonché rilevanti effetti distorsivi sui mercati competitivi. In nome della tutela della concorrenza, la risposta dell'ordinamento è stata tesa prima a legittimare la autonomia organizzativa degli enti locali e, successivamente, anche sotto la pressione del diritto europeo, a restringerla di molto attraverso norme destinate a limitare non solo l'operatività delle società partecipate dagli enti locali, ma anche la loro stessa esistenza¹.

Tuttavia, la tutela della concorrenza è stata solo una delle esigenze alle quali il legislatore ha dovuto rispondere e forse, a ben vedere, neanche quella più significativa. Gli interventi normativi negli ultimi dieci anni sono stati maggiormente indirizzati ad occuparsi del fenomeno societario pubblico principalmente in considerazione degli evidenti squilibri che questo ha determinato nell'assetto finanziario pubblico locale.

Il passaggio da modelli organizzativi di diritto pubblico allo schema societario, infatti, è stato vissuto come possibilità di derogare all'approccio legalistico, contrassegnato dalle norme di contabilità finanziaria, finalizzate a definire i margini di discrezionalità degli enti, a favore di un approccio

¹ Sull'evoluzione della recente legislazione in tema di società partecipate dagli enti territoriali si rinvia a quanto già diffusamente trattato in R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 28 ss.

economico amministrativo libero, basato solo sul conseguimento degli obiettivi.

In un primo momento, l'adozione del sistema gestionale privatistico in determinati settori, unitamente al rinnovato assetto politico istituzionale, ha consentito che l'autonomia organizzativa potesse superare non solo le rigide regole di contabilità, ma soprattutto l'idea che le risorse impiegate provenissero in larga misura del prelievo coattivo e che dovessero comunque nel loro utilizzo rispondere ad esigenze di interesse secondo i canoni di trasparenza, imparzialità e buon andamento. L'ente territoriale ha immaginato la partecipazione ad una società come la possibilità di spostare il carico del peso economico del raggiungimento degli obiettivi relativi a politiche pubbliche dai bilanci degli enti locali a quelli dell'ente societario, il quale è stato foraggiato con commesse provenienti dalla esternalizzazione di attività tradizionalmente svolte in economia ovvero con politiche tariffarie ed impositive particolarmente gravose. Inoltre, dal punto di vista organizzativo, attraverso il governo delle società stesse, influenzato in maniera determinate dai vertici politici, l'ente territoriale ha stimolato scelte gestionali puntuali non sempre conformi alla funzionalizzazione delle risorse collettive.

In assenza di un sistema di consolidamento finanziario il risultato è stato la formazione di bilanci paralleli: i documenti finanziari pubblici non riuscivano più a dare conto delle gestioni locali, le quali vivevano nella parte più significativa nei conti economici e patrimoniali delle società partecipate. In tal modo, i vincoli derivanti dal rispetto Patto di stabilità interno venivano aggirati attraverso lo spostamento e dei costi delle gestioni pubbliche sui bilanci delle società partecipate.

La crescente perdita di significatività delle poste iscritte nei bilanci degli enti territoriali, le quali sono diventate ingovernabili a causa dell'eccessiva influenza delle spese esternalizzate, è stata evidenziata dalla magistratura contabile, già a partire dal 2006. In particolare, si è osservato che i risultati delle società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, in termini di ammontare di spese e di debito, non possono non essere conteggiati insieme a quelli dell'ente pubblico costituente poiché, in caso contrario, quest'ultimo potrebbe trovarsi, contemporaneamente, da una parte in una situazione di sostanziale pareggio di bilancio e sana situazione finanziaria e, dall'altra, essere azionista di una società di capitali gravata di ingenti debiti, dei quali dovrebbe comunque rispondere in modo illimitato se azionista unico o pro-quota se azionista di maggioranza².

I potenziali squilibri finanziari generati dall'emersione delle perdite di

² Cfr. C. conti, sez. contr. Lombardia, 30 ottobre 2006, n. 17, in www.cortecconti.it.

il governo del gruppo pubblico locale

esercizio delle società partecipate nell'ambito del settore pubblico hanno ispirato una serie di interventi normativi in cui il legislatore ha manifestato talvolta un intento meramente ricognitivo, talaltra una spinta riformatrice indirizzata al contenimento, alla razionalizzazione e alla trasparenza dei costi connessi alle società partecipate. Ne è risultato un reticolo normativo teso ad circoscrivere e regolare i poteri di controllo dell'ente territoriale in relazione al governo societario imponendogli una serie di presidi posti a tutela del corretto e trasparente utilizzo delle risorse pubbliche nonostante la presenza di scelte organizzative basate sul modulo privatistico.

In questa prospettiva, la legislazione degli ultimi anni può essere sistematizzata in ordine a tre tipologie di interventi: *i*) norme che limitano la capacità dell'ente territoriale relativamente alla sua partecipazione ai rischi imprenditoriali derivanti dalla titolarità del capitale sociale; *ii*) norme che regolano l'assetto gestionale, il potere di scelta del socio pubblico in ordine agli amministratori delle società anche in considerazione dei compensi da questi percepiti; *iii*) norme che vincolano le scelte gestionali anche rispetto ai principi di trasparenza e imparzialità connessi all'utilizzo di risorse pubbliche.

Tali interventi del legislatore – la cui analisi puntuale esula dall'economia del presente scritto – sebbene si connotino per il carattere alluvionale e per i non pochi problemi interpretativi generati sul piano applicativo, hanno evidenziato nitidamente la necessità che gli obiettivi di riduzione dei costi non possano che essere raggiunti in un'ottica di consolidamento. L'impatto economico e finanziario del modello societario di organizzazione dell'attività di rilevanza pubblica, in altre parole, non può che essere percepito in considerazione della gestione economica unitaria dell'ente locale. In tale senso, le disposizioni legislative sono prioritariamente indirizzate a regolare la condotta del socio pubblico nel governo delle sue partecipazioni societarie³.

³ Al riguardo si segnala quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 159/2008, con riferimento alle disposizioni contenute nella Legge Finanziaria 2007 in tema di riduzioni del compenso degli amministratori. Secondo la Consulta le norme in esame non trovino fondamento nella potestà legislativa statale in materia di ordinamento civile di cui all'art. 117, secondo comma, lett. *l*), Cost., in quanto «queste disposizioni pongono semplicemente alcuni ulteriori limiti alle forme di partecipazione degli enti locali in società di diritto privato rispetto a quelli già ampiamente previsti dalle speciali disposizioni legislative sull'amministrazione locale (...) Spetterà ai rappresentanti dell'ente locale, sulla base delle nuove prescrizioni legislative, operare per le modifiche eventualmente necessarie al fine dell'adeguamento statutario o della adozione delle deliberazioni assembleari richieste in tema di numero e di compenso degli amministratori» (Cfr. C. cost., 20 maggio 2008, n. 159, in *Giur. Cost.*, 2008, 1903).

Allora, al di là del magmatico e non sempre coerente panorama normativo, si può sostenere che il reale portato della legislazione sul contenimento dei costi delle società partecipate dagli enti territoriali sia la definitiva emersione del gruppo pubblico locale come sistema consolidato di *governance*.

La giurisprudenza contabile ha, in più di un'occasione, sottolineato che «i risultati economici delle società a partecipazione pubblica non possono non avere ripercussioni sul bilancio dell'Ente locale che può essere considerato anche alla stregua di un'azienda capogruppo (holding) che, sulla base della rielaborazione dei dati di bilancio di ciascuna partecipata, e in grado di pervenire alla redazione del bilancio consolidato»⁴.

La dottrina economico-aziendale ha declinato la teoria sui gruppi, descrivendo il c.d. gruppo pubblico locale intorno a tre elementi fondamentali: a) un soggetto economico ente pubblico locale; b) una direzione economica e strategica unitaria connesse alle peculiarità economiche relative alla funzione pubblica propria dell'ente locale; c) più soggetti di diversa natura, atteso che la specificità del gruppo pubblico locale è proprio quella di essere composto sia da aziende di natura privatistica che da enti di natura pubblicistica⁵.

Tutti e tre questi elementi sono oggi oggetto di previsione normativa.

Con riferimento al primo, occorre evidenziare come la recente legislazione abbia inteso limitare l'utilizzo di moduli organizzativi societari da parte degli enti locali imponendo un stretto legame con i compiti istituzionali. In questo senso si collocano le disposizioni che fissano la regola generale che preclude anche per gli enti territoriali il mantenimento di società in perdita prevedendo però due eccezioni: che il finanziamento non sia l'adempimento di un obbligo derivante da un programma di interventi relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero per assicurare la continuità nella prestazione degli stessi laddove possano essere pregiudicati la sicurezza, l'ordine pubblico e la tutela della salute; che il finanziamento sia indirizzato ad operazioni di investimento (art. 6, c. 19, l. n. 122/2010; art. 3, c. 27, l. n. 244/2007).

Si tratta di un limite all'attività di impresa degli enti pubblici, i quali,

⁴ C. conti, sez. contr. Puglia, 11 giugno 2008, n. 15/PAR/2008; sez. contr. Piemonte, 14 aprile 2010, n. 14/PAR/2010 in www.corteconti.it.

⁵ In tema vedi S. Gardini, *Il sistema di bilancio consolidato per il gruppo pubblico locale*, Roma, 2012; L. Puddu, R. Mora, *Il gruppo pubblico locale*, Torino, 2010; D. Preite, *Bilancio consolidato e informazione per il gruppo pubblico locale*, Milano, 2006; G. Grossi, *Il bilancio consolidato negli enti locali*, Padova 2004; N. Persiani, *La governance del gruppo di imprese di servizi pubblici locali*, Milano, 2003.

il governo del gruppo pubblico locale

pur avendo riconosciuta la capacità di costituire società, non sono liberi di utilizzare questo strumento per finalità diverse rispetto all'organizzazione dell'esercizio dei propri compiti istituzionali. Infatti, come ha osservato la giurisprudenza, la norma in esame «ha posto un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare la tutela della concorrenza, che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare, quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che, esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema, pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico»⁶.

La funzione di capogruppo riconosciuta all'ente locale si fonda pertanto sulla valutazione di necessità della partecipazione pubblica in relazione agli scopi istituzionali propri dell'ente. Come osservato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si tratta di individuare un collegamento tra l'attività amministrativa e organizzativa dell'ente e l'esercizio dell'impresa sociale dallo stesso partecipata, tale che si deve ritenere che il divieto operi solo nei confronti di quelle società che hanno ad oggetto attività di mercato, le quali, in ragione dell'oggetto, con possono ritenersi correlate ad alcuna attività dell'ente⁷.

Per quanto riguarda il secondo elemento di individuazione del gruppo pubblico locale un richiamo normativo alla direzione economica unitaria lo si rinviene nelle norme contenute nell'art. 147-*quater*, d.lgs. n. 267/2001 – introdotto dall'art. 3, d.l. n. 174/2012, convertito con l. 213/2012 – che disciplina il controlli sulle società partecipate⁸.

La disposizione prevede che l'ente locale definisca un sistema di *corporate governance* sulle società partecipate dallo stesso ente locale e lo stesso sia esercitato dalle strutture proprie dell'ente, che ne sono responsabili.

A tal fine si demanda all'amministrazione locale: *i*) la definizione preventiva degli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo *standard* qualitativi e quantitativi sia in termini di bilancio che di efficienza, efficacia ed economicità del servizio; *ii*) l'organizzazione di un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa

⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 696.

⁷ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2011, n. 11, in *Foro it.*, III, 365.

⁸ Per un commento, F. Palazzi, *Alcune recenti questioni a proposito di controllo sulle società partecipate da parte degli enti pubblici soci*, in *Ist. fed.*, 2011, 103.

della società, i contratti di servizio, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica; *iii*) il monitoraggio periodico, in base alle suddette informazioni, sull'andamento delle società partecipate, l'analisi degli scostamenti rispetto agli obiettivi e l'individuazione delle opportune azioni correttive, anche di riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente.

Ulteriore e forse più esplicito riscontro lo si rinviene, però, nel c. 553 della l. n. 147/2913 (Legge di Stabilità 2014), che dispone che le imprese locali partecipano degli obiettivi di finanza pubblica imposti ai soci pubblici, così come nel successivo comma 557 – relativo ai costi del personale – nel quale si rinvia esplicitamente ad un atto di indirizzo dell'ente controllante nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo.

In ultimo, in relazione al terzo elemento per la configurazione di un gruppo pubblico locale, ossia la circostanza che la presenza di più soggetti giuridici di diversa natura, occorre richiamare l'art. 1, c. 550-552, della legge di stabilità 2014. Tali disposizioni prevedono che, qualora le aziende speciali, le istituzioni o le società presentino un risultato d'esercizio o un saldo finanziario negativo, gli Enti locali soci sono obbligati ad accantonare nell'anno successivo, in apposito fondo vincolato, un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla loro quota di partecipazione. In altri termini, ai fini dei risultati di gestione si connotano in maniera unitaria moduli organizzativi qualificati da un diverso regime giuridico. In questa ottica, la Sezione Autonomie della Corte dei Conti nella deliberazione n. 15/2014 ha approvato una relazione che affronta il tema dell'impatto sul piano della finanza locale degli organismi partecipati dagli enti territoriali, e non solo delle società. In particolare, i giudici contabili hanno affermato che nelle disposizioni contenute nella Legge di Stabilità 2014 il fenomeno delle partecipazioni dell'ente locale – qualsiasi sia la natura giuridica degli organismi partecipati – si connota in termini di “strategia di gruppo” «mediante la previsione di misure intese ad accentuare la responsabilizzazione degli enti territoriali nella gestione delle attività esternalizzate allo scopo di contrastare eventuali comportamenti elusivi e di monitorare l'effettivo rispetto (...) dei parametri del Patto di Stabilità da parte del gruppo ente territoriale»⁹.

Al gruppo pubblico locale guarda anche il Programma di razionalizzazione delle partecipazioni locali elaborato ai sensi art. 23, d.l. 24 aprile 2014,

⁹ C. conti, del. 6 giugno 2014, n. 15/SEZAUT/2014/FRG, *Gli organismi partecipati/controllati da Comuni, Province e Regioni e relative analisi*, in www.corteconti.it.

il governo del gruppo pubblico locale

n. 66, convertito con l. 23 giugno 2014, n. 89, dal Commissario straordinario per la Revisione della Spesa (c.d. Piano Cottarelli)¹⁰.

Ai fini di una loro valorizzazione industriale, il documento traccia un programma di razionalizzazione delle società e degli altri organismi direttamente o indirettamente controllati dalle amministrazioni locali che si articola su quattro tipologie di azioni: *i*) la circoscrizione del perimetro dei compiti istituzionali per i quali è legittimo il ricorso al modulo societario da parte degli enti locali; *ii*) l'introduzione di vincoli diretti su varie forme di partecipazione; *iii*) la promozione dell'efficienza delle società partecipate che rimarranno operative e l'aggregazione tra società che offrono servizi simili per sfruttare al meglio le economie di scala; *iv*) la promozione del ricorso alla trasparenza e alla pressione dell'opinione pubblica adeguatamente informata come strumento di controllo.

i) Con riferimento al primo profilo, dopo una ricognizione puntuale delle varie tipologie di settori in cui sono impegnate le società locali, il Programma propone una lista di attività rispetto alle quali la presenza di una partecipata verrebbe consentita sulla base di una delibera dell'ente pubblico partecipante. Al di fuori di tale elenco, ogni partecipazione a società dovrebbe essere preventivamente sottoposta al vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al fine di assicurare che effettivamente tale società svolga un'attività che non possa essere svolta da aziende private. Al riguardo, il Commissario per la *Spending review* si spinge a suggerire al legislatore l'eliminazione della possibilità di affidamento *in house* o la sua ulteriore limitazione, anche al di là della normativa comunitaria. Il divieto di autoproduzione costituirebbe, per gli autori del Programma, un passo importante per valutare in modo non soggettivo, ma oggettivo, la possibilità da parte del mercato di fornire i servizi richiesti.

ii) Con riferimento ai vincoli diretti che il legislatore dovrebbe imporre, il Programma suggerisce la limitazione di ogni forma di partecipazione indiretta, in ragione dei minori poteri di *governance* che questa determina e per i conseguenti rischi di finanza pubblica che diventerebbero più elevati. Nella stessa prospettiva si auspica non solo l'introduzione di un divieto di partecipare in società in cui il capitale in mano pubblica, nel suo complesso, non raggiunga almeno il 10 o 20 per cento, ma anche la dismissione di tutte quelle società che, per numero esiguo di dipendenti o per fatturato limitato, non siano giustificate sul piano degli obblighi funzionali e in considerazione dell'impatto organizzativo che generano. In ultimo, si consi-

¹⁰ Commissario Straordinario per la Revisione della Spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, 7 agosto 2014, in www.revisionedellaspesa.gov.it.

dera come prioritaria l'accelerazione di tutti i processi di liquidazione di società già avviate e che continuano a pesare in maniera significativa sulla finanza pubblica.

iii) In relazione alle politiche di efficientamento, il Programma si occupa di individuare forme di promozione di un migliore e più corretto utilizzo delle risorse pubbliche impiegate per quelle società che, all'esito dello sfoltimento delle partecipate operato alla luce dei punti precedenti, vedano riconosciuto il proprio ruolo strategico per il perseguimento delle finalità delle amministrazioni pubbliche. In particolare, si ribadisce che a decorrere dal 2014 tutte le società locali concorrono agli obiettivi di finanza pubblica perseguendo una sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza. Si prefigura la necessità di un preciso cronoprogramma che porti alla definizione di costi e rendimenti *standard* soprattutto per quei settori che mostrano maggiori criticità in termini gestionali. Inoltre, si individua nella promozione delle economie di scala lo strumento per conseguire una sana gestione in considerazione della circostanza che le dimensioni troppo ridotte dell'operatività delle società determinano inefficienza. Soprattutto per i servizi pubblici a rete di rilevanza economica, all'elemento dimensionale si deve attribuire una particolare rilevanza ai fini dell'efficientamento della produzione e pertanto nel Programma si suggerisce al legislatore una significativa spinta verso l'aggregazione di imprese locali o, quanto meno, una sostanziale loro crescita dimensionale.

iv) Punto qualificante del Programma è quello di una maggiore trasparenza della gestione delle società locali al fine di stimolare la loro responsabilità sociale nei confronti della cittadinanza. L'impatto sulla finanza locale dei costi delle società partecipate è tale si impone un maggiore controllo politico ed una attenta sorveglianza da parte dei più importanti *stakeholders*, ossia i cittadini. L'opinione pubblica è chiamata ad esercitare una pressione, non solo in termini di efficacia degli interventi, ma soprattutto per raggiungere l'efficienza del settore, e dunque un migliore e parsimonioso utilizzo delle risorse pubbliche impiegate. In questa prospettiva, si evidenzia la necessità di operare una semplificazione della normativa sulle partecipate che ancora si presenta complessa e di non agevole interpretazione. Inoltre si auspica un miglioramento della qualità e della quantità delle informazioni disponibili ed accessibili in maniera aperta. Al riguardo, si deve segnalare come tale auspicio sia in linea con quanto previsto con i recenti interventi normativi in tema di trasparenza amministrativa e segnatamente con l'art. 11, c. 2, del d.lgs. n. 33/2013, che impone alle società partecipate gli stessi obblighi di pubblicità incombenti sulle amministrazioni, almeno con riferimento a quelle informazioni attinenti alle attività di rilevanza pubblica.

il governo del gruppo pubblico locale

Le indicazioni contenute nel Piano “Cottarelli” non hanno sortito immediati riscontri normativi immediati, posto che con l’art. 1, c. 611-613, l. 23 dicembre 2014, n. 190 (Legge di stabilità 2015), si è deciso di rinviare le decisioni ad un piano di riorganizzazione delle partecipazioni che ogni songo ente locale deve avviare entro il 31 marzo 2015¹¹.

In verità, si deve apprezzare la scelta della Legge di Stabilità di attribuire la responsabilità del processo di riorganizzazione ai singoli enti territoriali che, in una logica di gruppo, sono chiamati a rivedere e rivalutare il carattere strategico delle loro partecipazioni e ad indirizzare in chiave di riduzione dei costi e di promozione della trasparenza l’attività gestionale delle imprese controllate. In altri termini, il legislatore, facendo tesoro dei risultati – certo non soddisfacenti – raggiunti dalle vigenti disposizioni, ha cambiato l’approccio dispositivo non imponendo soluzioni precostituite, bensì sollecitando un processo di razionalizzazione dal basso. In questo senso, va letta la scelta di riconoscere alla Corte dei conti un ruolo di monitoraggio puntuale sul processo di riorganizzazione delle partecipazioni degli enti locali, allo scopo di evitare che tale attività di pianificazione strategica non rimanga tale senza tradursi in effettive scelte operative.

Alla luce di quanto detto, si prefigura una generale ed ulteriore rivisi-

¹¹ Si tratta di un processo di razionalizzazione dei costi basato su cinque criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante la messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

Appare evidente che i criteri formulati sono già presenti nel Piano “Cottarelli” e l’aver il legislatore ribadito quei contenuti sembra perseguire l’unico risultato di offrire una dilazione ad un obbligo di riduzione dei costi già cogente in virtù di pregresse e vigenti disposizioni normative. Non può non condividersi l’opinione di chi ritiene che le ragioni di quest’ennesimo ritardo risiedano, formalmente, nella necessità di incidere, con cautela, su aspetti sociali e previdenziali relativi al problema di come assorbire i costi del personale in esubero messo in mobilità. Tuttavia, emerge la netta sensazione che la politica non riesca a superare la questione di come effettivamente realizzare la riduzione dei costi resi tanto più evidenti dalla chiarissima ed impietosa relazione vergata dal Commissario per la *Spending review*. In altri termini, «i tagli alla spesa possono attendere, almeno fino al prossimo *restyling* legislativo annunciato per il 2015». Cfr. G. Guzzo, *Le società partecipate nella “legge di Stabilità” 2015: tra esigenze di razionalizzazione e prorogatio (la spending review può attendere)*, in www.ildirittoamministrativo.it.

tazione del gruppo pubblico locale, la quale impone agli enti territoriali interventi secondo due prospettive: a) il compimento di scelte generali e strategiche relative alla mantenimento delle partecipazioni in essere, anche in considerazione delle attività da queste svolte; b) un'importante azione sul piano dell'organizzazione delle strutture allo scopo precipuo di perseguire l'efficienza gestionale, in un quadro di complessiva riduzione dei costi, nonché forme di trasparenza destinate a valorizzare la responsabilità sociale.

Delle due, quest'ultima prospettiva merita di essere posta a disamina nel presente scritto in considerazione della circostanza che sulla riorganizzazione aziendale emerge un ruolo di governo societario riservato al socio pubblico in qualità di capogruppo che più di ogni altro caratterizza i compiti di indirizzo connessi agli interessi sottesi non solo all'attività ma soprattutto alle risorse impiegate.

Appare opportuno precisare che nella dinamica del gruppo pubblico locale si concentrerà l'analisi al governo delle partecipazioni societarie – le quali costituiscono di gran lunga l'ambito prevalente del fenomeno aggredito dalla legislazione sulla riduzione della spesa – avendo coscienza che molte delle riflessioni che di seguito si proporranno vanno differentemente declinate in presenza di partecipazioni in enti di diritto pubblico ovvero in organismi non regolati dal Libro V del codice civile.

2. Il potere di indirizzo dell'ente locale nei confronti delle proprie partecipate

Il recente e continuo riferimento all'attività di direttiva dell'ente locale nell'implementazione di politiche di efficientamento delle società da esso partecipate suggerisce una breve analisi dell'inquadramento di tale potere, anche allo scopo di delimitarne l'ambito operativo nel contesto del regime giuridico di enti che sono e rimangono di natura privatistica.

Come è noto, la Riforma del diritto societario del 2003 introducendo una disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento non ha ritenuto utile fornire una nozione di controllo o di gruppo: il presupposto dell'applicazione è il mero fatto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto che viene a costituire l'elemento che caratterizza tipologicamente il fenomeno. In tal modo il legislatore ha individuato i tratti fondamentali di quella che costituisce nei fatti la tipica manifestazione esterna dell'attuazione di una logica di gruppo, ovvero sia la soggezione alle altrui direttive.

In particolare, ispirandosi ad una visione sostanzialistica, le nuove

il governo del gruppo pubblico locale

norme intendono fornire una regolamentazione degli effetti patologici di quella attività di direzione, indipendentemente dall'organizzazione formale o da una tipizzazione delle singole ipotesi. Attività che si configura come una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali¹².

Pertanto, la dimensione formale e contenutistica del potere di direttiva attribuito al socio pubblico non presenta alcuna tipizzazione, poiché il diritto societario si occupa esclusivamente degli effetti che l'esercizio di tale potere determina sulla gestione dell'impresa sociale.

La soggezione ad altrui decisioni è percepita, in altre parole, come fattore di eventuale responsabilità gestionale, più che come elemento di individuazione di una relazione organizzativa tra l'ente territoriale e la società.

Sicché, in termini ricostruttivi, non possono che soccorrere le riflessioni che la migliore dottrina pubblicistica ha formulato in ordine al rapporto di direzione nell'ambito delle relazioni intersoggettive¹³. In tale ambito la direttiva si configura quale «atto formale tendente ad orientare l'attività del destinatario verso obiettivi ritenuti prioritari e atto a dar veste giuridica agli indirizzi generali in sede governativa»¹⁴.

È nota l'opinione, largamente condivisa dalla dottrina tradizionale, che caratterizza in termini qualitativi la direttiva quale atto di indirizzo che determinerebbe nel destinatario un vincolo qualificato da un giudizio di adattamento, tale che tanto il soggetto che attua, quanto il soggetto che indirizza, sono forniti di poteri decisori¹⁵.

Sul piano degli effetti le direttive «a differenza degli ordini, non impartiscono disposizioni concrete, bensì additano compiti e obiettivi da realizzare (e talvolta anche modalità di realizzazione)»¹⁶.

¹² Cfr. Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2829.

¹³ Sul potere di direttiva nel diritto amministrativo la letteratura è vasta; in questa sede si possono richiamare alcuni scritti di carattere generale: G. Sciullo, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993; Id., *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1990, 98 ss.; F. Merusi, M. Clarich, *Direttiva*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989.

¹⁴ Cfr. F. Merusi, M. Clarich, *op. cit.*, 3. Come è noto, il tema della direttiva nei rapporti intersoggettiva è stato ampiamente trattato con particolare riguardo al governo delle partecipazioni statali durante il periodo dell'intervento pubblico nell'economia di mercato attraverso i c.d. «enti di gestione». Sul punto si rimanda a F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1977; F.A. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1967.

¹⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1988, vol. I, 309.

¹⁶ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XIV, Napoli, Jovene, 1984, I, 237.

In ottica pubblicistica i rapporti organizzativi intersoggettivi, ai quali si ascrive anche quello tra l'ente territoriale e la società da questo partecipata, possono configurare una dimensione della direzione che non solo si consolida attorno all'indicazione dei programmi da svolgere, ma anche si concentra nella formulazione di criteri di azione a cui ispirarsi nello svolgimento della propria attività, incidendo in maniera significativa sulla sfera di auto-determinazione del soggetto dipendente.

In questa prospettiva, la direttiva ha ad oggetto la condotta generale del soggetto e come tale non può porsi in contrasto con il fine statutario che costituisce il limite esterno al potere di indirizzo¹⁷.

Si deve precisare che il rapporto di direzione trova la sua ragione solo nell'inquadramento della società nell'impianto organizzativo dell'ente locale che, attraverso le proprie partecipazioni esercita, attraverso moduli privatistici, in via diretta o mediata, funzioni amministrative o servizi pubblici. Sicché il potere di direttiva si colloca all'interno di una distribuzione delle competenze proprie delle funzioni connesse ai fini istituzionali dell'ente, le quali, inevitabilmente, condizionano l'operare dei soggetti partecipati dallo stesso¹⁸.

La direttiva, allora, diventa epifenomeno dell'organizzazione dell'ente territoriale.

Ciò posto, il fattore organizzativo è, in conseguenza delle caratteristiche dello strumento adottato per la cura di interessi pubblici, l'elemento su cui si incardina il rapporto di direzione. Il socio pubblico indirizza la società, non in quanto questa svolge attività di interesse pubblico – circostanza questa che si pone più correttamente alla base di una attività di regolazione dell'ente territoriale – bensì in ragione delle risorse investite nel capitale della società, le quali impongono un governo improntato ai principi che disciplinano l'assetto organizzativo della pubblica amministrazione.

3. I compiti del socio pubblico

Il quadro normativo di riferimento dell'esercizio del potere di direttiva da parte dell'ente territoriale sulla società da questo partecipata evidenzia il carattere funzionale e, dunque, la sua destinazione a fornire una cornice organizzativa e procedurale al governo del gruppo pubblico locale. La

¹⁷ Cfr. V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959, 73 ss., spec. 76.

¹⁸ Sul punto vedi G. Sciuillo, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, cit.

il governo del gruppo pubblico locale

necessità di garantire il corretto utilizzo delle risorse pubbliche impiegate nel modulo organizzativo privatistico adottato spinge ad una costruzione dei rapporti tra ente territoriale e società che si fondi sull'implementazione degli strumenti e dei meccanismi di tutela preventiva idonei ad inibire – utilizzando categorie proprie del diritto amministrativo – uno sviamento o uno straripamento dell'utilizzo stesso dei fini istituzionali.

3.1. La definizione degli assetti gestionali adeguati

Uno dei profili riconducibili all'attività di direzione ascrivibile all'ente pubblico attiene sicuramente all'obbligo di improntare l'attività della società da esso partecipata ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Tale obbligo deve ritenersi adempiuto, non attraverso l'osservazione diretta e costante dell'attività degli amministratori, bensì mediante l'istallazione di sistemi che producano le informazioni che gli amministratori dovrebbero possedere, e l'esercizio di un controllo su questi sistemi per assicurarsi il loro corretto funzionamento.

Si può ritenere che, in una dinamica di gruppo, la direzione strategica e la supervisione dell'attività di gestione importano l'obbligo di costruire assetti organizzativi e contabili adeguati e di vigilare sui medesimi, soprattutto in ragione del rafforzamento dei poteri degli amministratori rispetto all'assemblea che la riforma del diritto societario ha configurato.

Infatti, la Riforma del diritto societario ha enfatizzato le tematiche di natura organizzativa, con particolare riguardo al sistema dei controlli ed al sistema amministrativo-contabile (artt. 2381, c. 3; 2403, c. 1, c.c.) realizzando, in tal modo, una esplicitazione, anche se parziale, del canone di diligenza professionale (art. 2392, c. 1, c.c.) cui l'azione degli amministratori dovrebbe attenersi, con l'indicazione di alcune tematiche che dagli stessi devono essere necessariamente essere prese in esame.

In questo senso, l'amministrazione diligente della società deve perseguire, tra l'altro, una struttura organizzativa, un sistema di controllo interno ed un sistema amministrativo e contabile adeguati alle caratteristiche della società stessa, laddove il giudizio di adeguatezza dipenderà dallo stato delle conoscenze di natura economico-aziendali generalmente accettate in materia¹⁹.

¹⁹ Cfr. M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, Milano, 2005, *passim*; Id., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in G. Cottino, G. Bonfante, P. Montalenti, O. Cagnasso (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2010, 549 ss.

Pertanto, uno dei primi effetti della partecipazione maggioritaria o totalitaria di un ente pubblico ad una società è costituito dalla adozione da parte di questa di tutte quelle procedure e processi decisionali stabiliti dall'ente stesso deputati ad ammantare di discrezionalità la gestione dell'impresa pubblica.

Al riguardo, il Piano “Cottarelli” sembra dare per scontata una rivisitazione dell'assetto organizzativo degli enti partecipati funzionale al perseguimento degli obiettivi di riduzione dei costi. L'ente territoriale controllante è chiamato ad approntare tutti i sistemi necessari ad assicurare che ogni fase della vita sociale, sia essa attinente al momento decisionale ovvero a quello esecutivo, vada adeguatamente strutturata allo scopo di ottenere che il risultato prodotto corrisponda ad un parametro di amministrazione delle risorse pubbliche corretto.

In questo senso, si può ritenere che la formula “assetti adeguati” significhi la realizzazione di un sistema integrato e coordinato di operazioni tra loro correlate idoneo ad assicurare risultati soddisfacenti, riducendo – grazie alla suddivisione in fasi dei diversi processi – le possibilità di errore²⁰.

L'utilizzo di risorse pubbliche nell'ambito di un modulo organizzativo di tipo privatistico da parte dell'ente territoriale impone, in una logica di direzione e coordinamento, di veicolare nella società l'adozione di assetti adeguati i quali trovano la loro *ratio* non nella tutela preventiva dell'investimento del socio pubblico, bensì nel carattere “sensibile” delle risorse provenienti in gran parte dal prelievo fiscale.

In questa prospettiva, il ruolo dell'ente pubblico-socio assume sempre più i caratteri della direzione strategica, del controllo delle procedure, piuttosto che, come in passato, quelli di ingerenza sulle decisioni di impresa attraverso direttive gestorie sugli amministratori.

L'esigenza del coordinamento dei vari aspetti della gestione e del controllo dei fenomeni implicano la necessità di pianificare tutta l'attività aziendale anche attraverso direttive di pianificazione dell'ente pubblico.

Tali direttive, dovrebbero fissare gli obiettivi di gestione e indicare, in senso ampio, i mezzi, gli strumenti e le azioni per raggiungerlo in una prospettiva di medio-lungo termine.

Le scelte di fondo, fatte in sede di pianificazione, dovrebbero poi essere concretizzate, da parte dell'organo gestorio della società, in sede di programmazione, mediante la quale si indicano gli obiettivi intermedi e/o parziali da conseguire in un intervallo temporale breve, traducendoli in piani operativi e *budget* nel quadro di un sistema caratterizzato da adeguati stru-

²⁰ Cfr. M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 76.

il governo del gruppo pubblico locale

menti di monitoraggio dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta e da modelli organizzativi predeterminati²¹.

Occorre sottolineare come tale configurazione eterodiretta degli assetti adeguati della società partecipata non possa prescindere da un complessivo assetto del governo di tutti i soggetti partecipati dal medesimo ente territoriale.

Indipendentemente dalla specificità della *mission* della singola società, l'ente territoriale per esigenze di coordinamento dell'attività di *governance* è tenuto ad adottare un meccanismo di controllo unitario e compatibile per tutte le società dallo stesso partecipate in via prevalente. Infatti, le esigenze di monitoraggio presuppongono regole comuni di procedimentalizzazione delle scelte gestionali e di misurazione della *performance*²².

Allora il compito di definire assetti gestionali adeguati significa per l'ente territoriale la necessità di costruire un sistema di regole interne tramite il quale sia garantita la sua funzione di indirizzo sulla vita dell'impresa, ed un insieme di procedure che favorisca la più rapida ed efficiente assunzione delle decisioni²³.

Mentre nelle società *market oriented* la necessaria adeguatezza è il portato della separazione tra investitori e gestori ed è finalizzata a precostituire una griglia di controllo preventivo dell'azione imprenditoriale a tutela degli interessi dei soci, nelle società partecipate dagli enti pubblici in genere, e

²¹ Cfr. D. Baroni, *Enti locali ed aziende di servizi*, Milano, 2004, 71 ss.; N. Persiani, *La governance del gruppo di imprese di servizi pubblici locali*, cit., 73 ss.

²² Cfr. D. Baroni, *op. cit.*, 113, secondo il quale «l'adozione efficace della logica di gruppo, se basata su criteri risultanti da una programmazione razionale che tenga conto della distinzione di ruoli, può nel concreto rendere possibile la coesistenza tra le esigenze di indipendenza gestionale delle aziende, ed i vincoli e condizionamenti (in accezione positiva si potrebbe meglio parlare di "indirizzi") del soggetto economico pubblico. Alle prime deve garantirsi un'effettiva autonomia gestionale, dopo quella giuridica già riconosciuta dall'ordinamento normativo; il secondo, da parte sua, deve risultare il garante dell'unità economica del gruppo nella sua interezza. Ciò (...) si risolve in primis definendo una impostazione chiara e formalizzata dei rapporti esistenti tra la componente pubblico/politica e quella operativo/gestionale, il che comporta il perseguimento di importanti sotto obiettivi da identificarsi, in una puntuale ed organica attività di coordinamento dei piani di esercizio e dei piani di gestione in una pianificazione di gruppo, e in un'attività costante di monitoraggio degli indicatori quantitativi e qualitativi conseguiti dalle varie unità elementari dell'insieme coordinato, e, laddove possibile, di quelli raggiunti a livello aggregato».

²³ Cfr. N. Persiani, *op. cit.*, 75, che evidenzia che tale sistema di regole specifiche trova la sua ragione d'essere anche nella natura degli interessi di cui l'ente territoriale è portatore: se come socio esso è interessato ai livelli di efficienza della produzione, come rappresentante istituzionale dei cittadini avrà il compito di assicurare l'efficacia e la qualità dell'attività erogata.

dagli enti territoriali in particolare, l'obbligo di predisporre assetti organizzativi adeguati è direttamente connesso allo statuto delle risorse impiegate e quindi ai principi costituzionali che ne regolano l'utilizzo. Ciò risulta oggi avvalorato dalla modifica dell'art. 81 Cost., che impone, in ottica di consolidamento, la sostenibilità del debito degli enti locali.

Siffatta *governance* delle società degli enti territoriali non può che riguardare tutti i momenti dell'amministrazione economica: l'organizzazione, ossia l'aspetto soggettivo relativo alla definizione degli organi coinvolti nell'attività aziendale e conseguente attribuzione delle funzioni da svolgere; la gestione, vale a dire l'aspetto oggettivo riguardante il complesso delle operazioni concretamente svolte per il conseguimento dei propri fini; la rilevazione, cioè l'aspetto cognitivo, attinente all'attività aziendale funzionale alla acquisizione dei dati preventivi e consuntivi necessari a controllare l'attività aziendale ed a fornire informazioni utili per la formulazione di scelte concernenti sia la gestione che l'organizzazione²⁴.

L'attività di indirizzo e controllo dell'ente sulle società partecipate presuppone, non solo un'omogenea strutturazione dei processi decisionali interni mediante la chiara individuazione delle linee di responsabilità; ma soprattutto la costruzione di un sistema informativo orientato al controllo.

Sul punto il Piano Cottarelli è piuttosto chiaro. La presenza di meccanismi di controllo è una condizione necessaria per garantire l'efficacia dei principi e delle proposte ivi previste. Controllo che non deve essere limitato ad una valutazione esterna dell'attività di direzione e coordinamento posta dall'ente pubblico ma che non può non riguardare anche il sistema di controllo interno esercitato da questo nei confronti degli organismi partecipati.

Come è noto, questo fa riferimento alla raccolta, selezione, classificazione ed elaborazione di tutti quei dati funzionali all'attività aziendale, che possono fornire elementi cognitivi differenti ed ulteriori rispetto a quelli contabili²⁵. Infatti, «il supporto informativo funzionale all'attività aziendale si compone di tutte quelle elaborazioni, non solo contabili, con le quali venga resa possibile l'attività di pianificazione, di programmazione e di valutazione dei risultati raggiunti»²⁶.

²⁴ Cfr. M. Paoloni, E.G. Grandis, *La dimensione aziendale delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2007, 178, che la riguardo danno conto delle note tesi sostenute da G. Zappa, *Tendenze negli studi di ragioneria*, Milano, 1927, 30.

²⁵ Cfr. U. Bertini, *Il sistema azienda*, Torino, 1990, 137-138.

²⁶ Esso quindi comprende la contabilità generale, la contabilità analitica, i piani, il sistema budgetario, il sistema degli indicatori, il sistema di *reporting*. Cfr. L. Del Bene, *Lineamenti di pianificazione e controllo per le amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, 109-110, secondo il quale, l'implementazione del sistema informativo costituisce «un momento strategico che

il governo del gruppo pubblico locale

In linea con il disposto codicistico che prevede l'adozione di assetti organizzativi contabili adeguati, come si è visto, l'art. 147-*quater* TUEL delinea compiti specifici per il socio pubblico, da un punto di vista interno, imponendo la costituzione di unità organizzative dedicate alla complessiva gestione dei rapporti con le società partecipate con qualificazione professionale dei funzionari; dal punto di vista esterno, stabilendo una metodologia dell'attività di controllo sulla vita societaria che sarà modulata sulla base delle dinamiche peculiari dell'impresa e sull'assetto dei legami derivanti dalla partecipazione al capitale.

In un'ottica di confrontabilità dei dati e dei sistemi, e della definizione degli standard economici e finanziari, il modello a cui ispirarsi non potrà che essere il sistema dei controlli già vigente all'interno degli enti territoriali. Pertanto, il controllo interno si traduce essenzialmente: nella verifica del rispetto dei principi di economicità, efficacia ed efficienza della gestione; nel controllo dell'affidabilità e dell'integrità del flusso informativo sia interno che esterno; nella verifica dell'aderenza a politiche, piani, procedure, leggi e regolamenti delle operazioni poste in essere da parte dei singoli settori aziendali e dell'impresa nel suo complesso; nell'attività di supporto consultivo per gli altri settori dell'organizzazione aziendale sui temi di propria competenza; nell'individuazione per ciascuna delle diverse funzioni aziendali delle procedure, evidenziando i rischi connessi a ciascuna di esse e gli specifici controlli da porre in essere²⁷.

Tra le varie tipologie di controllo interno previste, indubbiamente lo strumento maggiormente consono al regime del modello privatistico adottato è il controllo di gestione, il quale, come è noto, si configura quale attività volta a misurare costi e risultati delle diverse unità delle quali l'organizzazione aziendale si compone, considerando i diversi prodotti dell'azione e le specifiche finalità e utilizzando al proposito adeguati insiemi di indicatori²⁸.

può condizionare il funzionamento del controllo e quindi va attentamente ponderato, coinvolgendo nell'attività di progettazione, gli utilizzatori dei suoi *output*, in quanto competenti circa le criticità ed i fabbisogni che devono essere monitorati».

²⁷ Cfr. M. Zanigni, *Assetti di governance ed implicazioni sul sistema di controllo interno*, Padova 2004, 126.

²⁸ Cfr. G. Cogliandro, *Il controllo di gestione nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il sistema del controllo dopo il D.lgs. 286/1999*, a cura di M. Cammelli, cit., 165, secondo il quale «il controllo di gestione è l'insieme di strutture, procedure e metodiche che il compito di verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa, al fine di utilizzare il rapporto costi/risultati».

Con riferimento alle società partecipate dagli enti locali, un ancoraggio normativo può essere individuato nell'art. 196 ss. TUEL, che disciplina proprio le modalità del controllo di

Si tratta di delineare un modello di procedimentalizzazione del sistema di controllo interno che, nelle società private, è lasciato alla libera determinazione del *management* in un'ottica di esclusiva massimizzazione del profitto, nelle società partecipate dagli enti territoriali, avrebbe, al contrario, una base normativa in ragione della rilevanza delle risorse impiegate e della necessaria funzionalità ad obiettivi di interesse pubblico delle stesse. Si deve attribuire al controllo di gestione la funzione di avamposto della tutela del corretto utilizzo risorse pubbliche impiegate nelle società partecipate dall'ente territoriale²⁹.

Cosicché, ai sensi dell'art. 197 TUEL, non sarebbe eterodosso rispetto ai canoni gestionali privatistici un sistema di controllo di gestione articolato in tre fasi: a) predisposizione di un piano dettagliato degli obiettivi, il quale costituirebbe la traduzione operativa degli indirizzi nella loro dimensione quantitativa e qualitativa, ricevuti dall'ente locale in ordine all'organizzazione e all'espletamento dell'attività oggetto della società; b) la rilevazione dei dati relativi a costi ed ai proventi nonché la rilevazione dei risultati raggiunti; c) la valutazione dei dati predetti in rapporto al piano degli obiettivi al fine di verificare il loro stato di attuazione e di misurare l'efficacia, l'efficienza e la necessaria economicità dell'attività di impresa³⁰.

Tuttavia, in un'ottica di gruppo, per consentire una corretta interlocuzione tra l'ente locale e la società occorre che il sistema informativo sia omogeneo, ossia che il flusso di dati segua percorsi tra loro compatibili, soprattutto in ragione della peculiarità delle regole di contabilità pubblica che connotano l'attività organizzativa dell'ente territoriale. L'esercizio del po-

gestione. Si tratta di una norma che, pur riferendosi alle amministrazioni, può costituire uno spunto per la determinazione di una procedura di *auditing* interno alla società compatibile con l'assetto organizzativo generale all'interno di una dinamica di gruppo. Infatti, il controllo di gestione diventerebbe sia per il *management* della società, sia per l'ente che esercita l'attività di direzione la procedura diretta a verificare lo stato di attuazione degli obiettivi programmati – i quali in gran parte sono definiti *ex art.* 42, lett. g), TUEL – e attraverso l'analisi delle risorse acquisite in maniera quasi esclusiva dallo stesso ente in veste di committente con il contratto di servizio – e della comparazione tra i costi e la quantità e qualità dell'attività prestata, la funzionalità, l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'organizzazione della stessa.

In tema vedi F.Vella, *Simmetrie e asimmetrie tra pubblico e privato: controllo di gestione nelle società di capitali*, in *Il sistema del controllo dopo il D.lgs. 286/1999*, a cura di M. Cammelli, cit., 144 ss.

²⁹ R. Lombardi, *op. cit.*, 190, secondo la quale, in ultima istanza, il controllo di gestione si pone come lo strumento organizzativo che raccoglie, elabora e interpreta dati per migliorare le decisioni relative all'utilizzo delle risorse pubbliche.

³⁰ In tema vedi C. De Benetti, artt. 196–198, in *l'ordinamento degli enti locali*, a cura di M. Bertolissi, Bologna, 2002, 701 ss.

il governo del gruppo pubblico locale

tere di direzione e coordinamento, soprattutto con riguardo ai profili organizzativi, non può che transitare, in tale ipotesi, attraverso l'imposizione alle società controllate di processi decisionali uniformi, di programmi informatici comuni, di procedure operative tra di loro coerenti, di organigrammi e funzionigrammi sinergici con quelli delle altre società

3.2. La responsabilità sociale e la promozione della trasparenza

La predisposizione di assetti gestionali adeguati di gruppo è compito funzionale al corretto esercizio delle funzioni di governo da parte dell'ente territoriale sulle proprie partecipate. Come si è evidenziato la doverosità di questo compito trova la sua giustificazione non solo nella natura delle risorse impiegate nell'attività di impresa, ma soprattutto nei fini istituzionali che l'ente attraverso il modulo organizzativo prescelto intende perseguire.

Infatti, la declinazione quantitativo/qualitativa del servizio prodotto dagli organismi partecipati si riverbera inevitabilmente sui rapporti "sociali" dell'ente territoriale, ossia nel suo compito di curatore di interessi della collettività amministrata. Il modello organizzativo prescelto, la sua funzionalità, la sua gestione unitamente all'output prodotto costituiscono il quadro entro cui si dimensiona il rapporto di cittadinanza nella sua duplice variante di utenza e di contribuzione fiscale.

Pertanto, appare di palmare evidenza come la *governance* del gruppo locale non abbia solo una sua delimitazione all'interno del perimetro del gruppo, ossia destinata all'efficienza gestionale o, più in generale, alla cura degli interessi imprenditoriali delle società in relazione agli equilibri economici consolidati dell'ente, ma abbia anche una importante incidenza esterna sull'ambiente "sociale" di riferimento. Ad esempio, risulta agevole rilevare come le politiche espansive di reclutamento, scorporate dal fabbisogno effettivo e finalizzate a porre in essere politiche di sostegno al reddito ovvero di mero consenso elettorale della leadership locale, possano determinare (o forse è meglio dire, determinino) disequilibri finanziari le cui vittime sono i cittadini-utenti, chiamati a pagare il costo di scelte gestionali improvvise con un aumento del prelievo fiscale e tariffario oppure con servizi qualitativamente inadeguati.

Ecco dunque la necessità di un controllo diffuso, esterno, "sociale", dell'attività del gruppo pubblico locale che non può che imporre un regime di trasparenza delle scelte organizzative più rilevanti.

Nel 2005 l'OCSE ha elaborato le *Linee Guida* per la *Corporate Governance* delle società a partecipazione pubblica nelle quali si individuano i

tratti essenziali di una corretta funzione di indirizzo sull'assetto organizzativo e sull'attività che l'ente pubblico dovrebbe svolgere sulle società di cui è azionista di controllo³¹.

Tra le *golden rules* del buon governo societario si evidenziano le previsioni destinate a stimolare e tutelare, da un lato, le relazioni con i c.d. *stakeholders* e, dall'altro, la necessaria trasparenza gestionale.

Con riferimento al primo profilo nelle Linee guida si afferma che «the state ownership policy should fully recognise the state-owned enterprises' (SOEs) responsibilities towards stakeholders and request that they report on their relations with stakeholders».

Un buon sistema di *corporate governance*, dunque, non può prescindere da una prospettiva "sociale" che tenga conto dell'impatto della gestione sul contesto di riferimento. Oltre dagli strumenti approntati dall'ordinamento per la tutela degli *stakeholders*-utenti, i quali si sono di recente arricchiti anche con azioni collettive, occorre costruire una sistema di responsabilità sociale con riferimento alle *performances* aziendali.

In ordine alla trasparenza gestionale si afferma che la circostanza che l'azionista pubblico apporti al patrimonio della società capitali, in denaro o beni, destinati al perseguimento di finalità pubblicistiche in quanto provenienti, direttamente o indirettamente, dalla fiscalità impone, non solo, l'applicazione delle norme speciali che, in osservanza dei precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento, comportano un utilizzo del patrimonio coerente con gli scopi pubblici della società, ma soprattutto un dovere di trasparenza nella gestione in modo tale che la collettività di riferimento e gli organi istituzionali preposti possano verificare la correttezza e la coerenza delle scelte imprenditoriali.

In proposito, si rileva che «in the interest of the general public, SOEs should be as transparent as publicly traded corporations. Regardless of their legal status and even if they are not listed, all SOEs should report according to best practice accounting and auditing standards. All SOEs should disclose financial and non-financial information, and large and listed ones should do so according to high quality internationally recognised standard. (...) High level of disclosure is also valuable for SOEs pursuing important public policy objectives. It is particularly important when they have a significant impact on the state budget, on the risks carried by the state, or when they have a more global societal impact»³².

³¹ OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*, 2005, in www.oecd.org.

³² Cfr. OECD, *Guidelines*, cit., 43.

il governo del gruppo pubblico locale

Questa prospettiva è sposata anche dal Piano Cottarelli, il quale colloca la necessità di una maggiore trasparenza delle informazioni sulle partecipate quale strategia per realizzare gli obiettivi della *Spending review* e della promozione dell'efficienza gestionale grazie alla pressione dell'opinione pubblica. In particolare, si propone la messa a disposizione al pubblico di indicatori di efficienza e strumenti di *business intelligence*.

Il quadro di riferimento è stato indubbiamente rinnovato a seguito dell'emanazione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il quale ha riordinato la disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Come è noto, si tratta di un *corpus* normativo che, per un fenomeno di eterogenesi dei fini, da strumento attuativo della prevenzione corruzione sembra più esattamente manifestarsi, nei suoi contenuti prescrittivi, quale fondamento di un nuovo modello di amministrazione aperta³³. Si definisce un nuovo sistema di partecipazione e collaborazione tra amministrazione e cittadini destinata attivare una nuova forma di controllo sociale allo scopo di consustanziare il diritto alla buona amministrazione.

In relazione al tema di cui ci si occupa la disciplina sulla trasparenza guarda alle società partecipate come destinatari passivi e attivi della regolamentazione attinente agli obblighi di pubblicità: nel primo caso, in quanto l'ente controllante deve rendere pubblici tutti i dati e le informazioni relative alle proprie partecipazioni; nel secondo, nella misura in cui le stesse società devono adempiere direttamente ad obblighi di pubblicazione.

Con riferimento al primo profilo, l'art. 22, c. 1, dispone che l'ente territoriale è obbligato a pubblicare: *i*) l'elenco degli enti pubblici, comunque siano denominati, istituiti, vigilati e finanziati dall'ente territoriale stesso o per i quali esso ha il potere di nominare gli amministratori, con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte a favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; *ii*) l'elenco delle so-

³³ In tema vedi: E. Carloni, *L'amministrazione aperta*, Rimini, Maggioli, 2014; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875 ss.; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2013, 657 ss.; P. Marsocci, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, *ivi*, 687 ss.; Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, a cura di B. Ponti, Rimini, Maggioli, 2013; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.; A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in Aa.Vv., *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Atti del 59° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013, Milano, Giuffrè, 2014, 331 ss.

cietà di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, nonché le funzioni attribuite e le attività svolte; *iii*) l'elenco degli enti di diritto privato, comunque siano denominati, sotto il controllo dell'ente stesso, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte. Per quel che qui interessa la disposizione si apprezza inoltre per la previsione di un obbligo di rappresentazione grafica del gruppo pubblico locale nella quale si evidenziano i rapporti tra l'ente locale e gli organismi su cui esercita il controllo.

Il successivo comma stabilisce che, per ciascuno di tali organismi, «sono pubblicati i dati relativi alla ragione sociale, alla misura della eventuale partecipazione dell'amministrazione, alla durata dell'impegno, all'onere complessivo a qualsiasi titolo gravante per l'anno sul bilancio dell'amministrazione, al numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo, al trattamento economico complessivo a ciascuno di essi spettante, ai risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari. Sono altresì pubblicati i dati relativi agli incarichi di amministratore dell'ente e il relativo trattamento economico complessivo».

Il mancato adempimento di questi obblighi è sanzionato dal d.lgs. n. 33/2013 con il divieto di qualsiasi erogazione in favore degli organismi partecipati di somme a qualsivoglia titolo da parte dell'amministrazione interessata.

La promozione della trasparenza diventa un compito puntuale dell'ente locale nei confronti delle proprie partecipazioni anche indirette, laddove il comma 6 dell'art. 22 stabilisce che le amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo promuovono l'applicazione dei principi di trasparenza da parte delle società direttamente controllate nei confronti delle società indirettamente controllate dalle medesime amministrazioni.

Le società partecipate vanno considerate altresì come soggetti attivi dell'obbligo di pubblicazione in virtù di quanto previsto dall'art. 11, c. 2, a mente del quale la generale sottoposizione delle amministrazioni agli obblighi di pubblicazione vada estesa alle società dalle stesse partecipate e alle società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. nei limiti dell'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

L'applicazione di obblighi diretti di pubblicazione in capo alle società partecipate ha sollevato perplessità in dottrina nella misura in cui un'interpretazione in senso ampio delle prescrizioni previste nel d.lgs. n. 33/2013 potrebbe cagionare una deviazione dal normale sistema di informazioni societarie non giustificato da alcun motivo di competitività³⁴.

³⁴ Cfr. M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o*

il governo del gruppo pubblico locale

Le criticità evidenziate, in realtà, appaiono fondate solamente nei confronti di società statali di mercato e non invece con riferimento alle società locali. Per queste ultime, eccezion fatta per le ipotesi di quotazione in borsa – peraltro esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 33/2013 – il quadro normativo ormai consolidato sembra limitarne il raggio di azione prevalentemente all'ambito delle funzioni proprie dell'ente controllante. In questa prospettiva, la trasparenza imposta al gruppo pubblico locale è prioritariamente strumento di controllo diffuso connesso all'utilizzo delle risorse pubbliche e alla percezione della qualità delle prestazioni erogate. Legalità, nel senso di prevenzione di fenomeni corruttivi, e sana ed efficiente gestione conducono ad una necessaria lettura ampia dei doveri di pubblicazione allo scopo di rendere il circuito informativo idoneo ad una valutazione della performance organizzativa e ad un monitoraggio delle scelte strategiche da parte della collettività.

Dal punto di vista operativo, l'ente locale dovrà implementare il proprio Programma Triennale di Trasparenza di cui all'art. 10, d.lgs. n. 33/2013 anche tenendo conto delle dinamiche di gruppo e, dunque, stimolando l'adempimento degli obblighi di pubblicità da parte delle proprie partecipate.

In proposito, sembra corretto ritenere che, al pari di quanto suggerito per il sistema di *audit*, anche il coordinamento della gestione dei flussi informativi e dei relativi obblighi di pubblicazione possa essere centralizzata a livello di gruppo. L'ente locale, in altri termini, dovrebbe essere chiamato a governare la trasparenza degli organismi dallo stesso partecipati monitorando il corretto adempimento delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 33/2013 ed eventualmente sanzionandone il mancato rispetto.

3.3. Le linee per la gestione del personale

Come si è evidenziato, l'emersione del gruppo pubblico locale nella legislazione si è registrata con riferimento alle norme relative al contenimento dei costi del personale, i quali costituiscono, di gran lunga, l'incidenza più rilevante sull'assetto finanziario delle partecipazioni degli enti locali. Le politiche espansive di reclutamento – propiziate dal *favor* legislativo che dalla metà degli anni Novanta ha accompagnato il ricorso allo strumento societario da parte degli enti territoriali – hanno generato, come è noto, un'ec-

l'aggettivo?, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 767 ss., il quale stigmatizza la lettura eccessivamente ampia e per certi versi *praeter legem* che sia il Ministero della funzione pubblica, sia l'ANAC hanno dato delle disposizioni contenuto nel art. 11, c. 2, d.lgs. n. 33/2013.

cedenza di personale rispetto ai costi di produzione delle attività gestite tramite il modulo privatistico. La sottoposizione ai vincoli di finanza pubblica incombenti sugli enti pubblici ha palesato l'insostenibilità di tale ipertrofia organizzativa, la quale, il più delle volte, si presenta assolutamente disallineata rispetto alla funzionalità che l'esternalizzazione ha inteso perseguire con riferimento ai compiti istituzionali del socio pubblico.

La necessità di una gestione consolidata dei vincoli normativi inerenti il personale delle società partecipate dagli enti locali è stata posta in luce dalla giurisprudenza contabile, la quale ha evidenziato la presenza di un tendenziale criterio dell'ordinamento «inteso a rilevare unitariamente le voci contabili riferite alla spesa per il personale dell'ente locale e soggetto a vario titolo partecipato ai fini di rendere più trasparente la gestione delle risorse e di evitare possibili elusioni delle disposizioni di contenimento della spesa»³⁵. In questo senso, si afferma, «vanno considerate direttamente sostenute dall'ente locale anche le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione totalitaria unica, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa fra vari enti locali da computare in misura proporzionale alla partecipazione detenuta»³⁶.

Questo orientamento ha trovato una conferma esplicita nelle norme contenute nell'art. 18, d.l. n. 112/2008 e successivamente nell'art. 3-*bis*, c. 6, d.l. n. 138/2011 dall'art. 4, c. 10, l. n. 135/2012.

Tuttavia, nonostante i ripetuti interventi normativi si è registrata una scarsa incidenza delle disposizioni – a volte non sempre chiare nel loro ambito applicativo – e il mancato raggiungimento degli obiettivi attesi. Così, come si è già evidenziato in precedenza, la vera svolta si è realizzata solo con la legge di Stabilità 2014, la quale al comma 557 stabilisce inequivocabilmente che le disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni all'assunzione di personale, nonché forme di contenimento delle spese di personale, si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società da questa partecipata.

³⁵ C. conti, sez. riun. contr., 25 gennaio 2011, n. 3, in www.corteconti.it

³⁶ C. conti, sez. contr. Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479/2011/PAR, in www.corteconti.it. In questa prospettiva anche C. Conti, sez. contr. Liguria, 11 giugno 2012, n. 47/2012/PAR, in www.corteconti.it, secondo la quale sussiste un principio di consolidamento della spesa del personale tra ente locale e società partecipata, sussistendo un solo tetto complessivo delle spese sostenute per il personale a tempo determinato, da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società *in house* singolarmente intesa. In senso contrario, va segnalata C. Conti, sez. contr. Toscana, 26 febbraio 2013, n. 10/2013/PAR in www.corteconti.it

il governo del gruppo pubblico locale

Elemento qualificante e differente rispetto al passato è che la norma intende raggiungere i medesimi obiettivi di finanza pubblica, da una parte, allentando i vincoli diretti sulle società partecipate ma, dall'altra, accentuando le responsabilità di controllo e di vigilanza in capo agli enti soci. Nel novellato c. 2-*bis* dell'art. 18, d.l. n. 112/2008 scompare l'assoggettamento diretto delle società partecipate al Patto di stabilità interno e emerge una responsabilità del socio pubblico di controllo rispetto ai propri parametri finanziari i quali saranno consolidati nell'ambito del gruppo pubblico locale di riferimento.

Questa nuova prospettiva è stata immediatamente colta dalla Corte dei Conti, la quale ha sottolineato che «spetta all'ente locale nell'ambito dei poteri di direzione e controllo assicurare il rispetto del vincolo di spesa per il personale complessivamente fissato (...) nonché assicurare che consolidando la spesa per il personale della società partecipata a quella dell'ente locale vengano raggiunti i risultati di contenimento della dinamica retributiva individuale e complessiva del personale»³⁷.

In altri termini, si prevede che sia l'ente locale a stabilire, nell'esercizio dei poteri di controllo, le modalità e l'applicazione dei vincoli di assunzione del personale e di contenimento delle politiche retributive. Si tratta di un margine di scelta attribuito al controllante che la legge riconosce in considerazione della natura privatistica del controllato. Solo così, sul piano operativo, le rigidità normative relative ai vincoli di spesa, imposte *ex lege* all'ente locale, possono proficuamente essere ribaltate sulle società da questo partecipate avendo cura del contesto gestionale.

Sulla scia di quanto previsto nella Legge di Stabilità 2014, il Piano Cotarelli ha segnalato come qualsiasi intervento di riduzione dei costi non possa prescindere dall'impatto che su questi hanno quelli relativi al personale. Chiaramente la maggior parte delle esternalità negative, soprattutto sul piano sociale, si riscontrano in considerazione di dimissioni; tuttavia, anche la razionalizzazione dell'impiego della forza lavoro non può prescindere da un'efficiente gestione in un'ottica di gruppo. Gli esuberanti di una partecipata possono dare luogo a forme di ricollocamento del personale in eccesso attraverso un sistema di mobilità infragruppo. Al riguardo, il Piano precisa che ogni operazione di mobilità non può che muoversi all'interno dei vincoli di riduzione di spesa che l'ente locale è chiamato a rispettare.

Ciò posto, i compiti del socio pubblico di controllo vengono compendati principalmente intorno a due strumenti: *i*) la pianificazione del fab-

³⁷ Cfr. C. conti, sez. contr. Lombardia, par. 23 gennaio 2014, n. 24/2014/PAR in www.corteconti.it.

bisogno di gruppo attraverso una possibile revisione della distribuzione del personale tra le varie partecipate; *ii*) l'elaborazione di un atto di indirizzo nei confronti della società partecipata per imporre alla stessa la limitazione ed il contenimento dei costi.

i) Allo scopo di disciplinare la razionalizzazione dei costi del personale ed un contenimento degli stessi, proprio la Legge di Stabilità 2014 – peraltro espressamente richiamata dal Piano Cottarelli e successivamente ribadita dalla Legge 23 dicembre 2014, n. 190 – ha introdotto l'istituto della mobilità fra società controllate con lo scopo di redistribuire meglio i dipendenti e al fine di evitare assunzioni in presenza di eccedenze di personale nel gruppo pubblico locale.

Si è stabilito che le società controllate dagli enti locali possono realizzare, senza la necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità del personale in relazione al proprio fabbisogno e per esigenze funzionali ed organizzative proprie, con il solo obbligo di informativa alle rappresentanze aziendali e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo applicato in azienda (c. 563).

In conformità ad orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati, si dispone che la mobilità non può mai avvenire tra la società partecipata e la pubblica amministrazione, sia quella controllante che altra p.a. Tuttavia, la regola del necessario preventivo concorso pubblico potrebbe essere derogata nell'ipotesi l'amministrazione reinternalizzi un servizio a suo tempo esternalizzato, di modo che i dipendenti, allora ceduti dall'ente locale alla società partecipata, possano ritornare all'ente originario.

La procedura di mobilità è obbligatoria prima che una società del gruppo proceda ad una nuove assunzione.

ii) Con riferimento al contenimento dei costi l'ente locale, la Corte dei Conti ha rilevato che «ai fini del contenimento degli oneri del personale, gli enti locali sono tenuti a svolgere le proprie funzioni di indirizzo e coordinamento con distinto riferimento a ciascuna società controllata, in considerazione delle peculiarità dei diversi settori in cui esse operano. Un comune non può limitarsi, ad esempio in tema di assunzioni, a fornire indicazioni generali valevoli per tutte le società controllate ma deve valutare i caratteri e le situazioni delle singole società ed elaborare criteri e modalità di gestione adeguati alle specificità di ciascuna di esse. E, siccome le norme in questione non prevedono deroghe o eccezioni agli obblighi imposti, le direttive impartite dal comune devono essere tali da assicurare il rispetto degli obiettivi di contenimento degli oneri anche in relazione alle ipotesi in cui effetti sul piano occupazionale siano ricollegabili all'allargamento dei settori di intervento della società o, comunque, all'ampliamento delle rela-

il governo del gruppo pubblico locale

tive attività, come può avvenire nel caso di acquisto di azienda a titolo definitivo»³⁸.

Risulta chiaro, allora, come collocando il tema di riduzione dei costi del personale dei soggetti partecipati dagli enti pubblici, in un'ottica di gruppo, si abbia, in maniera innovativa rispetto al passato, obbligato sia gli uni che gli altri (controllanti e controllati) ad una seria valutazione della propria situazione economico-finanziaria, nonché delle reali e concrete necessità che a ciascuno di essi fanno capo, facendo emergere la responsabilità di ciascuno nel caso di mancata attuazione delle misure che conformino i propri costi in maniera coerente con la qualità dei servizi prestati³⁹.

4. Conclusioni

La partecipazione a società di capitali costituisce per gli enti locali un modello di organizzazione e gestione di attività interesse pubblico di indubbia rilevanza sul quale, negli ultimi anni, in ragione dell'attuale contesto di crisi del settore pubblico, si è concentrata l'attenzione non solo del legislatore e, in maniera più generale, dell'opinione pubblica.

L'attuale situazione dei conti pubblici ha imposto una contrazione del fenomeno ed una sua rivisitazione sul piano dell'incidenza finanziaria sugli equilibri economici degli enti locali. Se da una parte la partecipazione in società, enti e aziende da parte degli enti territoriali continua a porsi quale strumento di realizzazione di obiettivi fondamentali di ogni programma po-

³⁸ Cfr. C. conti, sez. contr. Liguria, 9 ottobre 2014, n. 55/2014/PAR in www.corteconti.it, che inoltre evidenzia che «nell'esercizio dei propri poteri di indirizzo e coordinamento i comuni potranno infatti tradurre in termini precisi e concreti tali obiettivi anche in maniera differente per ciascuna società, in relazione alle specificità del settore di riferimento o alle strategie gestionali che si prevedono per il futuro (ad esempio, sul piano dell'aumento o diminuzione delle dimensioni societarie).»

³⁹ C. conti, sez. contr. Campania, 15 dicembre 2014, n. 254/2014/PAR in www.corteconti.it, la quale rileva che dal raffronto tra vecchia e nuova normativa emerge, (pur se si evidenzia la eliminazione della immediata e diretta applicazione alle aziende speciali, istituzioni e società a partecipazione pubblica, di alcuni tipi di vincoli alle assunzioni e alle spese di personale previsti per le amministrazioni di riferimento – vincoli derivanti, peraltro, da previsioni normative oggetto di numerosi interventi di modifica da parte del legislatore statale tali da non renderli stabili né definitivamente certi), che il nuovo dettato legislativo obbliga al rispetto dell'inequivocabile principio della riduzione dei costi del personale degli organismi partecipati dagli enti pubblici, sia in termini di contenimento degli oneri contrattuali che di quelli derivanti da assunzioni di personale, in armonia con quanto disposto, in via generale, negli anni, in tema di riduzione globale della spesa pubblica.

litico amministrativo; dall'altra i vincoli di bilancio e la revisione della spesa hanno determinato la necessità di un ripensamento di tale modello organizzativo. Le politiche gestionali, tradizionalmente espansive e deficitarie, impresse alle imprese locali non possono che soffrire di fronte alla necessità di ridimensionare la spesa pubblica.

Il processo di *Spending review*, da ultimo ipostatizzato dal Piano Cottarelli, ha imposto un'analisi del fenomeno delle partecipazioni locali di tipo aggregato. Il consolidamento dei conti e la gestione delle risorse ha determinato l'emersione normativa del gruppo pubblico locale come realtà organizzativa unitaria sulla quale esercitare un governo ispirato all'efficienza della produzione, alla valutazione della *performance* quali/quantitativa, alla tracciabilità dei processi decisionali, alla responsabilità sociale che ne valorizzino la vocazione imprenditoriale e funzionale.

In questo senso, gli strumenti a disposizione per esercitare la *governance* trovano fondamento nella recente normazione intesa in larga misura a delimitare la condotta gestionale dell'ente territoriale, nonché nelle previsioni di diritto comune che regolano i rapporti di direzione e coordinamento. Tuttavia, mentre in passato, sul piano giuridico, la valenza dell'attività eterodirezione dell'impresa locale si connotava esclusivamente all'interno della dinamica delle relazioni corporative, tale che la gestione della singola impresa locale poteva essere segnata da scelte non sempre coerenti con l'assetto complessivo dell'organizzazione delle funzioni del socio pubblico; al tempo della *Spending Review* è il gruppo pubblico locale, inteso come un centro unitario di imputazione delle funzioni e dei compiti che determinano l'attività politico-amministrativa di un ente locale.

La ricostruzione dei compiti di governo del gruppo riservati all'ente locale sconta comunque la presenza di un quadro ordinamentale frastagliato e per certi versi magmatico anche se caratterizzato da un comune denominatore. Infatti, comunque lo si affronti, il quadro legislativo conduce sempre a guardare il fenomeno delle partecipazioni locali in un'ottica caratterizzata da una contaminazione pubblicistica del modulo privatistico che, in alcuni casi, è talmente vasta da incidere sulla natura stessa del modello organizzativo.

Infatti, l'impatto economico delle società partecipate dagli enti territoriali sia sui contesti locali, in quanto datori di lavoro e gestori di servizi pubblici, sia nel quadro nazionale, in considerazione dei costi generato sugli equilibri di finanza pubblica, ha imposto una tendenza alla naturale fuoriuscita dal mondo privatistico e un progressivo ritorno al regime pubblicistico, considerato più governabile.

La transizione, tuttavia, risulta essere ancora arginata da spinte con-

il governo del gruppo pubblico locale

trapposte tese ad una accelerazione della dismissione delle partecipazioni non ritenute necessarie, da una parte, e al mantenimento degli attuali assetti seppur riformati, dall'altra. Il prodotto è l'incertezza e la confusione tra gli operatori. Nonostante i facili proclami dei revisori della spesa, senza un intervento normativo completo e radicale che affronti il problema è legittimo credere che le società partecipate ancora per molto tempo popoleranno lo scenario delle amministrazioni locali e alimenteranno il lavoro dei tribunali.

Abstract

In recent legislation to limit public spending, there have been numerous measures regarding companies owned by local authorities. Efforts to restrict public shareholdings focus on redefining the operating scopes of ownership schemes of this kind and setting in stone the management relationship between companies and their public owners. Against this backdrop, the concept of "local public groups" has become well established in the regulations. These entities encapsulate the management models employed by the public shareholder(s), in an attempt to consolidate the finances. The aim of legislators is for the steering activities and the introduction of a predetermined, unified organizational structure to lead to more efficient utilization of companies to achieve institutional goals. This paper will present a reconstructive analysis of the inclusion of "local public groups" in legislation and its impact on business management, with the intention of conducting a spending review.

ARTICOLI

FIRENZO LIGUORI

I MODELLI ORGANIZZATIVI E GESTIONALI DEI SERVIZI METROPOLITANI: PRIME CONSIDERAZIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le città metropolitane e i servizi pubblici. – 3. La disciplina delle città metropolitane e dei servizi pubblici locali tra instabilità, flessibilità e rigidità. – 4. La dimensione della gestione dei servizi e la riepansione dell'autonomia locale. – 5. I singoli settori: acqua e rifiuti. Gli ATO e la loro funzione. – 6. Il possibile ruolo delle città metropolitane nella regolazione e nell'organizzazione dei servizi. – 7. I modelli gestionali e la riallocazione di una scelta nuovamente politico-discrezionale. – 8. Indeterminatezze e criticità del nuovo assetto.

1. Premessa

Nella turbolenta area dei servizi pubblici locali è prevista a breve l'irruzione delle città metropolitane, nuove soggettività di area vasta designate dal legislatore a svolgere un ruolo assai significativo nell'ambito dell'amministrazione di servizio, con ricadute di notevole rilievo in tema di definizione dei soggetti, dell'organizzazione e dei modelli gestionali dei servizi pubblici di ambito metropolitano. L'analisi di queste tematiche è ad oggi complicata dal fatto che le città metropolitane appena hanno cominciato ad agire, ed ancor più dal dato che lo stesso quadro normativo di riferimento non ha ancora preso forma in termini compiuti.

L'incertezza non è certo una condizione nuova per chi si interessa di servizi pubblici locali, materia in perenne ebollizione, ma si può avvertire una differenza rispetto ad un passato caratterizzato da una normativa "satura", rappresentata, almeno ad oggi, dall'incompletezza dell'orizzonte in cui ci si muove.

Spetta infatti alle Regioni definire aspetti significativi della disciplina, ed esse potrebbero interpretare il loro ruolo anche in modo significativamente diverso le une dalle altre. Vi è inoltre il fondamentale passaggio legato all'approvazione dagli statuti, dai quali cominciano ad emergere contenuti utili al completamento del disegno; e poi toccherà comunque ai diversi

enti locali, quelli già operanti quelli in corso d'opera e concretizzare la vera dimensione organizzativa del servizio pubblico nel nuovo assetto di competenze, oggi solo virtuale. E questi agenti, per numero e tipologia, potrebbero complicare il quadro anche in maniera più incisiva rispetto alle Regioni.

Per dare il senso dell'evoluzione in atto, basterà ricordare che in questi giorni la legge di stabilità per il 2014 – che contiene, come vedremo, previsioni di notevole impatto (art. 1, c. 609, l. 23 dicembre 2014 n. 190) sulle questioni qui affrontate – ha completato il suo cammino parlamentare.

Quanto alle singole regioni anch'esse, come si diceva, sono chiamate, ed hanno già cominciato, a compiere le loro scelte, mentre degli statuti comincia a circolare qualche bozza. Non si possono dunque fornire tutte le risposte, ed è già tanto se ne arriverà qualcuna, insieme con diversi interrogativi non risolti.

2. Le città metropolitane e i servizi pubblici

La legge, e cioè l'art. 1, c. 44, lett. c), l. n. 56/2014, individua tre funzioni distinte in tema di servizi, che appaiono peraltro tra loro connesse:

A) la “strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici”, con il che evidentemente si fa riferimento a servizi diversi da quelli in titolarità delle città metropolitane, e cioè all'insieme dei servizi pubblici, anche privi di rilevanza economica, che, nelle aree metropolitane, andrebbero coordinati dal nuovo ente, dando vita addirittura a non meglio specificati “sistemi”;

B) l'“organizzazione dei servizi di interesse generale di ambito metropolitano”. In questo caso ci si riferisce ai servizi pubblici locali in titolarità dello stesso ente intermedio; titolarità che dunque si esprime in termini complessivi, non solo di coordinamento ma di vera e propria organizzazione, mediante cioè l'adozione di un programma di servizio pubblico, e la predisposizione del relativo contratto di servizio, la scelta della forma di gestione, la determinazione delle tariffe all'utenza, l'affidamento della gestione, ecc.

C) Inoltre la Città Metropolitana, “d'intesa con i comuni interessati può esercitare le funzioni di predisposizione di documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive”. Si tratta di una funzione che ha carattere strumentale, e per certi versi integrativa, in particolare rispetto alla prima, sebbene il suo carattere eventuale e “consensuale” la dica lunga sulla sua problematica operatività.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

Le “nuove” funzioni in tema di servizi del “nuovo” ente di area vasta vanno contestualizzate avendo essenzialmente riguardo alle previsioni in tema di individuazione degli ambiti territoriali ottimali e di modalità di gestione dei servizi pubblici locali; queste ultime ora in concreto determinate dalla normazione comunitaria e dalle leggi settoriali, dopo che gli interventi abrogativi (referendum e Corte costituzionale) hanno di molto attenuato il carattere tipico delle forme di gestione originariamente previste dalla legislazione nazionale, spingendo, da ultimo, il legislatore (d.l. n. 179/2012, art. 34, c. 20) a positivizzare sul piano generale le aperture della giurisprudenza costituzionale nel segno della “libertà delle forme”.

Potranno anche rilevare, specie con riguardo alla funzione per ultimo indicata, i principi e le regole derivanti dalla normativa sulle c.d. centrali di committenza (anzitutto il Codice dei contratti pubblici), finalizzata alla centralizzazione delle procedure di appalto, soluzione verso cui si orientano sia il legislatore europeo sia quello nazionale, sebbene il primo in prospettiva concorrenziale, mentre il secondo nell’ottica del contenimento della spesa e del contrasto alla corruzione.

Si tratta, con ogni evidenza, di aspetti tutt’altro che stabili e definiti e perciò di complessa ricostruzione: il tema della creazione di ambiti territoriali omogenei per la più efficiente erogazione del servizio è, poi, oggi al centro dell’attenzione del legislatore, come testimonia anche il testo della legge di stabilità appena approvata.

Quel che appare certo è che le funzioni attribuite in tema di servizi alle città metropolitane costituiscono uno tra i principali tratti identitari del nuovo ente ed il loro efficace ed economico assolvimento l’obiettivo al quale si dovrebbe tendere nella conformazione del modello metropolitano: modello che dovrebbe servire, appunto, a meglio svolgere questo tipo di funzioni.

L’amministrazione contemporanea, e quella locale in particolare, è prima di tutto “amministrazione di servizio” (*Leistungsverwaltung*); è chiaro dunque che, tra le funzioni, quelle che hanno a che fare coi servizi pubblici rivestono una particolare centralità. Quando però si passa dalle opzioni di fondo ai contenuti concreti diventa problematico definire le attribuzioni in materia di servizi pubblici: con riguardo ai poteri locali è in atto un riaspetto, presentato come una riforma organica e di sistema, mentre l’area del servizio pubblico è oggi anzitutto interessata dal ripensamento dei centri di decisione e di spesa, con opzioni tuttora in via di definizione, e che a volte possono anche presentare aspetti contraddittori.

3. La disciplina delle città metropolitane e dei servizi pubblici locali tra instabilità, flessibilità e rigidità

Va preliminarmente notato come la connessione città metropolitana-servizio pubblico meriti di essere colta sotto l'aspetto del rapporto tra due materie normativamente instabili, con sviluppi, da ultimo, piuttosto sorprendenti.

L'una, quella sulle città metropolitane molte volte rimaneggiata (dalla sua introduzione con la l. n. 142/1990 poi l. 436/1993, l. 265/1999, che flessibilizza il modello, poi il TUEL 267/2000, la l. cost. n. 3/2001 che muta il quadro di riferimento generale, la l. 131/2003 legge La Loggia, l'art. 23 della legge delega n. 42/2009, in tema di federalismo fiscale), senza che si sia tradotta, a parte qualche isolata esperienza, in realtà ordinamentale effettiva.

L'altra, quella sui servizi pubblici locali, ancor più tormentata, oggetto di continui interventi, anche contraddittori, da oltre un decennio, da ultimo avviata verso una liberalizzazione forzata, che prima il corpo elettorale poi la Consulta hanno se non del tutto bocciato, fortemente ridimensionato. Ed anch'essa segnata dal problema dell'effettività, posto che i vari disegni riformatori – tra periodi transitori e ricorsi alla Consulta – si sono avverati solo in minima parte.

Ora le città metropolitane sono state istituite, e si occuperanno di servizi pubblici, come era nel disegno del Governo, che però prevedeva, la liberalizzazione dei servizi pubblici locali ed insieme un ruolo centrale delle città metropolitane ai fini della loro strutturazione: ruolo che, in quel quadro, veniva presumibilmente immaginato più vicino a quello di un'autorità di regolazione che di un ente locale titolare del servizio.

Questa visione deve ora confrontarsi con un assetto che consente come soluzione ordinaria l'autoproduzione, mentre il tema dell'organizzazione – che riserva alle città metropolitane un ruolo che appare di primo piano – finisce giocoforza per sopravanzare nell'interesse del legislatore quello dei moduli gestionali.

La combinazione tra città metropolitana e servizio pubblico pare prestarsi anche ad un'altra osservazione. Le città metropolitane furono pensate quale soluzione istituzionale per superare l'unitarietà e l'uniformità tipiche dell'assetto degli enti locali come ereditato dal vecchio stato liberale: un importante tassello per assicurare il miglior esercizio di funzioni e prestazioni di servizio, come si dice di "area vasta", sempre più difficilmente circoscrivibili negli angusti confini comunali.

Specie per effetto della legge n. 265/1999, che non a caso segue le c.d. leggi Bassanini, (in particolare la l. n. 59/1997), che nel codificare nuovi cri-

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

teri di allocazione delle funzioni, avevano abbandonato la logica della uniformità e dell'unitarietà per abbracciare quella, assai più flessibile, della sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, il modello risulta notevolmente flessibilizzato: in particolare non vi è più coincidenza automatica tra città metropolitana e Provincia, e neppure obbligo di istituire il nuovo ente, ma in alternativa possibilità di dar vita a forme di esercizio coordinato di determinate funzioni di area vasta. La flessibilità sarà ulteriormente accentuata (sia dal punto di vista delle procedure istitutive, che dal punto di vista delle funzioni) ad opera della normativa transitoria disposta dall'art. 23 della legge delega in tema di federalismo fiscale (l. n. 42/2009).

Alla flessibilità della normativa sulle città metropolitane faceva riscontro la rigidità della normativa in tema di servizi pubblici locali, che si esprimeva attraverso la tipizzazione dei modelli di gestione, voluta già dalla l. 142/90, seguita dalla loro riduzione in vista di aperture verso il mercato, con la conseguente contrazione degli spazi per l'espansione dell'autonomia locale.

In particolare l'art. 35, l. n. 448/2001 optò per un unico modello: il conferimento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. In realtà la tensione omologante della spinta "liberalizzatrice" si rivelò essere solo un auspicio, nei fatti mai realizzato, come testimoniato dalla rapida riconquista di spazi di ammissibilità anche per i moduli gestori pubblici e misti.

Ma il principio restava pur sempre la tipicità, i modelli imposti dall'alto, dallo Stato, qualche volta facendo finta che fosse la U.E. a richiederlo.

E questo vale anche per la normativa di "liberalizzazione". Anzi, forse ancor più la tendenza uniformante implicita nell'affermazione della concorrenza si contrappone alle istanze di differenziazione insite nel carattere policentrico dell'amministrazione contemporanea, e rende sempre più incerto e discusso il nucleo assio-pratico che dovrebbe ispirare e conformare il regime giuridico del servizio pubblico¹.

La liberalizzazione per di più incide sulla stessa istituzione/titolarità del servizio pubblico, non solo sulla sua gestione. Istituzione che non è più rimessa ad una valutazione discrezionale dell'ente locale ma è possibile solo in caso di comprovata inopportunità di affidamento dei relativi compiti all'imprenditoria privata, con conseguente necessaria erogazione in regime di privativa. In realtà, la legge ordinaria aveva in un primo momento del tutto

¹ A. Romano Tassone *I servizi pubblici locali raccontati agli argentini*, in *Dir. econ.*, 2012, 495 ss., spec. 502; Id., *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 855 ss., spec. 864.

espropriato gli enti locali della competenza in materia, assegnando al Governo il compito di definire, in sede regolamentare, il delicatissimo compito di limitare i casi di gestione in regime di esclusiva dei SPL – il che avrebbe comportato un particolare irrigidimento del sistema – liberalizzando le altre attività economiche, sempre però rispettando i vincoli imposti dalle garanzie di universalità ed accessibilità del servizio (cfr. art. 23 *bis*, c. 10, lett. g). In un secondo momento il Governo rinunciava ad esercitare tale funzione, restituendo così agli enti locali il compito di “liberalizzare” nei fatti le attività economiche e relegando ad ipotesi residuale l’attribuzione di diritti di esclusiva, sulla base di una valutazione più tecnica che discrezionale (cfr. art. 2, d.P.R. n. 168/2010). Scelta confermata dall’art. 4, d.L. n. 138/2011, e travolta anch’essa dalla Consulta nel 2012, come si dirà.

A parte, dunque, le ipotesi residuali di riserva dell’attività, in tutti gli altri casi il servizio doveva essere liberalizzato, e perciò svolto da qualsiasi imprenditore, mentre all’amministrazione venivano riconosciuti in definitiva solo poteri di regolazione.

Dopo l’intervento della Consulta, che ha azzerato la normativa statale, lasciando così – come il legislatore nazionale non ha potuto fare a meno di ribadire – che siano direttamente le più elastiche fonti comunitarie a disciplinare la materia, il quadro è cambiato nel senso – almeno potenzialmente – di una maggiore flessibilità: la disciplina comunitaria è infatti quasi integralmente giurisprudenziale, quindi adattabile alle esigenze emergenti da casi concreti e si articola in ragione del perseguimento di obiettivi economici e non per situazioni circostanziali². Il cambiamento si registra su due fronti: il primo è quello delle modalità di gestione, rispetto alle quali viene appunto in evidenza il tema della flessibilità; il secondo è quello della possibilità stessa per l’ente locale di praticare “affidamenti”, messa in discussione, come si è detto, almeno in linea teorica, dall’evoluzione normativa precedente, e della quale l’ente locale si riappropria formalmente.

Sull’altro versante, sembra invece essersi irrigidita la disciplina delle città metropolitane: se infatti non è da escludere che le funzioni possano essere in parte differenziate per effetto di scelte regionali e statutarie, resta il fatto che la istituzione dei nuovi enti è obbligatoria e che il loro territorio coincide per legge con quello della Provincia. Si è dunque prodotto un singolare scambio tra flessibilità e rigidità, tra tipicità e atipicità, caratteristiche trasigrate dall’una all’altra disciplina, con qualche conseguenza paradossale: in particolare le città metropolitane erano state pensate per differenziare gli ambiti territoriali, individuando in concreto – sulla base delle loro caratte-

² A. Romano Tassone, *op. ult. cit.*, 866.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

ristiche oggettive e non dell'appartenenza al territorio delle Province – le aree (appunto metropolitane) che presentino comuni esigenze di un “governo” unitario e non più frazionato, ai fini del suo sviluppo economico e sociale, in funzione del quale sono evidentemente essenziali i servizi.

Ora invece la legge ripropone la scelta di dimensionare le città metropolitane sulla provincia di riferimento, e solo in pochi casi (tra questi, Napoli) il relativo territorio si presta ad essere utilizzato come base adeguata per l'istituzione delle città metropolitane.

Tali scelte risultano solo mitigate dalla possibilità riconosciuta ai comuni di deliberare l'adesione, in alternativa alle città metropolitane, ad una provincia limitrofa.

Questa differenziazione uniforme è un ossimoro, che integra uno dei punti più critici della nuova disciplina: le definizioni aprioristiche dell'ampiezza dell'ente irrigidiscono il sistema, laddove la città metropolitana era stata immaginata come un elemento di differenziazione, adeguatezza, flessibilità.

La differenziazione, e cioè la sintesi relazionale che sussiste tra diversi fattori, di natura demografica, geografica e socio-economica, consente di rivolgere l'attenzione verso gli elementi che tipicamente condizionano le decisioni dei tutori naturali degli interessi della collettività territoriale anche e specialmente nell'atto di organizzare il regime delle prestazioni erogative.

Le dimensioni degli enti andrebbero commisurate alle dimensioni dei bisogni degli amministrati e l'organizzazione dell'offerta dei servizi pubblici rappresenta una delle principali sedi in cui avviene la misurazione di tali bisogni. Il legislatore nazionale ha invece scelto di operare in via generale e presuntiva, non solo nella delimitazione delle aree metropolitane, ma anche con specifico riguardo al tema dei servizi. La linea seguita è quella di incoraggiare, sino ad eleggerla come unica strada possibile, pena l'esercizio di poteri sostitutivi, l'aggregazione del livello erogativo, e prima ancora dei centri di decisione da cui dipendono le scelte concrete da compiere in punto di gestione: in sede normativa si è dunque già operato il dimensionamento dei bisogni, o comunque si è stabilito in via presuntiva che la “dimensione naturale” dei bisogni è quella aggregata.

In tale prospettiva, che appare ormai delineata chiaramente nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe ragionarsi, ponendo da parte le valutazioni critiche sulla qualità della scelta compiuta, su quale sia l'ente, tra quelli disponibili (posto che non se ne dovrebbero istituire di nuovi e che anzi è prevista anche la soppressione di quelli già istituiti *ad hoc*), anche in corso di strutturazione, più idoneo ad organizzare la risposta ad un tale bisogno “aggregato”.

4. La dimensione della gestione dei servizi e la riesplorazione dell'autonomia locale

In realtà è la “taglia” stessa delle città metropolitane, sulla cui base vengono individuate – attraverso una logica, più che ascendente, calata dall’alto – appunto le relative funzioni, che le pone con tutta evidenza come possibili candidate all’esercizio di compiti che costituiscono le risultanti di un processo aggregativo e che riflettono l’esigenza del coordinamento. In tal senso l’inclusione tra le funzioni di città metropolitana di quelle che attono alla organizzazione dei servizi di area vasta pare “intercettare” le aspirazioni all’ottimizzazione e all’efficientamento gestionale note alla gestione del SPL, che sperimenta da tempo modelli ispirati al superamento della frammentazione, sia quanto alle fasi della filiera di produzione del servizio, sia in termini territoriali.

Questa linea incide sul ruolo stesso degli enti locali nel governo dei servizi di rilevanza economica. Non è di oggi la tendenza alla “fuga” dalle amministrazioni locali quali sedi tradizionalmente privilegiate per la organizzazione e la gestione delle attività di s.p.l. e per la stessa “assunzione” delle attività economiche in termini di servizio.

La tendenza ha trovato espressione eloquente negli interventi legislativi del 2008 e del 2011 che segnano una significativa riduzione dei margini decisionali locali in ordine all’affidamento dei servizi, ma si era espressa anche in precedenza in direzione della individuazione di centri decisionali alternativi per lo più di dimensione sovracomunale (ATO).

Si può parlare di una vera e propria “demunicipalizzazione”³.

E se la Corte ha cancellato le norme nazionali sulla individuazione dei modelli gestionali, non ha però travolto le previsioni (art. 3-bis, c. 1-1-bis l. n. 148/2011 e successive modifiche e integrazioni) che impongono forme obbligatorie di organizzazione dei servizi in ambiti territoriali ottimali di ampiezza non inferiore alla sede provinciale.

Dunque i modelli organizzativi si distaccano formalmente dai modelli gestionali se non altro perché le scelte del legislatore nazionale sul primo aspetto non sono toccate dalla Corte costituzionale.

A leggere dunque oggi la disciplina si evidenzia una attenzione marcata al momento organizzativo, mentre più scarse sono ormai le disposi-

³ Così T. Bonetti, *Servizi pubblici di rilevanza economica: dall’instabilità nazionale alla “deriva” europea*, in *Munus*, 2012, 432, che richiama al riguardo le osservazioni di G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.astrid-online.it*, 2011, 7.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

zioni sull'affidamento della gestione⁴. Del tutto scomparso è, poi, il riferimento espresso allo specifico momento dell'assunzione e, cioè, alla scelta, per quanto resa più tecnica che discrezionale, che deve essere fatta a monte tra liberalizzazione e organizzazione di un'offerta pubblica, in precedenza disciplinata compiutamente dal d.l. 138/11.

Il cambiamento del *focus* della disciplina – evidentemente indotto dagli esiti referendari e dagli interventi della Corte – è evidente, eppure è anche chiaro che tra le opzioni proconcorrenziali, i processi di liberalizzazione e la definizione di ambiti territoriali ottimali vi era, e in qualche misura vi è ancora, un legame profondo⁵.

Gli ambiti, nel disegno originario, dovevano costituire il “luogo” di territorializzazione delle opzioni proconcorrenziali dettate dalla disciplina abrogata dalla Corte, nel segno del ridimensionamento del ruolo degli enti locali, anche in funzione della creazione artificiale dei mercati concorrenziali rilevanti⁶.

Dopo l'intervento della Corte si contrappongono due spinte che amplificano l'instabilità del sistema: quella alla riallocazione verso altre sedi e livelli decisionali di una serie di compiti relativi all'organizzazione del servizio; e quella alla dilatazione degli spazi riconosciuti all'autorità locale.

Si è percepito il rischio⁷ che quest'ultima spinta potesse riflettersi negativamente sulla prima, peraltro pensata con riferimento a un diverso contesto, dando luogo ad nuova situazione di instabilità, con conseguenze in termini di frammentazione e di ineffettività delle intenzioni del legislatore.

Le funzioni attribuite alle città metropolitane in tema di servizi possono essere lette come una delle risposte possibili a questi timori, mediante la riallocazione in sede di area vasta di almeno alcuni aspetti qualificanti del governo dei servizi, affidati ad una entità a rappresentatività attenuata, ancorchè pensata con una forza strutturale non adeguata agli impegnativi compiti da svolgere⁸.

Sembra, d'altro canto, che venga perseguita ancora una volta l'idea di costruire, almeno sotto il profilo organizzativo, una disciplina con pretese di

⁴ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, sedicesima edizione, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2014, 646.

⁵ T. Bonetti, *op. cit.* 433.

⁶ F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico nei mercati (parzialmente) liberalizzati: La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 10.

⁷ T. Bonetti, *cit.*, 435.

⁸ In tema, si vedano le notazioni di A. Sandulli, *Le città metropolitane e la debolezza di Atlante*, in *Munus*, 2013, spec.VII ss.

generalità e pur sempre in funzione della compressione degli spazi riconosciuti all'ente locale più pienamente rappresentativo, il comune.

5. I singoli settori: acqua e rifiuti. Gli ATO e la loro funzione

L'obiettivo del superamento della frammentazione è già da tempo individuato, e da ultimo ridettato con finalità riordinatrici in settori specifici.

In particolare nel comparto idrico ed in quello della gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti, l'integrazione soggettiva (operata cioè tra i soggetti responsabili del servizio in un ambito territoriale sovracomunale) e quella oggettiva (cioè tra i diversi segmenti di produzione del servizio) mirano a consentire, attraverso lo sfruttamento di economie di scala, la riduzione delle spese di gestione, anche in termini di costi ambientali, e così l'incentivazione degli investimenti.

Dopo le prime previsioni in tal senso della legge Galli (n. 36/1994) e del decreto Ronchi (n. 22/1997), il Codice dell'Ambiente (n. 152/2006) disciplina compiutamente il tema degli ambiti territoriali omogenei, puntando sulle Autorità d'Ambito come nuovo modello di gestione associata dei servizi tra enti locali. Ad esse vengono trasferite le funzioni dagli enti locali in materia di scelta della forma di gestione, di conduzione della gara; di determinazione della tariffa di base; di predisposizione di un piano di ambito; di esercizio dell'attività di controllo.

Queste Autorità, come è noto, sono state soppresse (dall'art. 2, c. 186-bis, l. 191/2009, come modificata dall'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 2/2010 conv. in l. n. 42/2010), epperò si tratta di una soppressione dettata da motivi di contenimento della spesa (per il mantenimento di queste apposite strutture sovracomunali), che non dovrebbe compromettere la "gestione integrata di ambito" in quanto tale, che conserva la sua opportunità e deve continuare a caratterizzare la gestione dei servizi.

Si pone dunque la questione della riallocazione delle relative funzioni, fin qui non risolto uniformemente dalle Regioni⁹, e sulla quale dovrebbe

⁹ Per citare solo alcuni esempi delle scelte eterogenee operate da amministrazioni regionali che si siano già attivate a seguito della soppressione delle Autorità d'Ambito, si veda la l.r. Marche n. 30/2011 (art. 5) che ha attribuito le funzioni già esercitate dalle autorità d'ATO ad un'«Assemblea di ambito, quale forma associativa tra Comuni e Province ricadenti in ciascun ATO, costituita mediante una convezione obbligatoria ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 267/2000»; o ancora la l.r. Liguria n. 1/2014 (art. 6) che ha qualificato gli Enti di Ambito, operanti in ciascun ambito ottimale «in nome e per conto dei comuni in essi associati», come soggetti dotati di personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia funzionale, organizza-

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

incidere la circostanza che una serie di queste funzioni (controllo, vigilanza, monitoraggio) si spostano su organismi che possono essere ricondotti sostanzialmente al modello delle autorità di regolazione. Peraltro il servizio idrico, al pari delle attività economiche rispetto alle quali più incisivo che mai si è rivelato il processo di liberalizzazione, cioè gas ed energia elettrica, è stato attratto nell'area di competenza di una "reale" autorità di regolazione, per lo più rispetto a funzioni di determinazione tariffaria e di raccolta di dati e informazioni.

Ora, se è vero che la soppressione delle autorità d'ambito non comporta la soppressione delle relative funzioni¹⁰ e se è vero che i motivi della soppressione sono legati al contenimento della spesa pubblica (soppressione di enti inutili, e di relative cariche), sembra logico ritenere che il legislatore abbia inteso incentivare la utilizzazione, per la organizzazione/gestione dei servizi, delle entificazioni esistenti; lettura oggi avvalorata dalla legge Del Rio.

6. Il possibile ruolo delle città metropolitane nella regolazione e nell'organizzazione dei servizi

Ed è qui che vengono in evidenza le città metropolitane cui la legge già attribuisce un ruolo significativo con riguardo a tutti i servizi erogati nel proprio ambito territoriale, laddove o li organizza direttamente o si "limita" ad assumere funzioni "regolatorie" e di controllo della gestione svolta dai singoli enti locali, riducendo così la loro autonomia.

I) La lettera c) dell'art. 1, c. 44, l. n. 56/2014, nell'individuare, come ricordato, tra le funzioni proprie delle città metropolitane quella di strutturare sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, riconosce rilievo a quelle situazioni che, presentandosi omogenee quanto a indici economici, richiedono una gestione coordinata.

zativa, finanziaria, patrimoniale e contabile", costituiti sulla base di una convenzione – approvata dai comuni ricadenti in ciascun ATO – che individua le decisioni per le quali è richiesta una maggioranza qualificata dei comuni partecipanti all'Ente d'ambito. In giurisprudenza, con riguardo al territorio campano, cfr. Tar Campania n. 2589/2011 che, nel dare atto della soppressione delle Autorità d'ATO e della sopravvivenza dei consorzi obbligatori di funzioni – qualificazione attribuita agli Enti di Ambito dalla ormai risalente legge regionale in materia (l.r. n. 14/997, art. 4) – parrebbe non escludere la possibilità che venga confermata la scelta operata con legge regionale nel quadro normativo previgente.

¹⁰ M. Legnaioli, *Le prospettive di riforma del governo dei servizi idrico integrato e di gestione integrata dei rifiuti dopo la soppressione delle Autorità di ambito territoriale*, in *Foro amm.-Cons.St.*, 2011, 3315 ss.

Questo compito affidato alle città metropolitane va riguardato anche alla luce del d.l. n. 95/2012, conv. in l.n. 135/2012 che, all'art. 19, individua le "funzioni fondamentali dei comuni", prescrivendo l'obbligo di erogarle in forma associata, in particolare per quelli con meno di 5.000 abitanti.

Il problema che la disciplina delle funzioni delle città metropolitane si propone di risolvere è, dunque, rappresentato dalla presenza di singole realtà municipali non in grado di organizzare e gestire servizi pubblici di interesse generale in modo ottimale, e comunque non in grado di armonizzarli con quelli omologhi offerti dalle limitrofe comunità: un unico centro di indirizzo amministrativo, destinato a comporre interessi comuni ad una macro area, appare più idoneo a conseguire obiettivi di efficienza e di efficacia.

Ma gli strumenti concreti per perseguire l'obiettivo sono tutti da definire, ed è un compito che spetterà alle città metropolitane, sulla base delle previsioni statutarie in corso di approvazione. Ad esempio lo Statuto della città metropolitana di Milano, all'art. 46, prevede che la città metropolitana "verifica l'opportunità della strutturazione di sistemi coordinati e della correlativa gestione"; verifica, dunque, che potrebbe anche avere esito negativo.

A tal fine la città metropolitana dovrà definire i principi e le regole per la gestione di tali servizi da parte dei comuni, gli ambiti territoriali omogenei per la loro gestione, i modelli organizzativi più adeguati, nonché gli strumenti di coordinamento e integrazione tra i soggetti gestori dei servizi. Si tratta di un ruolo potenzialmente forte di regolatore, ma nemmeno lo statuto milanese dice quali siano gli strumenti concreti di coordinamento e integrazione.

Dal punto di vista delle soggettività, si potrebbe pensare ad Agenzie, avendo di mira l'esercizio unitario o almeno coordinato delle attività.

II) Alla previsione della "strutturazione di sistemi coordinati di servizi" si affianca quella della "organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano": alcune prestazioni, all'interno dell'ampia categoria dei servizi pubblici di interesse generale, presentano una particolare vocazione ad essere gestiti in ambiti sovracomunali, a volte corrispondenti proprio con l'area metropolitana. In questo caso la città metropolitana agisce da titolare del servizio, con gli strumenti che la legge riconosce a chi per legge o per sua scelta autonoma risulta investito della responsabilità del servizio. Dunque con riguardo alla funzione di "strutturazione di sistemi" è più agevole delineare il ruolo delle città metropolitane in termini di governo complessivo del servizio, e perciò di pianificazione, programmazione, organizzazione dei servizi, scelta della forma di gestione, determinazione delle tariffe.

Ci muoviamo pur sempre nell'ambito dell'ottimizzazione e dell'effi-

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

cientamento gestionale, temi, lo si ricordava prima, non inediti nella disciplina dei servizi pubblici locali, che sperimentano da tempo modelli gestionali ispirati al superamento della frammentazione, sia quanto alle fase della filiera di produzione del servizio, sia in termini territoriali.

Nel senso della generalizzazione del modello della gestione integrata già introdotto dal codice dell'ambiente per acqua e rifiuti, è la ben nota previsione di cui all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, introdotto dall'art. 25, d.l. n. 1/2012, a mente del quale: «a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scale e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principio di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alla caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni. Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (...) sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali».

In materia è da ultimo intervenuta la disposizione di cui all'art. 7 del decreto c.d. "sblocca Italia" (d.l. 12.9.2014, n. 133, convertito in l. 11 dicembre 2014, n.164), che sostituisce, nei settori coperti dal Codice dell'Ambiente, la dizione "Autorità" con quella "Enti di governo".

Ancor più rilevante il comma 90 dell'art. 1, l. n. 56/2014 che prevede la futura soppressione di tutti gli enti e le agenzie a cui siano state attribuite funzioni di organizzazione di servizi di rilevanza economica in ambito provinciale o sub provinciale, prevedendo addirittura misure premiali per le regioni che autonomamente provvedano alla loro soppressione: in seguito alla loro soppressione le relative funzioni sono, in una prima fase, attribuite alle province nel nuovo assetto istituzionale.

Previsione, quest'ultima, che le nuove disposizioni di cui alla legge di stabilità intendono lasciar ferma, nel mentre dettano l'obbligatorietà della partecipazione agli enti di governo di ambito e bacino ed i relativi meccanismi sostitutivi (art. 1, c. 609).

La permanenza delle esigenze che richiedono la gestione integrata di alcuni servizi, la natura delle funzioni (controllo, vigilanza e monitoraggio), e il fatto che il legislatore punti apertamente sulla gestione interposta, inse-

rendosi nel solco aperto dall'art. 3-*bis* (potenziandone peraltro la portata rendendo, per esempio, "obbligatoria" la partecipazione agli enti di ambito) valgono certamente a confermare le scelte sul dimensionamento dei servizi anche nel nuovo quadro.

Ma occorre coordinare la norma che spinge per l'aggregazione (3-*bis*) con quella che vuole la soppressione degli enti o agenzie di ambito (comma 90, L. 56 del 2014), con attribuzione alle Province dei relativi compiti.

Dalla lettura dell'art. 3-*bis* si dovrebbe ricavare che le Regioni siano tenute a motivare esclusivamente l'individuazione di ambiti sub-provinciali, posto che eventuali ambiti sovraprovinciali risulterebbero maggiormente premiali rispetto alla logica aggregativa: gli ambiti sub-provinciali sono dunque da ritenere ammessi se specificamente motivati, secondo quanto si evince dall'art. 3-*bis*.

Quando la stessa disposizione si va a leggere in combinazione con l'art. 1, c. 90, l. n. 56/2014, e tenendo anche conto della ricordata modifica di cui alla legge di Stabilità, si dovrà verosimilmente concludere che la soppressione degli Enti di Ambito richiesta alle Regioni sia esclusa per le sole aggregazioni sovraprovinciali con la conseguenza che le aggregazioni sub-provinciali, anche se ammissibili ai sensi dell'art. 3-*bis*, non hanno più legittimazione per effetto della l. n. 56/2014.

La prevista soppressione degli enti di ambito va poi coordinata con la spinta all'aggregazione di cui all'art. 3-*bis*, tenendo anche conto che quest'ultimo si rivolge ai soli servizi a rete (acqua, rifiuti, TPL, mentre il gas ha una sua disciplina più dettagliata ed espressamente fatta salva) mentre la l. n. 56/2014 riguarda tutti i servizi di rilevanza economica. Cosicché per i servizi non a rete potrebbe non doversi porre il problema: non essendovi obbligo di aggregare, non vi sono enti di ambito da sopprimere.

In tale contesto appare del tutto ragionevole che le stesse città metropolitane vengano designate come i soggetti responsabili dell'organizzazione di quei servizi pubblici locali per i quali, nel tempo, si è affermata la necessità di una gestione integrata e coordinata, quando l'ambito non travalichi le dimensioni territoriali dell'ente intermedio.

Le città metropolitane sembrano destinate al governo degli ATO, almeno di quelli a dimensione provinciale, in luogo degli enti che le regioni avrebbero dovuto costituire *ad hoc*. D'altronde, il territorio delle città metropolitane coincide con quello delle province, come anche il territorio degli ATO di norma non deve essere inferiore al territorio provinciale: riconoscere alle città metropolitane il ruolo che avrebbe dovuto essere degli appositi enti di governo degli ATO eviterebbe un'inutile duplicazione di soggettività pubbliche chiamate a svolgere le medesime funzioni.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

Oltretutto, quando l'art. 1, c. 44, lett. c), l. n. 56/2014 si rivolge alla «organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano» – alludendo così non solo a funzioni di coordinamento, per così dire funzioni di secondo grado, ma a vere e proprie funzioni organizzative-gestionali di primo grado – riproduce per le città metropolitane la previsione del citato art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011 relativa agli enti di governo degli ATO.

Se dunque nell'attuale contesto normativo e istituzionale è ragionevole puntare sulle città metropolitane come enti d'ambito, si deve anche notare come una tale soluzione pecchi, per c.d., di uniformismo, al pari, peraltro, di quella enunciata legge Del Rio, che individua, in via presuntiva, la dimensione provinciale come quella ottimale.

Al riguardo viene in evidenza il ruolo delle regioni, che devono anzitutto preventivamente individuare il perimetro dei bacini ottimali, che potrà anche avere dimensioni sovraprovinciale, nel quale caso le città metropolitane risulterebbero sostanzialmente tagliate fuori. Mentre laddove coincida con il territorio provinciale i relativi poteri per l'organizzazione dei servizi potranno e, ragionevolmente dovranno, spettare alle città metropolitane istituite. Si tratta comunque di un esito attingibile solo per scelta delle stesse Regioni; le quali potrebbero in teoria anche esprimere scelte diverse dalla individuazione in teoria delle città metropolitane come enti di ambito: in tal modo si produrrebbe, però, una insensata duplicazione tra le funzioni concretamente esercitate dall'ente di ambito e quelle attribuite dalla legge Del Rio alle città metropolitane in tema di servizi di rilevanza economica¹¹.

7. I modelli gestionali e la riallocazione di una scelta nuovamente politico-discrezionale

Si tratta ora di capire se e come le scelte in tema di organizzazione si riflettano sui modelli gestionali ed in particolare se l'attribuzione delle nuove funzioni in tema di servizi sia tale da condizionare anche solo le modalità (intendendo per tali i profili che attengono alla competenza e al procedimento) di scelta tra autoproduzione e mercato.

¹¹ Un problema si porrà comunque per quelle realtà "provinciali" per le quali non sono istituite città metropolitane, quando le Province saranno soppresse, nella stagione post-riforma del titolo V. Oggi la legge Del Rio attribuisce le funzioni dei soppressi ATO alle Province, benchè le stesse non siano titolari delle stesse funzioni assegnate alle città metropolitane in tema di servizi. Al di là della opportunità di una tale soluzione, occorre porsi il problema di che cosa accadrà se e quando le Province saranno abolite. Al riguardo la soluzione più plausibile è che le funzioni vengano attribuite alle Unioni di Comuni.

Scelta, come è ben noto, ora consentita dai principi comunitari ai soggetti titolari del servizio, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis*, c. 3, d.l. n. 112/2008 e dell'art. 4, d.l. 138/2011, secondo i quali l'affidamento "interno" ovvero alle cd. società *in house* costituite dagli enti locali, rappresentava invece solo un'ipotesi derogatoria rispetto a quella ordinaria che indirizzava verso il mercato¹².

Per effetto di quella disciplina del servizio pubblico locale di pubblico restava in realtà davvero poco, benchè si tratti della principale missione delle autonomie locali nell'epoca moderna. La scelta organizzativa del servizio, la possibilità di gestirlo direttamente come soluzione normale, sono espressione di una vera e propria discrezionalità politico-amministrativa. Con quelle regole, poi abrogate, il ruolo degli Enti sarebbe stato meramente esecutivo, caratterizzato, al più, da valutazioni tecniche (in tema di condizioni oggettive del mercato che sole possono eccezionalmente condurre alla gestione diretta) incidendo così in termini fortemente negativi sulla vocazione stessa dell'ente locale e sulla sua identità politica¹³.

Si trattava di un rimedio estremo, evidentemente reputato necessario, alle disfunzioni del settore pubblico, ma il prezzo da pagare era il sostanziale annientamento dell'autonomia locale, peraltro con recuperi di efficienza più ipotetici che reali. D'altronde, anche la diffusione del modello societario, divenuto a partire dagli anni Novanta il modello organizzativo di riferimento, non aveva prodotto i risultati sperati. E la stessa enfasi nella distinzione tra indirizzo e gestione, alla base del modello finalizzato ad instaurare una concorrenza per il mercato, non sembra abbia prodotto esiti davvero apprezzabili¹⁴.

La Consulta ha poi fatto piazza pulita, riattribuendo all'ente locale la facoltà di scegliere tra autoproduzione e mercato nella cornice dei principi europei, ed il legislatore nazionale non ha potuto fare altro che adeguarsi (con l'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n.179).

La legislazione (residua) vigente contempla moduli di gestione non più rigidi e tipici, nel senso che pone sostanzialmente su un piano di equivalenza l'opzione per l'autoproduzione con quella dell'affidamento a sog-

¹² Per l'analisi critica del tentativo di passare dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato, si può vedere, anche per altri riferimenti bibliografici, G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.

¹³ M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forma dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 509.

¹⁴ F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici e la tutela della concorrenza*, in *Amministrazione*, 2010, 339.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

gettività esterne, purchè la scelta risulti coerente con la disciplina comunitaria (ma anche con le specifiche norme settoriali).

Nel colpire la disciplina dettata dall'art. 4, d.l. n. 138/2011, perché riproduttiva di quella abrogata all'esito della consultazione referendaria, la Corte ha così prodotto una riespansione delle competenze regionali e degli enti locali, nel quadro dei principi comunitari. Questi ultimi sicuramente più flessibili ed adottabili delle disposizioni nazionali. Anche perché di derivazione giurisprudenziale, e perciò meglio adottabili alla specificità dei casi, e con caratteristiche "di scopo" piuttosto che "condizionali"¹⁵.

La concorrenza per l'UE è uno strumento (non un valore primario) che serve per conseguire obiettivi economici e sociali, non un imperativo assoluto traducibile in programmi condizionali come quelli enunciati dalla abrogata normativa nazionale, che non lasciava spazi all'autonomia locale.

È proprio per la loro contrarietà al principio autonomistico che gli atti normativi con cui sono stati disciplinati, nel tempo, i vari modelli gestionali dei servizi pubblici di rilevanza economica, sono stati posti infine nel nulla¹⁶.

Oggi dunque gli enti locali hanno la possibilità di muoversi più liberamente tra esternalizzazione e autoproduzione. È quanto non ha potuto fare a meno di ribadire il legislatore nazionale con l'art. 34, c. 20-22, del d.l. n. 179/2012, e secondo il quale, per i servizi di rilevanza economica, l'affidamento deve essere «effettuato sulla base di un apposita relazione che dà conto delle regioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta». Dunque la scelta autonoma, rispettosa dei principi europei, è fatta salva, e contempla anche l'autoproduzione, se verace, ma va adeguatamente motivata e pubblicata.

Tra gli estremi della esternalizzazione e della autoproduzione, è possibile scegliere la soluzione ritenuta più adatta. Al riguardo va ricordato, in breve, che le modalità di gestione da ritenersi ammesse in base ai principi europei, sono: la concessione a soggetti terzi mediante gara ad evidenza pubblica; l'affidamento ad una società a capitale misto pubblico/privato, laddove il partner privato sia scelto in esito ad un confronto di evidenza pubblica, secondo lo schema della gara cd. "a doppio oggetto": il primo riferito alla scelta ottimale del socio privato, senza previsione di una quota minima di capitale sociale (che la legge massimale invece prevedeva), il secondo all'affidamento a questi di compiti operativi di rilievo economico e di interesse generale; l'affidamento ad una società *in house*. Eventualità questa ul-

¹⁵ A. Romano Tassone, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, cit., 866-868.

¹⁶ A. Romano Tassone, *op. ult. cit.*, 865.

tima che può oggi verificarsi in presenza di requisiti meno stringenti rispetto a quelli previsti dalle norme abrogate: si confronti, al riguardo, l'art. 12, direttiva 2014/24 UE che ammette, in particolare, la presenza di privati, sempre che non siano determinati nell'osservanza delle decisioni strategiche. Rilevante pure, ma in altro senso, la previsione della legge di stabilità, che impone l'obbligo di accantonamento dell'impegno finanziario previsto.

A queste forme si può senz'altro aggiungere quella dell'azienda speciale, di cui all'art. 114, t.u. 267/2000¹⁷. Ma sono da ritenere possibili anche varianti più o meno significative, comunque nel segno dell'atipicità¹⁸.

La scelta è ormai attribuita agli enti di governo degli ambiti che tendenzialmente dovrebbero coincidere con l'ente di area vasta, la cui caratteristica, considerata l'elezione indiretta e le relative modalità è di essere «in controllo comunale»¹⁹ epperò «a rappresentatività attenuata»²⁰.

La “sfiducia” nell'ente politico a rappresentatività piena è dunque in qualche modo ribadita anche nel nuovo contesto: se prima si optava per la omologazione prodotta dalla liberalizzazione ora si pensa alla dimensione dell'ambito, al coordinamento, ed alla sede della scelta decisionale, nell'ambito di un regime dei modelli di gestione a carattere ancora “misto”.

Ma il tema è in qualche misura il medesimo: abbassare il tasso di politica nel governo dei servizi avendo di mira l'economicità prima ancora che l'efficienza.

Gli elementi di discontinuità si possono comunque cogliere se si considera che la normativa abrogata guardava al servizio pubblico locale non

¹⁷ Cfr. C. conti, Sezione delle autonomie, adunanza n. 2/2014, 15-21 gennaio 2014.

¹⁸ Va segnalata, a proposito di scelte regionali, in questo caso con caratteri peculiari e discutibili, quella della Regione Campania che, per il Servizio idrico integrato prevede, con la cd. Legge finanziaria regionale (l.r. 7 agosto 2014, n. 16, art. 1, c. 88 e 89), sia pure in via provvisoria, la individuazione diretta ad opera della stessa Regione di uno o più soggetti gestori. Una soluzione simile, almeno nella sostanza giuridica (anche se in quel caso era, direttamente la legge-provvedimento ad operare l'affidamento diretto), era stata adottata dalla Regione Puglia, a favore però di un'unica azienda pubblica. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 62/2012 ha, come è noto, affermato che la decisione circa le forme di gestione e l'affidamento spetta all'ente d'ambito, e non alla Regione. La sentenza si può leggere in *Giur. Cost.*, 2012, 9 ss., con osservazioni di A. Sandulli, *L'Acquedotto Pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, e di A. Lucarelli, *Il governo pubblico dell'acqua tra l'eterodossa nozione di interesse economico generale ed il regime delle competenze stato-regioni*, 828, ss.

¹⁹ F. Merloni, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del titolo V*, in *Ist. fed.*, 2014, 215 ss.

²⁰ C. Tubertini, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *Ist. fed.*, 2014, 205.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

più come ad una dimensione irrinunciabile dell'istituzione politica locale ma come ad un segmento delle tematiche della concorrenza e del mercato²¹.

In base alle disposizioni in materia contenute nella legge di stabilità approvata lo scorso dicembre spetterà agli enti di governo dell'ambito o del bacino il compito di effettuare la relazione prescritta dall'art. 34 del D.L. 179/2012 al fine di dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e di definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche, se previste. Assistiamo così alla riallocazione della decisione verso l'alto, in capo ad un soggetto con una connotazione politica meno accentuata.

Se la disciplina risultante dall'intervento della Corte Costituzionale è in grado di riattribuire spazi all'istituzione politica locale, tuttavia il legislatore nazionale sperimenta altre tecniche per condizionare le scelte locali, le decisioni sui modelli di gestione, riallocando la sede della scelta discrezionale, ed attribuendola ad un soggetto che, per sua natura, dovrebbe presentare un minor tasso di politicità.

Si possono intravedere tratti di un nuovo equilibrio tra il mercato e la responsabilità pubblica del servizio, tra la dimensione sociale delle attività di servizio e le esigenze di tutelare la concorrenza. Sembra dunque almeno avviata la ricerca di una via di mezzo, di un punto di equilibrio tra le forze (nel caso di specie: dimensione sociale del servizio e tutela della concorrenza) che nella loro tensione costituiscono il problema²².

L'attenzione dedicata al ruolo degli ambiti sovracomunali parrebbe muoversi in questa direzione, prefigurando una scelta sì politica, ma da parte di un soggetto "a rappresentatività attenuata", circa i modelli gestionali, in sedi anche coattivamente aggregate.

Va da sé che la riallocazione della sede della scelta da sola non basta. Restano, nel regime giuridico dei servizi pubblici locali una serie di aspetti

²¹ C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 143 ss.

²² In tema, cfr. A. Sandulli, che invita a superare «la contrapposizione ideologica, che conduce a rigidità, chiusura a prevalere degli estremi» (*Editoriale*, in *Munus*, n. 2/2012). Secondo A. Romano Tassone (*op. ult. cit.*, 865) «il regime dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dovrebbe coniugare e contemperare l'esigenza all'apertura del settore al mercato (e comunque: l'esigenza di limitare le esternalità economico-istituzionali di una gestione in chiave politica dei pubblici servizi), con le (ragionevoli) istanze di autodeterminazione degli enti locali, per i quali l'istituzione del servizio non è certo determinata da prospettive di profitto, e la cui gestione deve avere quindi un'impronta non esclusivamente imprenditoriale».

non del tutto definiti²³. E restano, anche nel nuovo quadro che restituisce poteri alle autonomie locali, le questioni di fondo, già evidenziate quando il legislatore nazionale appariva più sbilanciato verso il mercato, ma tuttora aperte, posto che la disciplina vigente non esclude affatto l'apertura alla concorrenza, ma si limita a ridare piena cittadinanza all'autoproduzione, quando ne ricorrano le condizioni.

Occorre, dunque, meglio definire i ruoli dei soggetti pubblici guardando ai singoli settori, alle possibili integrazioni tra loro, al rafforzamento dei poteri di regolazione e di controllo *ex ante* ed *ex post* dei presupposti delle modalità di esternalizzazione: tutti profili essenziali per costruire un possibile nuovo equilibrio²⁴ e porre le basi di una complessiva azione di riassetto dei profili di governo e di organizzazione dei servizi locali²⁵.

8. Indeterminatezze e criticità del nuovo disegno

L'attribuzione alle città metropolitane delle funzioni in tema di gestione dei servizi pubblici locali è dunque solo un tassello, non trascurabile, di un disegno possibile ancora per tanti aspetti incerto.

La prevista soppressione degli appositi enti di governo degli ATO (almeno quelli in ambito provinciale e sub provinciale), dovrebbe plausibilmente determinare la sostituzione di questi con le città metropolitane.

Le Regioni, alla luce della scelta operata dalla legge Del Rio, in tema di titolarità del governo di ambito, dovrebbero – se e quando opereranno per un ambito di dimensione provinciale – riconoscere alle città metropolitane tale funzione, in modo da consentire che queste diano un senso concreto alle previsioni dell'art. 1, c. 44, l. n. 56/2014. Le Regioni sono comunque chiamate ad esprimere al riguardo la loro decisione, epperò, in presenza di un'esplicita previsione legislativa che pare predeterminare l'ambito metropolitano come quello privilegiato, restano da definire i margini reali di scelta.

²³ Per un catalogo di alcuni tra i più significativi profili problematici, cfr. G. Caia, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto* (2013), Roma 2013.

²⁴ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse generale*, cit. 155, che invita a dedicarsi non solo alle tematiche del mercato ma «anche alla ridefinizione, e al miglioramento/ricostruzione del pubblico». Anche A. Sandulli, *Le città metropolitane*, cit. IV, invita a «concentrare gli sforzi sull'amministrazione attiva» anche «agendo dal basso, per il tramite della ricerca, da parte delle autonomie locali, di più adeguati modelli di gestione, cercando di valorizzare, laddove sia utile e possibile, l'apporto costruttivo delle forze sociali».

²⁵ Così T. Bonetti, *op. cit.*, 437.

i modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani

Ma il punto che appare cruciale attiene agli strumenti e ai poteri che dovranno in concreto essere attribuiti alle città metropolitane per dare effettività alla previsione circa la creazione di “sistemi coordinati di gestione” dei servizi pubblici, anche ai fini della verifica del rispetto del “sistema” da parte dei soggetti interessati tenendo conto della forte individualità dei comuni, che li induce ad una certa riottosità ad assoggettarsi a forme di gestione espressione di logiche anche territoriali diverse.

La funzione volta alla strutturazione di sistemi ha in verità, allo stato, un che di indistinto, anche perché non appare sovrapponibile alla logica del governo dell’ambito (cui si avvicina più la seconda funzione, di organizzazione dei servizi metropolitani).

Gli statuti cominciano a dare quale risposta, ma molto resta da definire ad opera delle singole amministrazioni. Si può immaginare un proliferare di Agenzie: se sarà un modo per creare nuovi apparati e nuove cariche o se prenderà corpo uno strumento efficace di regolazione, non si può oggi con certezza prevedere.

Quanto agli spazi concreti per l’esercizio di un compito la cui operatività è da ritenersi subordinata ad una valutazione di opportunità, che deve coinvolgere anche i comuni, si può ipotizzare che tali spazi si apriranno essenzialmente per perseguire il coordinamento di quei servizi (non a rete) per i quali non è prescritta l’aggregazione obbligatoria.

Vi sarebbe inoltre da attuare la facoltà concessa alle città metropolitane di svolgere le funzioni assimilabili a quelle assunte dalle centrali di competenza (che vanno dalla predisposizione delle *lex specialis* delle procedure concorsuali indette dai comuni per l’affidamento dei relativi appalti, fino alla loro sostituzione nel ruolo di stazione appaltante): il chiaro intento del legislatore comunitario e di quello nazionale spinge in tale direzione. Ma non sarà semplice realizzare questo compito facoltativo, specie se si considera che avvalersi di queste funzioni comporterebbe la conseguenziale riduzione della funzione di autorganizzazione (e dei relativi poteri) degli enti locali. C’è un aspetto volontaristico che, mentre salvaguarda l’autonomia, mette in dubbio l’effettività della previsione.

Il concreto esercizio delle funzioni in tema di servizi potrebbe offrire una occasione per la creazione di nuovo equilibrio tra dimensione sociale dei servizi, da recuperare e rilanciare in forme nuove come espressione essenziale dell’autonomia locale, e le esigenze di tutelare la concorrenza, aprendo mercati nuovi, un’occasione per assicurare in definitiva all’utenza la “migliore offerta” di beni ed attività, erogata secondo canoni di economicità aderenti all’effettiva realtà territoriale.

Per un verso, infatti, le città metropolitane costituiscono un soggetto

“a rappresentatività attenuata” già (quasi) pronto ad assumere la organizzazione di più servizi pubblici nel loro ambito territoriale (presunto) ottimale e, per un altro, il nuovo quadro legislativo determinatosi in tema di tipologie di gestione dei servizi pubblici locali potrebbe consentire di individuare con particolare elasticità (ma sempre nel rispetto delle previsioni comunitarie) la forma di gestione che meglio si adatta allo specifico servizio offerto da parte della città metropolitana (ma anche degli enti locali ricompresi nel suo ambito).

In questo senso è da ritenere che l'individuazione di sistemi coordinati di gestione e la previsione di forme di organizzazione dei servizi non debba esaurirsi nello Statuto: la flessibilità richiesta per l'espletamento delle predette funzioni, mal si presta infatti alla rigidità di una previsione statutaria²⁶.

Le funzioni in tema di servizi pubblici vengono dunque consegnate alle città metropolitane in un momento in cui l'autonomia in materia si è riespansa, la responsabilità politica del servizio non è più una vuota formula enunciata dall'art. 112 TUEL e contraddetta dalle leggi nazionali, ma viene ricollocata in una diversa sede di “area vasta”, politica ma non troppo.

Che queste obiettivamente favorevoli concomitanze del quadro normativo possano tradursi, nella presente fase economica e politica, ed alla luce di tutte le criticità evidenziate, in un vantaggio per gli utenti, ci vuole molto ottimismo per immaginarlo.

Abstract

This essay analyzes the role, still to be defined, assigned to Metropolitan Cities in the local public utilities sector.

The functions of such new entities have been assessed in the light of the provisions related to the identification of ATOs and to the choice of the different tools to provide public services. The survey emphasizes that higher flexibility and enhancement of local autonomy, resulting also from constitutional court case law, reflects common uniform rules for Metropolitan Cities set out by national legislation, which allow only for limited differentiation at the local level.

The study also foresees the likely coincidence of bodies of ATOs government with the new entities named as authorities of “wide area”, and identifies an opportunity to find a new balance between the social relevance of services and market-competition stemming from the actual performance of Metropolitan Cities' statutory duties in the sector of public services.

²⁶ Cfr., infatti l'art. 45, dello Statuto della città metropolitana di Milano, che si limita a richiamare la “conformità” all'ordinamento dell'UE.

FABIO ELEFANTE

SOCIETÀ PUBBLICHE E NORMATIVA ANTICORRUZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La figura del responsabile della prevenzione della corruzione. – 3. Ambito soggettivo di applicazione della Legge Anticorruzione. – 4. Il responsabile della prevenzione della corruzione e società partecipate.

1. Premessa

Il tema della corruzione politica ed amministrativa, largamente intese come utilizzo sviato del pubblico potere per fini economici o di potere individuale del loro titolare, è centrale nel dibattito pubblico italiano da oltre una generazione. La corruzione e l'illegalità amministrativa, fenomeni imponenti in ogni società, vieppiù nelle società organizzate moderne, sono, infatti, particolarmente sentite in Italia, da almeno la fine degli anni Settanta dello scorso secolo. Vuoi per l'obiettiva e risalente incidenza dei fenomeni nel nostro contesto nazionale, vuoi per una minore "rassegnazione" alla loro accettazione in una società del benessere e di istruzione diffusa, ma in fase di bassa crescita (o di decrescita) economica, vuoi per la maggiore frequenza di indagini penali, anche su organi amministrativi apicali, (con connesso clamore mediatico) in un sistema giudiziario dove gli organi inquirenti godono di una autonomia ed indipendenza senza pari¹.

Fino alla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», c.d. Legge Anticorruzione, tuttavia, gli interventi norma-

¹ Sul tema della lotta alla corruzione, sulla analisi delle cause e sui possibili rimedi, di particolare interesse il rapporto della Commissione presieduta dal prof. Sabino Cassese nel 1996 (pubblicato in *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998).

In tempi più recenti v. il rapporto finale della Commissione ministeriale per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione presieduta dal cons. Roberto Garofoli (pubblicato il 22 ottobre 2012 e rinvenibile su http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1052330/rapporto_corruzione_29_gen.pdf).

tivi si sono limitati all'ambito penalistico e sono andati talora, a prescindere dalle intenzioni, obiettivamente a depotenziare il sistema sanzionatorio.

In particolare un notevole indebolimento della capacità repressiva del sistema penale è derivato dalla l. 26 aprile 1990, n. 86, laddove questa ha abolito il reato di interesse privato in atti d'ufficio², e dall'art. 1, l. 16 luglio 1997, n. 234, che ha riscritto il reato di abuso d'ufficio, circoscrivendone (opportunamente) l'evanescente oggettività, ma legando la punibilità ad un dolo intenzionale di non facile accertamento e, soprattutto, limitandone la pena al di sotto del minimo edittale previsto per l'utilizzo delle intercettazioni telefoniche quale mezzo di ricerca della prova³.

La difficoltà di indagine in ordine al reato di abuso d'ufficio, reato spia dell'illegalità amministrativa, riduce infatti notevolmente l'accertamento dei fenomeni corruttivi. Laddove la possibilità di più efficaci indagini (in specie, le intercettazioni telefoniche) per il primo, potrebbe fare emergere ben più frequentemente i secondi.

Al contempo le riforme amministrative e del sistema dei controlli degli anni Novanta e 2000 ed, in ultima analisi, la riforma del titolo V della Parte seconda della Costituzione, aumentando i centri di spesa e le stazioni appaltanti, "politicizzando" i vertici burocratici con la logica dello *spoils system*, aumentando gli spazi discrezionali degli organi di amministrazione attiva e riducendo i controlli preventivi hanno reso ancora più difficile la prevenzione dei fenomeni corruttivi ed illegali.

In questo contesto, ma occasionata dalla necessità di dare attuazione all'art. 6 della *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione* del 31 ottobre 2003, cosiddetta "*Convenzione di Merida*", ratificata con la l. 3 agosto 2009, n. 116, ed agli art. 20 e 21 della *Convenzione penale sulla corruzione* del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (*Convenzione di Strasburgo*), ratificata dall'Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110, nonché al rapporto redatto dalla Commissione del Consiglio d'Europa contro la corruzione (*GRECO*),

² Cfr. C.F. Grosso, *I nuovi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: indebolimento o rafforzamento della tutela penale?* in *Cass. pen.*, 1991, 1300, e M. Petrone, *La nuova disciplina dei delitti degli agenti pubblici contro la P.A.: dalle prospettive di riforma alla legge n. 86/90*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 917 ss.

³ L'abrogato art. 324 c.p. nonché le ipotesi più gravi dell'abuso d'ufficio previsto dal testo dell'art. 323 c.p. conseguente alla l. n. 86/1990 prevedevano una sanzione massima atta a consentire l'intercettazione di conversazioni e telecomunicazioni, ex art. 266, c. 1, lett. b), c.p.p. Dopo la novella del 1997, ma anche dopo l'inasprimento delle pene operato dalla legge n. 190 del 2012, il limite edittale massimo dell'abuso d'ufficio resta inferiore al limite minimo (anni 5) che consente le intercettazioni nel caso di delitti contro la pubblica amministrazione.

“*Group of States against corruption*”, istituito in seno al Consiglio di Europa, che ha adottato la raccomandazione con la quale l’organo ha invitato gli Stati membri ad adottare un regime sanzionatorio di misure efficaci, proporzionate e dissuasive contro la corruzione, è sorta, pertanto, la l. n. 190/2012.

Essa costituisce, sulla scorta dei rilievi contenuti nel rapporto 27 maggio 2011 della GRECO sull’Italia⁴, il primo (parziale) tentativo di organica disciplina della corruzione amministrativa. Ma, come acutamente rilevato sin dai primi commenti⁵, la nuova normativa non tocca in alcun modo il tema, evidentemente intrecciato, della corruzione politica.

A parte tale (non irrilevante e non certo casuale) limitazione, la l. n. 190/2012 presenta notevole interesse, laddove, in una solo apparente asistemicità, interviene con modifiche al sistema penale dei delitti contro la pubblica amministrazione⁶, introduce il sistema dei piani di prevenzione della corruzione⁷, afferma obblighi di pubblicità e trasparenza amministrativa, impone l’obbligo di astensione e di segnalazione di ogni ipotesi di conflitto di interesse, anche solo potenziale, assegna al Governo la definizione dei codici di condotta del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni, pone regole rigorose per la assegnazione e la rotazione degli incarichi, nonché sul regime delle incompatibilità, incandidabilità ed ineleggibilità, fissa divieti per gli incarichi di consulenza e limiti alla conferibilità di incarichi anche successivamente alla copertura di incarichi pubblici, vieta gli

⁴ Sul punto v. F. Manganaro, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.*, 2014, 1861 ss., che ricorda come la GRECO avesse riscontrato una limitazione al diritto di accesso, nonché la mancanza di una disciplina normativa sull’integrità dei membri del governo; sul possibile conflitto di interessi dei funzionari pubblici che, usciti dalle amministrazioni, assumono incarichi privati; sulla tutela degli informatori o dei denunciatori casi di corruzione; sulla corruzione nel settore privato; sulle sanzioni per le imprese; sulla incompatibilità dei condannati per corruzione di assumere cariche pubbliche.

⁵ In questo senso si veda B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 128.

⁶ Sulla nuova legge per la prevenzione della corruzione e dell’illegalità nelle amministrazioni, R. Garofoli, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.neldiritto.it, nonché in www.penalecontemporaneo.it; B.G. Mattarella, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 927 ss.; G.M. Racca, *La prevenzione ed il contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, 125 ss.

Più in generale, sulla corruzione amministrativa F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010 e, ancora, B. G. Mattarella, *Le regole dell’onestà*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁷ Sul punto si veda, ancora, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, cit., 128.

arbitrati ai magistrati ed agli avvocati dello Stato e pone vincoli ai loro incarichi fuori ruolo, garantisce tutela ai denuncianti (cd. *whistleblowers*), etc.

Si tratta, in sostanza, del tentativo di intervenire contestualmente e sinergicamente su norme di azione, su norme di organizzazione, su uffici *di staff* ed uffici *di line*, su regole di trasparenza e sul sistema dei controlli interni, esterni e giudiziali (tanto erariale quanto penale), su regole degli appalti e su tutti i provvedimenti attributivi di vantaggi economici ai privati per cercare di promuovere un mutamento che i singoli ricorrenti interventi su normative di settore non hanno fin qui determinato.

Ai fini del presente approfondimento, teso ad accertare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina normativa e, specificamente, la sua applicabilità alle società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici (funzionali o territoriali), più che le misure concretamente adottate, interessa rilevare, in estrema sintesi, alcuni dati di contesto del complessivo intervento normativo.

Anzitutto, esso costituisce un primo positivo, ma non risolutivo intervento in materia.

Sia perché restano prive di regolazione coerente e sistematica intere tematiche intimamente connesse al fenomeno (dalla disciplina della attività di *lobbying*, al conflitto di interessi, al finanziamento della politica, etc.).

Sia perché resta il nodo delle intercettazioni telefoniche per le ipotesi di abuso d'ufficio (ancora escluse, nonostante l'inasprimento del regime sanzionatorio dell'art. 323 c.p., stante il disposto dell'art. 266, c. 1, lett. b), c.p.p.) e quello dell'interesse privato in atti d'ufficio (non sembrando la novella dell'art. 6-bis, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 1, c. 41, l. n. 190/2012, idoneo *ex se* a determinare gli effetti di deterrenza necessari).

Anzi. Il contestuale "spacchettamento" del reato di concussione in concussione per costrizione e in induzione indebita a dare o promettere, con la prevista punibilità pure "dell'indotto"⁸, nonostante le "rassicuranti" e ragionevoli interpretazioni correttive date dalle Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione (sent. 14 marzo 2014, n. 12228), ben potrebbe diminuire la disponibilità alla denuncia dei soggetti privati, ampliando ancor più quell'area grigia (di connivenza o reciproco ricatto tra corruttore e corrotto o tra concussore e indotto) dove solo lo strumento delle intercettazioni (per l'unico delitto verificabile a prescindere da indizi preventivi di una dazione o promessa di utilità ovvero l'abuso d'ufficio) potrebbe essere di ausilio.

Per altro verso, la l. n. 190/2012 manifesta un chiaro approccio centra-

⁸ Sui profili penali della l. n. 190/2012, v. A. Fiorella *La legge anticorruzione: un primo bilancio ad un anno dall'entrata in vigore*, Roma, 2013.

listico alla materia, sia laddove autoqualifica la gran parte delle previsioni come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili al fine di imporne l'applicazione alle Regioni ed agli enti territoriali, sia laddove ascrive all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)⁹ funzioni di monitoraggio e controllo su una quantità notevole di atti di incarico, negoziali e di spesa delle amministrazioni pubbliche centrali e territoriali in netta controtendenza alla logica devolutiva ed autonomistica degli ultimi decenni.

Il che, da un lato, prova la temporaneità dei *trend* normativi (nel caso di specie, quello del regionalismo), dall'altro, atteso il disposto della l. cost. n. 3/2001, pone più di un qualche dubbio di costituzionalità.

Infine, ed è questo il dato di maggiore rilievo ai presenti fini, i previsti piani anticorruzione, largamente ricalcati sulla esperienza dei modelli 231 (*ex d.lgs. n. 231/2001*) rischiano di trasformare in una sommatoria di adempimenti burocratici e formali e nella creazione di una posizione anche essa burocratica e formale di garanzia del responsabile anticorruzione¹⁰, quella che voleva essere intesa come una rivoluzione strutturale del *modus agendi* e della stessa essenza organizzativa degli apparati pubblici¹¹.

Tanto premesso in ordine alla portata del complessivo intervento normativo ed ai complessivi dubbi sulla sua attuale idoneità a incidere sul fe-

⁹ Con il d.l. n. 90 del 2014 l'ANAC è subentrata all'AVCP. L'art. 19 del d.l. menzionato ha disposto: la soppressione dell'AVCP con decadenza dei suoi organi; il trasferimento delle funzioni all'ANAC; il trasferimento delle risorse umane, strumentali e finanziarie dell'Autorità soppressa. Pertanto l'ANAC si è trovata a cumulare le funzioni di due soggetti istituzionali: l'Autorità anticorruzione e l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici. Una delle ragioni del subentro dell'ANAC all'AVCP è la ricorrenza dei fenomeni illeciti in materia di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici. Sul tema, v. Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, allegato sull'Italia, 3 febbraio 2014, rinvenibile su http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_italy_chapter_it.pdf.

Sui poteri dell'ANAC ed in specie sui poteri di commissariamento delle imprese affidatarie di commesse pubbliche e sulla funzione di monitoraggio sulle varianti esecutive degli appalti v. F. Di Cristina, *La Nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023 ss.

¹⁰ Cfr. D. Ielo, *Responsabilità 231 e sistema anticorruzione a confronto*, Relazione al Seminario, 19 novembre 2013, *La Legge Anticorruzione e il sistema dei controlli nella P.A. locale*, rinvenibile in <http://www.legautonomie.it/Documenti/Dossier/La-Legge-anticorruzione-e-il-sistema-dei-controlli-nella-P.A.-locale>.

Sul tema più generale dei piani anticorruzione alla luce dell'esperienza dei modelli 231 v. A. Rossi, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 44 ss.

¹¹ Questo rischio è evidenziato nella richiamata relazione della Commissione UE al Consiglio e al Parlamento europeo, sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014.

nomeno corruttivo, in questo approfondimento si intende delineare i tratti di una delle principali novità della normativa in esame ovvero quella del responsabile della prevenzione della corruzione (“RPC” o responsabile “anticorruzione”), al fine di capire quale sia l’ambito soggettivo di applicazione della normativa di esame.

Sembra, infatti, che la definizione del secondo tema, reso incerto dalla contraddizione dei testi normativi, possa essere più agevolmente raggiunta una volta chiarito il regime connesso all’attività e, soprattutto, alla responsabilità del primo. Il riscontro della possibilità o meno di configurare una tale figura di responsabile nelle società partecipate diviene, infatti, essenziale al fine di confermare o escludere la soggezione delle società partecipate al regime previsto dai commi da 5 a 14 dell’art. 1, l. n. 190/2012.

La anticipazione della individuazione delle funzioni e del regime di responsabilità del responsabile anticorruzione rispetto alla individuazione dell’ambito soggettivo di applicazione della normativa non costituisce, pertanto, un rovesciamento dell’ordine logico della questione, ma il tentativo induttivo di pervenire ad una soluzione coerente in ordine agli interrogativi che pongono i testi normativi in materia.

Prima di procedere all’analisi annunciata, va, poi, sottolineato che la Legge Anticorruzione prevede una strategia di prevenzione articolata su due livelli normativi secondari.

Ad un primo livello, vi è il Piano Nazionale Anticorruzione (“PNA”) predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica (“DFP”) ed approvato dall’ANAC, il cui contenuto funge da linea guida per la predisposizione delle strategie di prevenzione della corruzione all’interno delle singole amministrazioni¹².

Al secondo livello, vi sono i Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione (“PTPC”) a mezzo dei quali le singole amministrazioni, mediante la c.d. mappatura del rischio corruttivo, adottano strategie di prevenzione ad hoc.

In particolare, a questo importante compito è chiamato, tra gli altri, il responsabile della prevenzione della corruzione (“RPC”).

Quali fonti essenziali della materia vanno, pertanto, richiamate, oltre la Legge Anticorruzione:

- la circolare n. 1/2013 del Ministro della funzione pubblica relativa alla l. n. 190/2012 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della

¹² Rinvenibile in <http://www.funzionepubblica.gov.it/comunicazione/notizie/2013/settembre/11092013-approvato-dalla-civit-il-pna.aspx>.

corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Registrata dalla Corte dei conti in data 22 marzo 2013 – reg. n. 3 – fog. n. 54);

- le Linee di indirizzo del Comitato interministeriale (d.P.C.M. 16 gennaio 2013) per la predisposizione, da parte del Dipartimento della funzione pubblica, del Piano Nazionale Anticorruzione di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190;

- il Piano Nazionale Anticorruzione, approvato con delibera della Civit (ora ANAC) dell'11 settembre 2013.

2. La figura del responsabile della prevenzione della corruzione

La Legge Anticorruzione prevede all'art. 1, c. 7, la figura del responsabile della prevenzione della corruzione, assegnandone la nomina all'organo di indirizzo politico.

Sul piano dei requisiti soggettivi, la legge precisa, unicamente, che il responsabile sia individuato tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, mentre negli enti locali, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione.

Dalla normativa in questione nulla, invece, si evince relativamente ai criteri da utilizzare per la nomina, agli eventuali requisiti soggettivi da individuare in capo al nominando, all'eventuale presenza di cause che potrebbero indurre ad escludere, per motivi di opportunità o di conflitto d'interessi, la nomina di un dirigente. Neppure disciplinata è la durata dell'incarico di RPC. Ma la circolare n. 1/2013¹³ ha chiarito che l'arco temporale della carica coincide con la «durata dell'incarico dirigenziale a cui la nomina accede», trattandosi di incarico accessorio.

Più analitica risulta, invece, la Legge Anticorruzione riguardo i compiti spettanti al RPC, cui vengono assegnate: tutte le attività di pianificazione, attuazione, monitoraggio, implementazione e modifica del PTCP (ex art. 1, c. 8, e art. 1, c. 10, lett. a), l. n. 190/2012).

Si tratta, in concreto, di un'attività alquanto impegnativa, dovendo il RPC, in primo luogo, procedere alla c.d. mappatura del rischio, partendo dalle quattro aree di rischio obbligatorie di cui all'art. 1, c. 16, Legge Anticorruzione. Una volta individuati i rischi da trattare, il RPC dovrà individuare le misure di prevenzione più idonee a prevenire e/o ridurre la possi-

¹³ Rinvenibile in http://www.funziopubblica.gov.it/media/1158262/circolare_1_2014_trasparenza.pdf.

bilità che il rischio si concretizzi. Successivamente, in conformità con il PNA, il RPC dovrà «distribuire i compiti» nell’ottica della responsabilizzazione del personale¹⁴. Ulteriormente, sarà necessario procedere ad un coordinamento generale di tutti gli strumenti del c.d. ciclo delle *performance*, di cui alla l. n. 150/2009.

Al responsabile per la prevenzione della corruzione la legge affida, inoltre, anche i compiti di: (i) definire le procedure appropriate per la selezione e formazione dei dipendenti destinati ad operare nelle aree di rischio; (ii) verificare, d’intesa con il dirigente competente, l’effettiva rotazione degli incarichi negli uffici delle c.d. aree di rischio; (iii) redigere, a consuntivo del suo operato e comunque entro il 15 dicembre di ciascun anno, una relazione recante i risultati dell’attività svolta. Relazione, quest’ultima, che dovrà poi essere dal RPC pubblicata sul sito web dell’amministrazione e trasmessa all’organo di indirizzo politico dell’amministrazione.

I d.lgs. n. 33 e 39/2013 e il d.P.R. n. 62/2013, attuativi della Legge Anticorruzione, hanno poi, ulteriormente arricchito questi compiti.

In base al d.lgs. n. 33/2013, il RPC svolge anche le funzioni di “responsabile della trasparenza”.

Sicché, il RPC dovrebbe ulteriormente provvedere a: (i) predisporre ed aggiornare il programma triennale per la trasparenza e l’integrità (“PTTI”); (ii) controllare l’adempimento da parte dell’amministrazione degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa, assicurando la completezza, la chiarezza e l’aggiornamento delle informazioni pubblicate; (iii) segnalare all’organo di indirizzo politico, all’organismo indipendente di valutazione delle performance (“OIV”), all’ANAC o all’ufficio di disciplina, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione, ai fini dell’attivazione del procedimento disciplinare e delle altre forme di responsabilità; (iv) controllare ed assicurare la regolare attuazione dell’accesso civico.

In base al d.lgs. n. 39/2013, si aggiungono, poi, in capo al RPC i compiti di vigilanza sul rispetto delle norme in materia di inconfiribilità e incompatibilità.

Ancora, il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, d.P.R. n. 62/2013, adottato ai sensi della Legge Anticorru-

¹⁴ Per approfondire il tema dell’importanza della formazione dei funzionari pubblici si vedano B.G. Mattarella (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, Spa edizioni, Roma, 2009. In particolare, sul legame tra etica e formazione dell’alta funzione pubblica S. Cassese, *A cosa serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. dir.* 1989, F. Merloni, *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009.

zione, all'art. 15 stabilisce che il RPC deve: (i) curare la diffusione della conoscenza dei codici di comportamento nell'amministrazione; (ii) monitorare annualmente la loro attuazione; (iii) pubblicare sul sito e comunicare all'ANAC i risultati del monitoraggio.

Attese la quantità e complessità delle competenze, la circolare n. 1/2013 del Ministro della Funzione Pubblica prevede la possibilità che questo sia coadiuvato da uno o più referenti, che (i) collabora a delineare l'attività di prevenzione della corruzione da far confluire nel PTCP, (ii) svolge attività informativa nei confronti del responsabile e (iii) provvede a un costante monitoraggio sull'attività svolta dai dirigenti assegnati agli uffici di riferimento. Resta in ogni caso ferma la responsabilità in capo al RPC, non valendo tale nomina (oltretutto non prevista dalla l. n. 190/2012) a limitarne le responsabilità.

La Legge Anticorruzione collega, poi, i vari compiti del responsabile della prevenzione della corruzione ad una peculiare ipotesi di responsabilità.

L'art. 1, c. 12, della Legge Anticorruzione, in specie, dispone che: «in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato» il RPC ne risponde sia sul piano dirigenziale (*ex art. 21, d.lgs. n. 165/2001*) sia «sul piano disciplinare, oltretché per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione».

Il RPC non avrà responsabilità solo se provi: (i) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al c. 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai c. 9 e 10 dell'art. 1, Legge Anticorruzione; (ii) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

Per andare esente da queste responsabilità, quindi, il RPC non solo dovrà predisporre il PTCP, ma occorrerà che questo sia stato predisposto in maniera efficiente, tanto da essere idoneo – in astratto – a prevenire eventi corruttivi.

Si tratta, in questa parte, dell'applicazione della medesima logica sottesa ai modelli 231 delle società commerciali, che per avere efficacia esimente (in quel caso della responsabilità dell'ente, in questo caso del RPC) devono possedere una specifica finalizzazione alla prevenzione dei reati presupposto assicurando l'effettiva applicazione di presidi volti al contenimento del rischio di commissione reato-presupposto. È quindi immaginabile una tendenza della futura giurisprudenza (amministrativa o erariale) in materia, a fare applicazione dei principi enucleati dalla Cassazione penale (cfr., Cass., sent. 18 dicembre 2013, n. 3307) in tema di responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*.

La responsabilità dirigenziale del RPC si ha, poi, *ex art. 1, c. 8, Legge*

Anticorruzione, a prescindere dalla commissione di alcun illecito, in caso di mancata predisposizione del PTPC, nonché, *ex art. 1, c. 14*, della medesima legge, in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano ovvero nelle ipotesi di omesso controllo.

Accanto a tali responsabilità, come visto, la Legge Anticorruzione, ove ne ricorrano gli elementi costitutivi, prevede la sussistenza della responsabilità amministrativa e per danno all'immagine della pubblica amministrazione. Responsabilità che aumenta se si considera che il RPC può vedersi attribuiti anche i compiti del responsabile della trasparenza.

Interpolando la l. n. 20/1994, l'art. 1, c. 62, l. n. 190/2012 determina, infine, la misura della responsabilità per danno immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione nella misura del doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente¹⁵.

Così normativamente quantificata la responsabilità da danno all'immagine, diviene opinabile la interpretazione della disposizione, laddove utilizza la congiunzione "e" tra la responsabilità erariale e quella da danno all'immagine. Potendosi leggere come previsione di due distinte responsabilità, una connessa agli effetti patrimonialmente negativi discendenti dall'illecito corruttivo, con finalità riparatoria, e l'altra per danno non patrimoniale, con finalità sanzionatoria. Ovvero limitarsi a questa seconda ipotesi la responsabilità del responsabile anticorruzione, resecando così, non poco, la posizione

¹⁵ Sulla possibile ricostruzione di questa previsione tanto quale sanzione tanto quale mero criterio presuntivo di stima del danno L. D'Angelo, *Lesione all'immagine della p.a. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?* in *Resp. amm. it.*, rivista on line. In giurisprudenza, sul tema, C. conti, sez. giur. Lombardia, 23 gennaio 2013, n. 17 (che ha ritenuto la natura non sanzionatoria ma risarcitoria di tale danno).

Più in generale sulla responsabilità erariale v. P. Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, in *lexitalia.it*, 2001, nonché E.F. Schlitzer, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.

Sulla natura della responsabilità amministrativa v. la sentenza della C. cost. n. 183/2007, per la quale «l'intero danno subito dall'Amministrazione, ed accertato secondo il principio delle conseguenze dirette ed immediate del fatto dannoso, non è di per sé risarcibile e costituisce soltanto il presupposto per il promuovimento da parte del pubblico ministero dell'azione di responsabilità amministrativa e contabile. Per determinare la risarcibilità del danno, occorre una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile, il quale, sulla base dell'intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito debba essere addossato al convenuto, e debba pertanto essere considerato risarcibile (...) la relativa sentenza di condanna è pertanto determinativa e costitutiva del debito risarcitorio».

di garanzia discendente dalla norma e dalla preposizione all'incarico. In difetto di altri indici normativi e di una giurisprudenza sul punto, in via di pura esegesi teleologica della disposizione, sembra preferibile la lettura estensiva, che "responsabilizza" il responsabile anzitutto e soprattutto dei danni effettivamente prodotti dall'illecito.

Peraltro, ma il punto sarà ripreso nel quarto paragrafo, l'utilizzo dell'endiadi "per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione" potrebbe giustificarsi altrimenti, siccome necessaria discriminare le ipotesi in cui, in ragione della natura (formalmente privata) dell'ente, il (solo) danno all'immagine (e non il danno al patrimonio) risulta azionabile davanti giurisdizione contabile.

In definitiva, comunque, in capo al RPC sono configurabili: due tipiche forme di responsabilità contrattuale, legate alla preposizione all'incarico dirigenziale, l'una connessa al raggiungimento di uno scopo, l'altra alla adeguatezza della attività di controllo, ed una responsabilità amministrativo-contabile (con la sua peculiare natura, aquiliano-sanzionatoria) legate certamente ai danni non patrimoniali (presuntivamente determinati) e, verosimilmente, anche a quelli patrimoniali.

Le responsabilità contrattuali, peraltro, presentano elementi di tipicità connessi al regime d'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione (in specie la responsabilità *ex* art. 21, d.lgs. n. 165/2001), mentre la responsabilità erariale sconta le note tematiche definitorie di questa giurisdizione e, in specie, la sua connessione al c.d. rapporto di servizio (su cui *infra*).

Così ricostruite le competenze e le responsabilità del RPC, si può ora passare alla determinazione di quali siano i soggetti tenuti al rispetto della disciplina anticorruzione contenuta nella Legge Anticorruzione.

3. Ambito soggettivo di applicazione della Legge Anticorruzione

Nella determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione della Legge Anticorruzione, è necessario muovere dall'art. 1, c. 5, della stessa.

Quest'ultimo, anche se in modo non diretto, dispone che all'applicazione della disciplina anticorruzione sono tenute «le pubbliche amministrazioni centrali».

L'ambito soggettivo è poi esteso dall'art. 1, c. 59, Legge Anticorruzione, il quale prevede che le disposizioni di prevenzione della corruzione sono applicate da «tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, c. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni». Ulteriormente, l'art. 1, c. 60 e 61, Legge Anticorruzione chiarisce che, sia pure in seguito ad un'in-

tesa da raggiungere in sede di conferenza unificata, all'applicazione di detta disciplina sono tenute le regioni, gli enti locali, «nonché gli enti pubblici e i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo».

Il PNA adottato dal DFP, sulla base delle linee di indirizzo predisposte dal Comitato interministeriale all'uopo istituito con d.p.c.m. del 16 gennaio 2013, nell'individuare i soggetti destinatari della disciplina contenuta nella Legge Anticorruzione, peraltro, estende ulteriormente, ma in maniera non del tutto univoca, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa anticorruzione.

Il PNA, infatti, afferma espressamente che sono destinatarie: (i) «tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165»; (ii) «le regioni, gli enti del SSN, gli enti locali e gli enti ad essi collegati, fermo restando quanto previsto dall'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata il 24 luglio 2013 ai sensi dell'art. 1, commi 60 e 61, legge anticorruzione»; (iii) «il personale delle Forze armate, Forze di polizia ad ordinamento civile e militare, della carriera diplomatica e prefettizia, i professori e ricercatori universitari»; (iv) «gli enti pubblici economici (ivi comprese l'Agenzia del demanio e le autorità portuali), gli enti di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari».

Reca, poi, una definizione di enti di diritto privato in controllo pubblico, affermando che «si intendono le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

Una definizione, pertanto, apparentemente riferita alle c.d. società strumentali, ma non anche alle società di gestione dei servizi pubblici o di interesse economico generale¹⁶.

In altra parte, però, il PNA specifica che «al fine di dare attuazione alle norme contenute nella l. n. 190/2012 gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale o regionale/locale sono tenuti ad introdurre e ad implementare adeguate misure organiz-

¹⁶ Cfr. S. Rostagno, *L'art. 24-bis l. 114/2014 di estensione ai gestori di servizi pubblici degli adempimenti in materia di «trasparenza amministrativa» del d.lgs. 33/2013: genesi e profili applicativi di una occasione mancata e prospettive de iure condendo*, in *Giust. amm.*, 2014.

zative e gestionali. Per evitare inutili ridondanze qualora questi enti adottino già modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. n. 231/2001 nella propria azione di prevenzione della corruzione, possono fare perno su essi, ma estendendone l'ambito di applicazione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dalla l. n. 231/2001 ma anche a tutti quelli considerati nella l. n. 190/2012, dal lato attivo e passivo, anche in relazione al tipo di attività svolto dall'ente (società strumentali/società di interesse generale)»¹⁷.

In questo senso il PNA, pertanto, individua quale destinatari della disciplina anticorruzione anche le società che svolgano servizi e sembra offrire indizi per riferire la disciplina a tutti gli enti privati in controllo pubblico (o soggetti a poteri pubblicistici di nomina dei vertici o dei componenti degli organi).

A questa interpretazione più ampia accedono un primo arresto della giurisprudenza contabile (Corte dei conti, Determinazione n. 7/2014, del 12 febbraio 2014, relativo a RAI s.p.a.) nonché gli orientamenti dell'ANAC.

Detta autorità, in effetti, con il recente orientamento 7 ottobre 2014, n. 80, ha stabilito che sono soggetti all'applicazione della l. n. 190/2012 e dei decreti attuativi della stessa i collegi e gli ordini professionali che operano sotto la vigilanza dello Stato per scopi di carattere generale. Ancora, sempre a detta dell'autorità – orientamento 20 giugno 2014, n. 39 – sono

¹⁷ Ulteriore elemento di incertezza della materia è dato dal parziale disallineamento dell'ambito soggettivo dei destinatari della normativa anticorruzione, con quelli degli obbligati alla trasparenza amministrativa e quelli dei soggetti alle disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico (art. 1, c. 49 e 50, 6 novembre 2012, n. 190, attuato con d.lgs. n. 39/2013). Nonché dalla contraddizione interna allo stesso d.lgs. n. 33/2013 nell'individuazione dei soggetti tenuti all'applicazione della disciplina in materia di trasparenza (in specie tra l'art. 11 e l'art. 22 del decreto) che ha imposto, prima, l'intervento della circolare 14 febbraio 2014, n. 1 del DFP e poi, a fronte del rilievo della inidoneità di una circolare a sciogliere l'antinomia tra due disposizioni primarie, l'intervento dell'art. 24-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114, che ha chiarificato che la disciplina sulla trasparenza si applica alle società controllate, mentre si applica alle società partecipate minoritariamente da enti pubblici solo limitatamente all'attività di pubblico interesse da essi svolta (da intendersi come esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici).

Questo parziale disallineamento e queste incertezze rendono infatti possibili estrapolazioni da normative connesse tanto per ragionamenti *a fortiori* quanto *a contrario*. Sicché esse costituiscono elemento di ulteriore incertezza, invece che di chiarificazione, specie considerando che si tratta di discipline non solo funzionalmente collegate, ma soggettivamente riferibili a competenze del responsabile della prevenzione della corruzione.

soggette all'applicazione della Legge Anticorruzione e del PNA anche le holding comunali e le società partecipate dalle stesse a condizione che esercitino attività di gestione di servizi pubblici (cioè attività di pubblico interesse) ovvero siano sottoposte a controllo da parte di diverse amministrazioni pubbliche.

In via più generale, con il documento congiunto ANAC-Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) del 23 dicembre 2014¹⁸, l'ANAC ha puntualizzato nel senso della soggezione alla disciplina di tutte le società in controllo pubblico, a prescindere dall'ambito di attività. Eccettuando pertanto solo le partecipazioni minoritarie.

Le posizioni della magistratura contabile e dell'ANAC sono, pertanto, nel senso della più ampia applicazione possibile delle norme in materia di prevenzione della corruzione, ma lasciano aperte tanto la questione in ordine alla legittimità della estensione soggettiva operata dal PNA quanto quella interpretativa della esatta portata di tale estensione.

Tanto rilevato in ordine ai dubbi lasciati aperti dagli interventi normativi, occorre altresì sottolineare che le società in controllo pubblico sono tenute anche ad adottare i modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. n. 231/2001¹⁹. Sorgono così dei problemi di coordinamento tra le due discipline normative per le ipotesi di conflitto o di sovrapposizione delle stesse. In particolare, come si vedrà nel paragrafo seguente, i maggiori profili d'interferenza sorgono proprio con riguardo alla figura del RPC.

4. Il responsabile della prevenzione della corruzione e le società pubbliche

Per le ipotesi in cui la legge anticorruzione si applica agli enti pubblici economici o ai soggetti privati controllati o partecipati da parte di pubbli-

¹⁸ Rinvenibile in <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Comunicazione/ComunicatiStampa/Doc.Prev.Anac.Mef23.12.14.pdf>.

¹⁹ Il che impone di verificare i canoni di valutazione dei Modelli 231 formati in sede giudiziale, che verosimilmente saranno estesi alla verifica di adeguatezza dei piani anticorruzione.

Al riguardo cfr. in www.rivista231.it F. D'Arcangelo, *Il sindacato giudiziale sulla idoneità dei modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, gennaio 2015 e *I canoni di accertamento dell'idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, n. 2/2011; S. Beltrani, *Analisi della giurisprudenza più recente in tema di modelli organizzativi*, settembre 2014; *Analisi della giurisprudenza più recente in tema di criteri di imputazione*, agosto 2014; *Analisi della giurisprudenza più recente in tema di reato presupposto*, luglio 2014.

che amministrazioni, si assiste quindi ad una sovrapposizione di detta disciplina con la normativa prevista dal d.lgs. n. 231/2001.

Il d.lgs. n. 231/2001, le cui disposizioni non si applicano nei confronti dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli enti pubblici non economici e degli altri enti che svolgono funzione di rilievo costituzionale (*ex art. 1*), si applica, infatti, secondo la giurisprudenza costante, alle società partecipate (cfr. sent. Cass., sez. II penale, n. 28699/2010) e in generale a tutte quelle società in cui la finalità di natura pubblicistica non esclude il fine lucrativo.

L'eventualità di una sovrapposizione tra le due discipline, come detto, è espressamente prevista e disciplinata dallo stesso PNA, che prevede che detti soggetti, al fine di evitare inutili ridondanze, qualora «adottino già modelli di organizzazione e gestione del rischio sulla base del d.lgs. n. 231/2001 nella propria azione di prevenzione della corruzione possono fare perno su essi, estendendone l'ambito di applicazione non solo ai reati contro la pubblica amministrazione previsti dal d.lgs. n. 231/2001 ma anche a tutti quelli considerati nella l. n. 190/2012, dal lato attivo e passivo, anche in relazione al tipo di attività svolto dall'ente».

I modelli di organizzazione e gestione così integrati vengono denominati piani di prevenzione della corruzione ("PPC"). E devono essere trasmessi alle amministrazioni pubbliche vigilanti e da queste pubblicati sul loro sito istituzionale.

I soggetti menzionati devono, inoltre, da un lato, definire nei propri modelli di organizzazione e gestione dei meccanismi di *accountability* che consentano ai cittadini di avere notizie in merito alle misure di prevenzione della corruzione adottate e alla loro attuazione e, dall'altro, nominare un responsabile per l'attuazione dei propri piani di prevenzione della corruzione.

Quest'ultimo, a detta del PNA, può anche «essere individuato nell'organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001».

Tale previsione, però, porta con sé non poche perplessità.

Da un lato, pone il problema di far coincidere il responsabile della prevenzione della corruzione, organo necessariamente monocratico, con l'organismo di vigilanza ("ODV"), che può essere tanto monocratico quanto collegiale e, soprattutto, che è esterno alle funzioni di amministrazione attiva della società (come invece si richiede debba essere il RPC)²⁰.

Da altro lato, apre il tema delle responsabilità del responsabile anticor-

²⁰ Di questa inconciliabilità si sono accorte ANAC e MEF che, nel richiamato documento congiunto 23 dicembre 2014, hanno previsto che il RPC sia scelto non tra i componenti dell'ODV, bensì tra i dirigenti con funzioni attive della società o, in loro mancanza, tra i funzionari muniti di adeguati poteri e competenze.

ruzione *ex lege* n. 190/2012 e della sua compatibilità con la struttura delle società pubbliche.

Come chiarito il RPC risponde in caso di commissione di un reato all'interno dell'amministrazione, sia sul piano dirigenziale (*ex art.* 21, d.lgs. n. 165/2001) sia sul piano disciplinare, oltretutto per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione.

Occorre chiedersi se anche in capo al RPC di un soggetto formalmente privato possano incardinarsi tali responsabilità, anche in considerazione del fatto che il d.lgs. n. 231/2001 nulla sancisce in merito alla responsabilità dell'ODV.

Per quanto attiene alle responsabilità disciplinare e dirigenziale, entrambe *species* del *genus* della responsabilità contrattuale, la natura privata della società controllata da una pubblica amministrazione non sembra costituire un problema insormontabile. Potendosi immaginare una eterointegrazione normativa dei rapporti negoziali privatistici che legano il dirigente privato preposto alla funzione anticorruzione all'ente e farne discendere l'applicazione di sanzioni o effetti sospensivi o risolutivi del rapporto analoghi a quelli previsti per i dirigenti pubblici preposti alla medesima funzione.

Più scivoloso è il tema della responsabilità erariale e quella per danno all'immagine della pubblica amministrazione, entrambe devolute alla giurisdizione contabile.

Una estensione di tale giurisdizione su dipendenti di società controllate, invero, sarebbe in linea con quella giurisprudenza della Corte dei Conti volta ad estendere la responsabilità amministrativa anche agli amministratori e dirigenti delle società partecipate, che sottintendeva la preoccupazione che, attraverso il ricorso a tale tipo societario, si volessero eludere i vincoli pubblicistici.

Tale giurisprudenza è stata però disattesa dalle Sezioni Unite²¹, secondo le quali alle società partecipate non si estende il regime della responsabilità amministrativa, stante la loro veste societaria, potendo semmai ascrivere un danno erariale ai responsabili dei ministeri e delle amministrazioni pubbliche titolari delle azioni per aver svolto in modo poco diligente il loro ruolo di azionisti²². Per le Sezioni Unite la giurisdizione contabile residua, in tali casi, per il solo danno direttamente provocato da tali ammini-

²¹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806; oltre che Cass., sez. un., n. 519/2010, n. 4309/2010, n. 10063/2011, n. 14655/2011, n. 14957/2011, n. 20941/2011, n. 3692/2012.

²² Vedi G.D'Auria, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.*, 2010, I, 1477 ss.

stratori all'ente pubblico (non in conseguenza di un danno al patrimonio dell'ente privato da questi partecipato), come nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione, non valendo, in questo caso la veste societaria privata a schermare la responsabilità dell'amministratore, in ragione dell'irrelevanza della natura pubblica o privata sia del modello organizzativo che degli strumenti operativi prescelti dall'amministrazione per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali²³.

Contro una generale estensione della giurisdizione contabile alle società partecipate depone, poi, il pacifico orientamento della Corte costituzionale (cfr. sent. n. 773/1988), la quale presuppone una *interpositio legislatoris* per configurare ed identificare la giurisdizione contabile, nel caso di specie assente, non potendosi ritenere idonea a tale scopo (quantomeno per le società controllate da amministrazioni centrali, rispetto alle quali nessun riferimento è rinvenibile nella l. n. 190/2012) la mera inclusione delle stesse come destinatarie della normativa anticorruzione in sede di PNA.

Piuttosto, in adesione alla recente tesi delle Sezioni Unite (sentenza n. 26283/2013), per la quale una responsabilità amministrativa per danno erariale può incardinarsi nei confronti di una società *in house* ovvero di una partecipata che abbia un regime che la assimili per molti aspetti ad una pubblica amministrazione, in virtù delle numerose deroghe legislative all'assetto di diritto comune (quali, ad es. la RAI), potrebbe ammettersi la giurisdizione contabile *ex* l. n. 190/2012 solo su queste società.

Per le società non *in house* o non a statuto speciale, pertanto, dovrebbe o escludersi la responsabilità erariale per il responsabile anticorruzione, con un indubbio indebolimento della cogenza della disciplina, attesa la funzione riparatorio/sanzionatoria che essa assicura, o ritenersi che la relativa azione si sposterebbe in sede civile ordinaria, ascrivendo al legale rappresentante della società il diritto di azione²⁴.

In questo ultimo senso potrebbe spiegarsi la (separata e specifica) pre-

²³ Vedi A. Sau, *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Ist. fed.*, 2010, 111 ss.

²⁴ Incerto, sul punto, pure il (nel resto) chiarissimo documento congiunto ANAC-MEF, il quale prevede «Quanto alle previsioni di cui ai commi 12 e 14 della l. n. 190/2012, correlate alla commissione di reati di corruzione o di ripetute violazioni del piano, esse ricadono, in primo luogo, in termini di responsabilità disciplinare, sul RPC. In relazione agli organi di amministrazione, ferme restando le responsabilità societarie previste dal d.lgs. n. 231/2001, nonché l'eventuale azione *ex* art. 2392 c.c. per gli eventuali danni cagionati alla società, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in qualità di azionista, promuoverà l'insediamento negli statuti societari di meccanismi sanzionatori a carico degli amministratori che non abbiano adempiuto agli obblighi previsti dalla normativa anticorruzione».

visione della responsabilità per danno erariale e per danno all'immagine della pubblica amministrazione da parte della l. n. 190/2012 che, come detto, per le Sezioni Unite (n. 26806/2009) spetta alla giurisdizione contabile per tutte le società in controllo pubblico.

La atomizzazione del danno all'immagine, che costituisce una *species* del danno erariale, connotata dalla natura non patrimoniale del danno, dalla funzione sanzionatoria della responsabilità e, dopo il c.d. Lodo Bernardo (art. 17, c. 30-ter, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102 e modificato dall'art. 1, c. 1, lett. c), n. 1), d.l. 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 ottobre 2009, n. 141), dalla sua accessorialità ad un reato, potrebbe infatti spiegarsi con la finalità di legittimare la azione contabile per questo danno "punitivo" anche allorché fosse, nel resto, il giudice civile quello competente in materia.

La responsabilità per danno all'immagine, a ben riflettere, specie dopo la sua quantificazione normativa (con una presunzione in teoria *iuris tantum*, ma sostanzialmente insuperabile) nella misura del *duplum* del prezzo della corruzione, tende ad allontanarsi sempre più da una ipotesi di responsabilità civile, per corrispondere invece all'archetipo di una responsabilità sanzionatoria, una sorta di *actio poenalis* moderna, che sta trovando sempre più spazio nella recente normativa pubblicistica²⁵. Nella sua espressa menzione il legislatore della l. n. 190/2012 ha probabilmente voluto assicurarsi che una tale azione fosse perseguita, a prescindere dalla veste formale dell'ente funzionalmente pubblico in cui viene a verificarsi il fatto corruttivo e dalla relativa giurisdizione.

La singolarità della responsabilità del responsabile anticorruzione di una società partecipata, peraltro, potrebbe portare anche a conclusioni differenti da quelle tratteggiate.

Valorizzando il tessuto normativo derivante dal combinato disposto del PNA e della legge anticorruzione (laddove parla, quantomeno a livello di enti territoriali, di società partecipate), potrebbe, infatti, cercarsi di affermare a tutto tondo la giurisdizione contabile ed, anzi, utilizzare gli argomenti e le suggestioni delle varie funzioni assegnate alla Corte dei conti dalla legge n.

²⁵ Sul danno all'immagine come ipotesi in cui il danno erariale è assorbito dalla sanzione, v. L. D'Angelo, *op. ult. cit.*, 11. Per una analitica e completa ricostruzione delle discipline di settore che hanno introdotto responsabilità sanzionatorie azionate dalla Corte dei conti v. V. Raeli, *Il modello della responsabilità amministrativa come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, in *lexitalia.it*, n. 5/2014.

Per la peculiarità di tali "sanzioni" nel giudizio contabile di danno, v. la ampia sistematizzazione di C. conti, sez. riunite, 27 dicembre 2007, n. 12 (occasionata dalla sanzione disciplinata dall'art. 30, c. 15, della l. 27 dicembre 2002, n. 289 – legge finanziaria 2003).

190/2012, per un tentativo di “riespansione” della giurisdizione erariale sulle società pubbliche (*ante arrêt* del 2009 delle Sezioni Unite).

O, rovesciando la prospettiva, potrebbe ritenersi che proprio la inconfigurabilità di una giurisdizione della Corte dei conti per danni patrimoniali sui responsabili di società non *in house*, evidenzi la illegittimità del PNA, laddove ha esteso al di là di questi soggetti, formalmente società commerciali, ma sostanzialmente persone giuridiche organo delle pubbliche amministrazioni, l’ambito dei destinatari della legge anticorruzione a livello centrale e laddove ha “scavalcato” le competenze, costituzionalmente garantite, delle Regioni in relazione a come estendere alle proprie partecipate ed a quelle degli enti locali il relativo regime (andando al di là dello stesso disposto dell’art. 1, c. 60, l. n. 190/2012, che riconosceva uno specifico ruolo alla Conferenza Unificata di cui all’articolo 8, c. 1, d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281).

Consapevoli della debolezza, proprio su questo punto, della base normativa del PNA il documento congiunto ANAC-MEF evoca la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata, per estendere alle controllate statali gli obblighi anticorruzione previsti (solo) per quelle degli enti locali. Operazione ermeneutica necessitata dalla perseguita prospettiva funzionale di espansione della disciplina anticorruzione. Ma che i rilievi sopra esposti hanno evidenziato come estremamente opinabile.

Forse servirà la parola del legislatore.

Abstract

This study intends to illustrate the inconsistencies of Law No. 190/2012, and, specifically, the limits of a wide interpretation of the scope of the Anti-corruption regulation.

Starting from the analysis of the functions and of the liability of the person responsible for Anti-corruption prevention, the Author, on one side, represents how difficult applying the Anti-corruption regime to state-owned companies is, and, at the same time, raises doubts about the legitimacy of the Anti-Corruption National Plan itself.

Remarks offered in this study only in part have found answer in or have been confirmed by the document that ANAC jointly with the Ministry of Economy and Finance prepared during the draft of this study. The other part has been sidestepped instead.

Finally, this study emphasizes on the need of a new legislation aimed to give to the Anti-Corruption National Plan a real legislative support and, similarly, to solve practical problems inherent to the liability of the person in charge of Anti-cor-

fabio elefante

ruption prevention that, where not solved, may determine uncertainty in interpreting the law or the ineffectiveness of the Anti-corruption regulation.

DARIO DAMIANO

LE SOCIETÀ PARTECIPATE E GLI OBBLIGHI DI TRASPARENZA FINALIZZATI A SCONGIURARE IL VERIFICARSI DI FENOMENI CORRUTTIVI

SOMMARIO: 1. Premessa. L'apolidia delle società a partecipazione pubblica nel panorama giuridico nazionale. – 1.2. Cenni sulle caratteristiche del modello. – 1.3. L'annosa problematica della natura giuridica delle società miste. – 2. Cenni essenziali sulla trasparenza: le tappe di una metamorfosi concettuale. – 2.1. La l. n. 190/2012 e la trasparenza concepita come viatico nella lotta alla corruzione. – 2.2. Incidenza del d.lgs. n. 33/2013 sul campo soggettivo di applicazione degli obblighi *ex art. 1, c. 15-33, l. n. 190/2012*. – 2.3. Segue. La (probabile) prova regina: tecniche di redazione di fattispecie. – 2.4. Interferenze ufficiali: la circolare n. 1/2014. – 2.5. Le innovazioni apportate dal d.l. n. 90/2014, così come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014. – 2.6. Il “Documento condiviso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze”.

1. Premessa. L'apolidia delle società a partecipazione pubblica nel panorama giuridico nazionale

Difficilmente un istituto riesce a dare la misura dell'evoluzione degli ultimi anni meglio della società partecipata. Essa, proprio per i suoi molteplici collegamenti, probabilmente rappresenta oggi l'esempio più significativo di intercomunicazione giuridica¹. Dal suo carattere “ibrido”, la conse-

¹ Si pensi a tutte le problematiche che ha sollevato negli ultimi anni la questione dell'applicabilità o meno a tali soggetti del d.lgs. n. 231/2001, disciplinante la “Responsabilità amministrativa degli enti da reato”. Sulla questione il dibattito è ancora aperto, nonostante due recenti e importanti interventi della Corte di cassazione (28699/2010 e 234/2011). Per uno degli ultimi commenti in materia, v. C. Russo, *La responsabilità penale delle società pubbliche*, in *Informator*, 2013, 4, 102 ss., col quale l'A. critica la posizione espressa dalla Suprema Corte nel 2010 e confermata nel 2011. Per una ricostruzione sufficientemente esaustiva dell'argomento, si consiglia la consultazione di S. Bartolomucci, *Il comparto della sanità: analisi di scenario tra*

guente “apolidia” richiamata nell’instestazione del paragrafo e l’attenzione trasversale di cui è costantemente tributaria. Si tratta senza dubbio di un valore aggiunto, ma necessita di un monito: come dovrebbe valere per tutte le integrazioni, anche qui non va dimenticato che i vari elementi che si incontrano, per quanto ciò possa risultare invitante, non devono anche confondersi, perdendo gli aspetti salienti della propria identità².

Ciò detto, si può indubbiamente tentare, nei limiti del possibile³, di

azione penal-preventiva ex d.lgs. n. 231/2001 e clinical governance, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, 2009, 52 ss.; R. Bricchetti, *Non può sottrarsi alla responsabilità amministrativa la società di raccolta rifiuti di derivazione comunale. Per l’esonero insufficiente la natura pubblicistica se c’è lo svolgimento di un’attività economica*, in *Guida al Diritto*, 2011, 5, 104, ss.; A. Cugini, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1909 ss.; F. D’ Arcangelo, *le società a partecipazione pubblica e la responsabilità da reato nell’interpretazione della giurisprudenza di legittimità (commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 28 06 99/10) in la Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 04, 2010, 183 ss.; O. Di Giovine, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. Pen.* 2011, 5, 1889 ss.; G. Fares, *La responsabilità dell’ente pubblico per i reati commessi nel proprio interesse*, in *Cass. pen.*, 2004, 6, 2201, ss.; G. Fidelbo, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. Pen.* 2010, 12, 4079.; P. Ielo, *Società a partecipazione pubblica e Responsabilità degli Enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 02, 2009, 101 ss.; L. Fruscione, B. Santacroce, *La 231 sorveglia le spa comunali*, in “*il sole-24 ore*” del 31, 01, 2011; F. Lombardo, *Responsabilità ex 231 anche per le spa miste*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 10, 2010, 63 ss.; C. Manacorda, *Le nuove frontiere del decreto 231: l’attività economica pubblica*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 3; Id., *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 1, 156, ss.; N. Menardo, *Sulle responsabilità da reato dell’ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2011, 11.; M. Pelissero-G. Fidelbo, *La “nuova” responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. n. 231/2001)*, in *Legislazione penale*, 2002, 575, ss.; A. Rossi, *La responsabilità degli enti (d.lgs. n. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 2, 179 ss.; Id., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in AA.VV., *Responsabilità penali e rischio nelle attività mediche e di impresa – Un dialogo con la giurisprudenza*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 393, ss.; Serafini, *Riflessioni sull’applicazione del d.lgs. n. 231/2001 alle società pubbliche. Il caso Enav spa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 2, 225 ss.; L. Stortoni, D. Tassinari, *Natura della responsabilità, soggetti e disciplina applicabile in Diritto e pratica delle società*, 2, 2005, 11 ss.; F. Vignoli, *Brevi note sulla controversa responsabilità “ da reato” ed erariale della società a partecipazione pubblica La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 4, 107 ss.

² Su questi aspetti non è possibile soffermarsi oltre. Tuttavia, per chi voglia approfondire la questione, si segnalano le efficaci e stimolanti riflessioni contenute in un recente saggio, redatto in forma di intervista, da due insigni studiosi del nostro diritto amministrativo, S. Cassese, L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, Il mulino, 2014. Con specifico riferimento all’oggetto di cui si discorre, si v. 77 ss.

³ Non sempre, infatti, l’elaborazione di un istituto o la soluzione fornita ad un problema è trapiantabile *sic et simpliciter* da un campo all’altro del diritto. A volte si verificano casi

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

sfruttare questa multidisciplinarietà. E di avvicinarsi alle società partecipate con un approccio di più ampio respiro.

1.2. Cenni sulle caratteristiche del modello

L'attività di impresa può essere svolta – ai sensi degli artt. 41 e 43 Cost. – anche dallo Stato e dagli altri enti pubblici⁴. Tre sono le possibili forme di intervento da parte dei soggetti testé indicati nell'economia⁵:

- svolgimento *diretto* di attività di impresa, avvalendosi di proprie strutture organizzative, prive di distinta soggettività, ma dotate di una più o meno ampia autonomia decisionale e contabile (cd. *imprese-organo*, caratterizzate dal fatto che l'attività di impresa è secondaria ed accessoria rispetto ai fini istituzionali dell'ente pubblico);

- esercizio *indiretto* attraverso la costituzione di enti di diritto pubblico il cui compito istituzionale esclusivo o principale è l'esercizio di attività di impresa (cd. *enti pubblici economici*, fino agli anni '90 il nucleo fondamentale dell'impresa pubblica, oggi – a seguito del fenomeno delle privatizzazioni – quasi tutti trasformati in società per azioni a partecipazione statale);

- esercizio *indiretto*, attraverso la costituzione di (o la partecipazione in) società partecipate.

Le società partecipate⁶ sono società di capitali – S.p.A. o S.r.l. (non

di “fisiologica incomunicabilità”, dovuti ad ontologiche diversità settoriali. Si pensi al caso paradigmatico della definizione di pubblico servizio: si può dire che ogni settore dell'ordinamento giuridico conosce la propria (ma anche se si va nel “metagiuridico” non si fatica a trovarne: nel caso di specie ad esempio, viene in rilievo quella elaborata nell'ambito delle scienze economico-sociali): il riferimento è al diritto penale, artt. 357 e 358; al diritto sindacale, relativamente alla tematica dello sciopero nei servizi pubblici essenziali; al diritto costituzionale e così via. Ognuna di esse, però, può e deve restare ancorata al settore di appartenenza, perché la sua elaborazione in un modo piuttosto che in un altro è stata influenzata (*rectius*: contaminata) da quelle caratteristiche e da quelle peculiarità che contraddistinguono l'ambito in cui è nata. Di “contaminazione” parla anche autorevole dottrina in un recente contributo, M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 3, 505 ss., 507. Si cfr. anche 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*, Torino, Giappichelli, 2008, 1 ss.

⁴ S. Cassese, *Le imprese pubbliche come strumento e come oggetto della politica economica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 3, 722 ss., *passim*.

⁵ G. F. Campobasso, *Diritto commerciale 1, Diritto dell'impresa*, Padova, Cedam, V ed., 2006, 76 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli, C. Granelli, XX ed., Milano, Giuffrè, 2011, 929 ss.

⁶ Voler fornire una bibliografia dettagliata dei contributi in materia di società a parte-

anche Società in accomandita per azioni, in quanto questa possibilità, a dif-

cupazione pubblico-privata degli ultimi venti anni richiederebbe di utilizzare almeno due terzi dello spazio dedicato al presente lavoro. Pertanto, senza nessuna pretesa di esaustività e limitatamente al periodo indicato, ci si limita a segnalare all'attenzione del lettore, A. Rota Porta, *Le società partecipate pubbliche: in posizione "border-line" tra diritto del lavoro pubblico e privato*, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2014, 1, 105 ss.; A. Maltoni, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 7, 1791 ss.; A. Guerrieri, *Società miste, socio privato e compiti operativi*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 5, 593 ss.; R. Rordorf, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 2013, 12, 1326 ss.; M. Roversi Monaco, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2013, 1, 89, ss.; M. Mattalia, *Società miste e "distorzione" della concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 6, 723 ss.; T. Bonetti, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del Federalismo. Quaderni*, 2011, 10 ss.; F. Guerrero, *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010; V. Antonelli, *Rassegna giurisprudenziale comunitaria e nazionale sulle società di servizi pubblici: l'in house providing e le società miste*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, 3-4, 757 ss.; M. Atelli, *Le società miste*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2009, 9, 1130 ss.; M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; F. Goisis, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 1, 396 ss.; Id., *Società a partecipazione pubblica*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5600 ss.; R. Caranta, *Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 11, 1120 ss.; S. Pilato, *L'impresa pubblica: l'evoluzione della giurisprudenza nell'analisi dei fenomeni societari*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, 3-4, 350 ss.; R. Rotigliano, *Le società miste secondo la Plenaria e l'Unione Europea*, in *Urb. app.*, 2008, 8, 1017 ss.; C. Chiappinelli, *Società miste: identificazione assoluta tra interesse pubblico e concorrenza*, in *Guida al Diritto – Dossier*, 2008, 6, 95 ss.; H. Simonetti, *(In tema di società miste)*, in *Foro it.*, 2008, 4, pt. 3, 161 ss.; H. Simonetti, *(In tema di) società miste*, in *Foro it.*, 2008, 2, pt. 3, 69 ss.; H. Simonetti, *Recenti orientamenti in tema di società miste*, in *Foro it.*, 2007, 12, pt. 3, 611 ss.; M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti "in house" e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 7, 893 ss.; S. Rostagno, *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in *Giust. amm.*, 2007, 2, 333 ss.; A. Plaisant, *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti?*, in *Giust. amm.*, 2007, 2, 339 ss.; F. S. Cantella, *Le società miste come modello ("eccezionale"?) di organizzazione del servizio*, in *Giust. amm.*, 2007, 2, 354 ss.; B. Rinaldi, *Sulla nozione di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica e sui limiti all'applicazione dell'evidenza pubblica*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 6.; C. Volpe, *Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua*, in *Urb. app.*, 2006, 11, 1343 ss.; M.R. Spasiano, *Nuovi limiti alle società pubbliche e miste nel decreto Bersani*, in *Giust. amm.*, 2006, 5, 959 ss.; D. De Pretis, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 2, 803, ss.; M.P. Chiti, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, 3, 1161 mss.; G. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, pt. S, 156 ss.; E. Scotti, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 915 ss.; J. Bercelli, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*, in *Urb. app.*, 2005, 6, 640 ss.; M. P. Chiti, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 4, 79 ss.; G. Gruner, *Consi-*

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

ferenza delle prime due non è espressamente prevista dalla legge) – nelle quali un ente pubblico detiene un determinato margine percentuale di partecipazione.

La società per azioni (o a responsabilità limitata) può essere o interamente di diritto privato, cioè le sue azioni (o quote) possono appartenere esclusivamente a soggetti privati, oppure a partecipazione pubblica (si tratta di quei casi in cui una determinata percentuale di azioni o quote è detenuta da uno o più⁷ enti pubblici). In questo secondo caso, la partecipazione dell'ente pubblico può essere totale ovvero parziale. La partecipazione parziale, che dà vita ad una c.d. "società a capitale misto pubblico-privato", può a sua volta, poi, essere maggioritaria o minoritaria.

Tra società a totale partecipazione pubblica e società miste non sussistono significative differenze che esulino da quelle che normalmente già intercorrono tra i vari tipi di società partecipate: come si vedrà più avanti, infatti, benché ci si riferisca ad esse con una denominazione unitaria, le società partecipate rappresentano una costellazione di enti in cui ciascuna mantiene le proprie peculiarità e che solo ricorrendo ad una *fictio iuris* si può arrivare a raggruppare in un *genus* unitario, dove il minimo comune denominatore è rappresentato dalla partecipazione detenuta dall'ente pubblico al loro interno.

derazioni intorno alle società pubbliche dello Stato, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 701 ss.; G. Panzironi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 4 ss.; S. Zaramella, *Servizi pubblici: società miste*, in *Studium iuris*, 2003, 11, 1388 ss.; M. Dugato, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 2, 154, ss.; F. Genghi, *Le società miste*, in *Nuova rass.*, 2000, 17, 1825 ss.; F. Gaffuri, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 255, ss.; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 3-4.; L. Giampaolino, *Società miste nell'evoluzione della legislazione sui lavori pubblici*, in *App. urb. ed.*, 1998, 10, 515 ss.; R. Ventura, *Le società miste tra pubblico e privato: osservazioni in margine a un caso recente*, in *Giur. it.*, 1998, 8-9, 1655 ss.; G.F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. società*, 1998, 2-3, 390 ss.; G. Celata, *I nuovi moduli organizzatori per la gestione dei servizi pubblici. Le società "miste" secondo l'orientamento della Cassazione e alla luce della recente disciplina regolamentare (d.P.R. 533/1996)*, in *App. urb. ed.*, 1997, 7-8, 781 ss.; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 51 ss.; L. Righi, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 2.; M. Locati, *Le società miste: gestione privata e controlli pubblici*, in *Nuova rass.*, 1995, 9, 1053 ss.; G. Caia, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2, 172 ss.

⁷ La possibilità che più enti pubblici si spartiscano la partecipazione societaria (in quel caso si trattava di partecipazione totalitaria, ma ciò dovrebbe valere senza problemi indipen-

Ciò comporta la difficoltà di individuare la disciplina loro applicabile⁸.

Nonostante questo, sono individuabili una serie di norme di portata, per così dire, generale, operanti per tutte le società nelle quali un ente pubblico detenga una partecipazione. Si pensi, ad es., all'art. 13, d.l. n. 223/2006 (c.d. *Decreto Bersani*) che pone limitazioni all'attività delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività. Oppure all'art. 4, c. 13, d.l. n. 95/2012. O, ancora, all'art. 97 Cost., che sancisce il principio dell'equilibrio del bilancio e della sostenibilità del debito pubblico, applicabile, secondo la Corte dei conti, anche alle società a partecipazione pubblica (note per essere uno dei principali strumenti di sperpero del danaro pubblico).

1.3. *L'annosa problematica della natura giuridica delle società miste*

Particolarmente dibattuta è la natura giuridica, pubblica o privata, delle società miste.

dentemente dal *quantum* della partecipazione) è stata ammessa espressamente da CGCE, Sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*.

⁸ Sul punto è intervenuta di recente la Corte di Cassazione con due sentenze, nn. 22209/2013 e 26283/2013, pubblicate in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 5, 490 ss., con nota di S. Del Gatto, *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*. Il riferimento è già contenuto a p. 4, nt. 6. Particolarmente problematica, anche in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali, è l'individuazione del regime della responsabilità – anche e soprattutto in relazione ai relativi profili di giurisdizione – degli amministratori delle società a partecipazione pubblica; sul punto, si leggano i recenti contributi di W. Giulietti, *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in *Giustamm.it*, 2014, 5, 18 ss.; M. Macchia, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 4, 381 ss.; C. Croci, *Le società partecipate pubbliche: concorrenti profili di responsabilità civile e amministrativa e contabile, nei casi di crisi e di insolvenza*, in *Nuovo dir. società*, 2014, 6, 80 ss.; C. Plantamura, *Società pubbliche locali: controllo e responsabilità degli amministratori*, in *Informator*, 2013, 4, 93 ss.; G. Montedoro, *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 11, 3589 ss.; F. Di Marzio, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. societario*, 2012, 4, pt. 3, 770 ss.; C. Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 2012, 5, pt. 1, 641 ss.; G.F. Nicodemo, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, 6, 1498 ss.; L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, 323 ss.; B. L. Boschetti, *Società pubbliche e giurisdizione. Giurisdizione amministrativa sugli atti prodromici alla costituzione di società pubbliche*, in *Guida al Diritto – Dossier*, 2011, 9, 24 ss.; G. La Torre, *Amministratori e dipendenti di società pubbliche partecipate: giudizio di responsabilità e giurisdizione*, in *Amm. it.*, 2011, 11, 1441 ss.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

Qui è necessaria una premessa. A ben vedere, il problema può ragionevolmente porsi solo laddove esse si caratterizzino per una serie di aspetti che le allontanano dalla “classica” disciplina che il codice civile riserva in generale alle società (artt. 2247 ss.). Sicché, se non sussistono significative deviazioni in tal senso, non c’è ragione di dubitare della natura privata⁹.

Qualora invece la società sia soggetta ad una regolamentazione – anche solo per certi versi – difforme da quella classica, la questione della relativa natura manifesta tutta la sua pregnanza. A questo punto, si tratta veramente di valutare se e fino a che punto tali deroghe siano in grado di attribuire alla società natura pubblicistica. Sul punto, si discute.

Per una prima opinione, non è mai possibile: la veste societaria traina con sé la caratterizzazione privatistica dell’ente¹⁰. Sottoporsi al regime societario non può non comportare il perseguimento dello scopo di lucro. Da

⁹ Va segnalato che spesso sono state avanzate delle riserve, proprio a monte, circa la compatibilità con il nostro sistema di tipi societari che si allontanano dal modello “normale”. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale (sent. n. 35/1992), la quale, nel fornire al quesito una risposta sostanzialmente affermativa, subordina la legittimità della deviazione al rispetto di due condizioni concorrenti:

1) le deroghe in discorso devono essere esplicitamente preordinate ad attuare la conformazione a finalità pubblicistiche dello strumento societario;

2) l’ente pubblico partecipante deve possedere almeno la maggioranza delle azioni (o quote).

¹⁰ Cass., Sez. un., 8454/1998; 4989/1995; 7799/2005; Tar-Toscana, II, 875/2009. In dottrina, nel senso della natura privatistica delle società miste, F. Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5600 ss.; Id., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1, 396 ss. Per l’A., lo scopo di lucro che (ex art. 2247, cc) caratterizza in generale il modello societario risulta incompatibile con l’attribuzione alle società miste di soggettività pubblica. Ciò sarebbe confermato *in primis* dalla giurisprudenza europea e, in seconda battuta (nonostante le contrarie apparenze), dalla lettera dell’art. 3, co. 27, della legge finanziaria per il 2008. Nella stessa direzione muove G. Greco, *Argomenti*, cit., 64, nt. 61, laddove parla di «figure soggettive [...] formalmente e sostanzialmente privatistiche». A soluzioni analoghe perviene – sia pure ai fini della diversa indagine riguardante la possibilità di assoggettamento al fallimento – P. Piscitello, *La selezione delle imprese fallibili e la “frammentazione” del piccolo imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 4, pt. 2, 399 ss. Si tratta della soluzione, generalmente, accolta anche dalla tradizionale manualistica di diritto commerciale, si v., ad es., G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 1*, cit. 77, laddove si sottolinea la natura privata «quand’anche tutte le azioni o quote appartengano allo Stato o ad altro ente pubblico». In ambito penalistico, con riferimento al già richiamato problema dell’applicabilità delle norme del D.Lgs. 231/2001, P. Ielo, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, 2009, 107, dove si legge: «[...] pare assai dubbia la possibilità che le partecipate pubbliche possano essere considerate enti pubblici». In nota l’A. fa salva la «sola eccezione del cd. affidamento *in house*».

un lato, perché significa tutelare il socio/i privato/i. Dall'altro, perché il fine è ben enucleato dal codice civile che parla di riparto degli utili (art. 2247). Senza contare che la stessa Relazione illustrativa al Codice civile prevede la possibilità che lo Stato partecipi a società, purché, però, la disciplina da seguire sia quella dettata dal Codice stesso. In quest'ottica la società partecipata non potrebbe mai assurgere ad ente pubblico, nella misura in cui lo scopo di lucro che si porta dietro è ontologicamente incompatibile con le regole di diritto amministrativo (ed in specie con l'interesse pubblico).

Da alcuni, vengono segnalate solo due eccezioni alternative. Si tratta dei casi in cui:

- a) o è la stessa legge ad escludere espressamente la causa lucrativa;
- b) oppure l'oggetto sociale è incompatibile con la finalità di trarre utili dall'attività societaria¹¹.

Dall'altro lato, invece, una diversa impostazione sembra ritenere le alterazioni di disciplina in grado di attribuire natura pubblicistica alla partecipata, purché siano tali da comportare *effettivamente* una consistente deviazione dallo schema societario sotto il profilo genetico, organizzativo, funzionale¹². Da un lato rileverebbe in tal senso la prevalenza della sostanza sulla forma; dall'altro, la preoccupazione che i principi e le norme di garanzia dell'interesse pubblico propri del diritto amministrativo rischino di essere aggirati attraverso la sostituzione dei soggetti pubblici con enti privati¹³. Re-

¹¹ Un fugace richiamo ad esse è contenuto in R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Neldiritto, 2013, 155.

¹² Tra le altre si richiamano: C. cost., n. 466/1993; Cons. St., nn. 498/1995; 1885/2000; 1206/2001; Cass., sez. un., n. 4991/1995. Sul punto, si è incidentalmente pronunciata anche la giurisprudenza penale, nell'ambito del problema della configurabilità o meno dei "Delitti contro la Pubblica Amministrazione", Cass.V, 19.05.2003, *Passaro*; VI, 18.06.2007, *Nicolò*. In dottrina un'eccellente ricostruzione in questo senso è quella offerta da G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A., Contributo allo studio delle «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*. Tale assunto costituisce anche la struttura portante di un innovativo lavoro monografico, tendente ad individuare nella stessa "genetica" delle società di capitali (in particolare delle S.p.A.) l'immanenza dell'interesse pubblico, M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Jovene, Napoli, 2012. Seguendo l'impostazione privatistica, si è anche parlato di progressiva "neutralizzazione" del modello societario, M. Levis-C. Manacorda, *Verso la neutralità del modello societario: la società mista*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 20, 44 ss. Si colloca nel solco di questa impostazione anche G. Gruner, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 701 ss. Definisce, invece, la neutralità un «falso mito», attribuendo la responsabilità del suo rafforzamento al diritto comunitario, M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità*, cit., 508. Per una recente presa di posizione in tal senso da parte del giudice amministrativo, si v. E. Capasso, *Le società partecipate tra funzione e struttura rivestita: il T.A.R. Lazio prende posizione affermando la natura pubblicistica di Consip s.p.a.*, in *Riv. amm.*, 2009, 11-12, pt. 3, 763 ss.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

lativamente ai casi concreti in cui ciò si verifica si registra, però, un significativo divario tra due indirizzi. Secondo alcuni, sarebbe sufficiente che la società sia stata istituita con un atto legislativo che ne determini (quantomeno):

- 1) denominazione;
- 2) scopo;
- 3) necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria.

La giurisprudenza¹⁴, tuttavia, ritiene anche necessario che la società presenti un regime giuridico le cui regole di organizzazione e funzionamento denotino:

- 1) una consistente alterazione dal modello societario tipico¹⁵;
- 2) la completa attrazione della stessa nell'orbita pubblicistica.

Per completare la rassegna delle posizioni relative alla natura delle società a partecipazione mista, pubblico-privata, vanno segnalate tutte quelle teorie che potremmo definire "mediane", in quanto si collocano a metà strada tra coloro che affermano sempre e comunque la natura privata della società mista e coloro che, al contrario, ne difendono la relativa caratterizzazione pubblica.

Un primo gruppo di esse¹⁶, propone un criterio dirimente di tipo "quantitativo". Per stabilire se una società partecipata ha natura pubblica o privata, bisogna guardare alla misura della partecipazione detenuta dal soggetto pubblico: se è maggioritaria, ciò si può interpretare quale «chiaro indice della volontà dell'ente pubblico di tener fermo un controllo in qualche modo pervasivo sull'ente di creazione», cui andrà riconosciuta, quindi, natura eminentemente pubblicistica; se, invece, è minoritaria, ciò tradisce la natura privatistica della società.

Altri¹⁷, invece, ritengono più opportuno distinguere tra "società di

¹³ La critica di M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità*, cit., 514 ss., sul punto si attesta sulla considerazione che il legislatore nazionale e quello comunitario hanno scongiurato la concretizzazione del suddetto rischio, attraverso l'estensione delle regole sugli appalti pubblici a gran parte dei soggetti privati partecipati dalle amministrazioni.

¹⁴ *Ex multis*, Cons. St., nn. 1303/2002; 4711/2002; 5241/2003; 5379/2010.

¹⁵ Un po' alla stregua dell'individuazione di quegli indici di pubblicità che nel passato sono stati particolarmente utilizzati per individuare gli enti pubblici e che oggi hanno un ruolo ben più marginale (sebbene, almeno nei casi dubbi, ancora tangibile). In dottrina viene criticato questo approccio, M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità*, cit., 511 ss.

¹⁶ A. Cugini, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1909 ss.

¹⁷ M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei*

mercato” – in cui l’ente opera alla stregua di qualunque altro soggetto presente sul mercato – e “semi-amministrazioni” in cui la società rappresenta una sorta di *longa manus* dell’amministrazione¹⁸.

Quella della natura giuridica della società partecipata non è una questione di poco momento. Se si la si qualifica come “ente pubblico”, infatti, ne derivano logicamente tutta una serie di conseguenze rilevanti che vanno a pieno titolo ad investire la disciplina ad essa applicabile.

Innanzitutto, il regime degli atti non è più quello di natura privata, ma quello proprio degli atti amministrativi (si pensi alle conseguenze in materia di impugnazione, di applicabilità agli atti nulli del regime del 21septies l. 241/1990 piuttosto che di quello della nullità delle delibere societarie). In secondo luogo, va applicato il principio di proporzionalità (principio cardine del sistema secondo la Corte Costituzionale). In terzo luogo, ne derivano conseguenze anche in materia di applicazione del vincolo di bilancio e del patto di stabilità interno. In quarto luogo sorge l’esigenza di rispettare il principio di economicità dell’azione amministrativa (nel senso di limitare al massimo gli sprechi, cercando di perseguire i propri obiettivi col minore esborso possibile). In quinto luogo, diviene obbligatorio anche il rispetto del principio del buon andamento (v. *infra*, par. 2), inteso quale vincolo a produrre risultati utili per la collettività. In quinto luogo, è indiscusso che la questione sia almeno in astratto in grado di incidere sulla fallibilità (e l’assoggettabilità alle altre procedure concorsuali) della società, come emerso in alcune recenti questioni¹⁹.

Dubbia, invece, la rilevanza della questione sul regime degli obblighi di trasparenza (v. *infra*, par. 2) e su quello di accesso agli atti.

tipi e le regole del diritto privato, cit.; C. Ibba, *Tipologia e natura delle società a partecipazione pubblica*, in F. Guerreria (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010.

¹⁸ A. Cugini, *Le società miste*, cit.; V. Torano, *Contributo sulla definizione di «Pubblica Amministrazione» rilevante per l’applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm.* – *CdS*, fasc. 4, 2013, 1051 ss.

¹⁹ Contrari all’esenzione sono, tra gli altri, M. Dugato, *L’imperturbabile stabilità*, cit., 509 ss.; P. Piscitello, *La selezione*, cit. In questo senso, viene in rilievo una sentenza della sezione IV civile e fallimentare del Tribunale di Palermo n. 101 del 27 gennaio 2010, che ha concluso per l’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 fa acquisire la qualifica di imprenditore commerciale.

2. Cenni essenziali sulla trasparenza: le tappe di una metamorfosi concettuale

Comunemente collegato alla considerazione secondo cui una p.A. più trasparente è anche più incentivata a comportarsi secondo canoni di diligenza e imparzialità²⁰, il principio di trasparenza indica la conoscibilità esterna dell'azione amministrativa e la sua controllabilità²¹ dall'esterno e costituisce espressione dei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento²².

Proprio per le caratteristiche delineate, esso è considerato uno degli aspetti fondamentali dell'azione amministrativa, il cui ossequio da parte del legislatore richiede un fondamentale impulso alla partecipazione del cittadino alle attività dei pubblici poteri²³. È un concetto cui si fa spesso riferi-

²⁰ Considerazioni che ne rappresentano la *ratio ispiratrice*, G. Passarelli, *Lezioni di diritto amministrativo*, Altalex, 2013, 533.

²¹ R. Garofoli, G. Ferrari, *op. cit.*, 601.

²² R. Chieppa, R. Giovagnoli, *op. cit.*, 388. Si discute, tuttavia, sulla natura del principio di trasparenza. Per alcuni autori, si tratta di un mero corollario del principio di pubblicità, Garofoli, *op. cit.*, 601. Altra opinione, invece, ritiene che la trasparenza non possa essere confusa con la pubblicità o con l'accesso agli atti amministrativi rappresentando rispetto a questi ultimi un *quid pluris* che impone alla pubblica amministrazione un obbligo alla comprensibile esplicitazione del potere di cui è depositaria, F. Del Grosso, V. Esposito, G. Passananti, *Il diritto sociale alla trasparenza tra il diritto di accesso e l'accesso civico (il decreto 33/2013 di riordino degli obblighi di pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni)*, in *Diritto.it*, 3; F. Manganaro, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, "Astrid rassegna", 2009, 2, «troppo spesso [...] la trasparenza viene svuotata di contenuto o, al contrario, confusa con la pubblicità o il diritto di accesso [...] il principio di trasparenza è un fine per il quale sono strumentali la pubblicità e il diritto di accesso, ma, a sua volta, costituisce uno strumento per evitare elusioni del principio di concorrenza e accordi illeciti o corruttivi». Per la permanenza di questa distinzione, nonostante le apparenze contrarie, anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 33/2013, A. Simonati, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 4, 2013, 749 ss., *passim*.

²³ R. Chieppa, R. Giovagnoli, *op. cit.*, 639. Per un'essenziale *focus* sul tema, nel variegato panorama dottrinale, si segnalano al lettore P. Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2014, 4, 60 ss.; V. Giannotti, *Evoluzione della trasparenza per gli enti locali dalla Legge Brunetta ad oggi*, in *La Finanza Locale*, 2013, 2, 14 ss.; C. Paolini, *La legge anti-corruzione nell'ente locale: la trasparenza e l'integrità dell'amministrazione*, in *Comuni d'Italia*, 2013, 1/2, 13 ss.; F. Capelli, *Trasparenza e lotta alla corruzione: necessità di avviare corsi di formazione in materia di controlli all'interno della pubblica amministrazione*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2013, 3, 565 ss.; 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 Diritto e pratica tributaria*, 2012, 5, pt. 1, 1039 ss.; C. Carpentieri, *Lo scambio trasparenza/semplificazioni*, in *Corriere tributario*,

mento attraverso la risalente, ma ancora oggi efficace, metafora della “casa di vetro”²⁴.

La necessaria comprensibilità dell’azione amministrativa appare coerente con una diffusa etica di sicurezza giuridica che, in uno Stato di diritto, non può non informare i rapporti cittadino-amministrazione²⁵, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale²⁶. Non a caso, infatti, una definizione abbastanza consolidata, individua nella trasparenza – dal latino *trans*

2012, 1, 24 ss.; M. Tanturli, *Il diritto di accesso tra legge sulla trasparenza amministrativa e legge sulla tutela della privacy*, in *Il Diritto Sanitario Moderno*, 2009, 3, 131 ss.; M.G. Losano, *Trasparenza o privacy? Due recenti polemiche italiane*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2008, 4-5, 471 ss.; M. Giovannini, *La trasparenza nell’attività della P.A.: il responsabile del procedimento e il diritto di accesso*, in *Il Diritto Sanitario Moderno*, 2008, 2, 97 ss.; C. Cudia, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all’informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, 99 ss.; D.U. Galetta, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 265 ss.; L. Lovecchio, *Le novità del correttivo IRES sulla trasparenza delle società di capitali*, in *Bollettino tributario d’informazioni*, 2005, 23, 1778 ss.; D. Ventresca, *Le novità in arrivo in materia di trasparenza amministrativa*, in *Rassegna di diritto e tecnica doganale e delle imposte di fabbricazione*, 2003, 10, 685 ss.; M. Migliazza, *Brevi riflessioni sugli sviluppi della trasparenza nell’Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 3, 1351 ss.; V. Pedaci, *Notazioni sugli istituti della trasparenza: partecipazione al procedimento e diritto d’accesso*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2000, 20, 2195 ss.; Id., *La trasparenza del nuovo diritto amministrativo: gli istituti della partecipazione e dell’accesso*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1999, 10, pt. 2, 901 ss.; C. Ali, *La legge 7-8-1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, sulla trasparenza sul diritto di accesso: una chimera – l’attività dei comuni resta al riparo di occhi indiscreti – i sudditi possono attendere*, in *L’Amministrazione italiana*, 1998, 2, 235 ss.; M. Ricciardi, *Appunti su segreto di Stato e principio di trasparenza*, in *Politica del diritto*, 1993, 1, 35 ss.; P. La Rocca, *Trasparenza amministrativa: diritto di accesso e di copia dei documenti amministrativi*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1992, 23-24, 2486 ss.; R. Laschena, A. Pajno, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1990, 1, 5 ss.; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell’azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 46 ss.

A livello monografico risultano molto utili per la comprensione in profondità dell’argomento, tra gli altri, A.G. Orofino, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, Cacucci, 2013; A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell’analisi giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2009; Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. Merloni, Milano, Giuffrè, 2008; Aa.Vv., *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge 7 agosto 1990, n. 241: atti del convegno svoltosi a Siena 30 ottobre 1992*, a cura di M. Clarich, in *Supplemento a Mondo Economico*, 9, 1993.

²⁴ Si tratta di una celebre espressione coniata da Filippo Turati nel 1908: «dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell’amministrazione dovrebbe essere di vetro», F. Turati, in *Atti del Parlamento italiano — Camera dei Deputati*, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, 22962.

²⁵ F. Del Grosso, V. Esposito, G. Passananti, *Il diritto sociale*, cit., 4.

²⁶ Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

parere – la finalità di «far apparire, lasciar vedere, lasciar conoscere; conoscere come mezzo anche per far partecipare i cittadini», introdurli a partecipare alla gestione della cosa pubblica e vedere come si formano gli elementi necessari per determinare le scelte e quali sono le ragioni e giustificazioni di un determinato provvedimento amministrativo²⁷.

Ciò detto, la piena realizzazione del principio di trasparenza ha conosciuto un *iter* abbastanza travagliato. Se la necessità di conoscere l'attività della pubblica amministrazione era avvertita già molto tempo prima della legge sul procedimento amministrativo (che, com'è noto, oggi la annovera espressamente tra i suoi principi cardine), per un compiuto disvelamento delle attività espletate dall'amministrazione a causa o comunque nel perseguimento dell'interesse pubblico si dovrà attendere tempi piuttosto recenti.

Prima del 1980, la rilevanza del principio di trasparenza al livello legislativo è ancora semisommersa. Ciò nonostante, nelle opinioni e nei contributi di molti dei principali autori dell'epoca – gli stessi cui è generalmente riconosciuto il merito di aver edificato le fondamenta (e spesso molto di più) del diritto amministrativo moderno – pare quasi di scorgere attestazioni più o meno esplicite della sua immanenza nel sistema²⁸.

A partire dagli anni Ottanta il tema della trasparenza si impone rapidamente all'attenzione degli studiosi, divenendo un termine «polisenso» e di uso ricorrente²⁹. L'esigenza di trasparenza, fortemente avvertita dalla società civile, si propaga via via in tutti i settori dell'ordinamento giuridico. Le sue principali applicazioni – forse un po' anche sull'onda dell'emotività – iniziano ad investire il diritto processuale penale (nel 1988, dopo anni di polemiche, si assiste alla frettolosa sostituzione del sistema inquisitorio, risalente al 1930, con un omologo di stampo accusatorio plasmato sull'esperienza statunitense) e il diritto societario (con riferimento all'assetto proprietario, al bilancio, alla situazione patrimoniale).

In ambito amministrativistico, è con la l. n. 241/1990, che si assiste ad una peculiare vascolarizzazione della trasparenza³⁰, cui viene espressamente dedicato l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi. Su queste basi,

²⁷ R. Chieppa-R. Giovagnoli, *op. cit.*, 388.

²⁸ Tra gli altri, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, *passim*; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss.

²⁹ E. Minervini, *La trasparenza contrattuale*, in *I contratti*, 2011, 11, 977 ss.

³⁰ F. Patroni Griffi, *La trasparenza della Pubblica Amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013, 8, 1 ss. In senso contrario, S. Toschei, *Intervento al Convegno Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi*, in *www.amministrativamente.com*, 2013, 5.

la migliore scienza giuridica coeva³¹ evidenzia come sia ravvisabile proprio nella trasparenza il vero fondamento sotteso alla disciplina generale del nuovo procedimento³². Come è stato giustamente affermato, l'affermazione progressiva e pervasiva della trasparenza nel panorama amministrativo nazionale rappresenta uno degli aspetti qualificanti le riforme che, sin dagli inizi degli anni Novanta, hanno inciso sulla fisionomia degli apparati pubblici. Esse rappresentano il mutamento di una concezione dell'attività pubblica non più autoreferenziale, ma aperta alla partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini, singoli e associati, alle decisioni amministrative³³.

Ed effettivamente la conferma di questa intuizione interviene, non molti anni più tardi, con la l. n. 15/2005, quando un generale principio di trasparenza viene introdotto tra quelli governano l'attività amministrativa³⁴. Corrispondentemente, l'importanza ad esso tributata cresce, sia in campo nazionale³⁵ che in quello sovranazionale³⁶, fino a giungersi, con la legge n. 69/2009 (nota specialmente per aver riformato il processo civile) all'affermazione che «L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza» (art. 22, c. 2, l. n. 241/1990). Il passo avanti non è di poco momento: la "trasparenza", infatti, rappresenta un *quid pluris* anche rispetto alla mera "informazione". In caso di informazione, gli obblighi sono reciproci; quando si verte nell'orbita della trasparenza, invece, gli obblighi sono unilaterali e gravano solo sulla parte forte, in un'ottica di "livellamento" di un'asimmetria informativa di base³⁷.

³¹ A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994, 101 ss.

³² Cfr. anche F. Patroni Griffi, *La trasparenza*, cit., 2.

³³ P. Canaparo, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi.it*, 2014, 4, 1 ss., 8.

³⁴ Art. 1, l. n. 241/1990: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da[l] criteri[o] di [...] trasparenza». Tuttavia, sulle numerose pecche della legge, specie in relazione alla disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, si v. la puntuale critica di A. Sandulli, *La casa dai vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 669 ss.

³⁵ Si prenda ad es., l'art. 2 del Decreto del Ministro dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica 31 ottobre 2007, n. 544, che prevede i requisiti di trasparenza che le Università devono rendere disponibili nella loro offerta formativa, si cfr. F. Mangano, *L'evoluzione*, cit., 2.

³⁶ Si v. l'art. 11 del Trattato di Lisbona.

³⁷ E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 977. Evidentemente su questa scia, chi evidenzia i limiti di un accesso eccessivamente settoriale, che non può essere accostato al concetto di tra-

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

In questa *escalation*, si inserisce il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. *Decreto Brunetta*), emanato in attuazione degli artt. da 2 a 7 della l. 4 marzo 2005, n. 15, col quale viene sancito il principio dell'«accessibilità totale» (art. 11) ai gangli vitali dell'attività delle pubbliche amministrazioni. L'accessibilità totale è qui riferita ad ogni informazione afferente l'aspetto dell'organizzazione. Per la prima volta, accanto al concetto di trasparenza, si introduce il valore dell'integrità, quale fattore culturale da sviluppare attraverso la programmazione e l'aggiornamento di strumenti in grado di dare conto dell'attuazione di tali istanze: i «piani triennali per la trasparenza e l'integrità»³⁸. In un simile contesto, dunque, l'accessibilità non rappresenta altro se non il *trait d'union* tra “interesse pubblico” e “*performance*” ed è strumentale alla piena attuazione della trasparenza, che in questo modo assurge a principio volto all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico³⁹.

La pacifica valenza di principio generale riconosciuta alla trasparenza almeno a partire dal 2005 comporta che la risoluzione della questione relativa alla natura giuridica delle società partecipate sia suscettibile di rivestire, almeno in astratto, una peculiare importanza.

Accedendo, infatti, alla tesi della natura privatistica, se ne dovrebbe inferire che gli obblighi di trasparenza vadano applicati alle partecipate solo ed esclusivamente nei casi e nei modi espressamente previsti dal legislatore.

Se, invece, si propende per la seconda impostazione a suo tempo delineata, quella della natura pubblica della società partecipata, il naturale corollario sarebbe la relativa confluenza nel *genus* “pubblica amministrazione”, con tutto ciò che ne consegue in tema di prescrizioni ad essa applicabili.

2.1. La l. n. 190/2012 e la trasparenza concepita come viatico nella lotta alla corruzione

Il principio di trasparenza ha continuato ad evolversi anche dopo il 2009.

La l. n. 190/2012 si colloca nel panorama giuridico nazionale come attuazione di una politica volta al contrasto della corruzione⁴⁰ nella pubblica

sparenza, F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in (a cura di) F. Merloni, *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

³⁸ F. Del Grosso, V. Esposito, G. Passannanti, *Il diritto sociale*, cit., 4.

³⁹ *Ibidem*. Ne evidenzia il legame con i principi del buon andamento e dell'imparzialità, F. Merloni, B. Ponti, in (a cura di) F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010.

⁴⁰ Manca nella legge una definizione di corruzione. Nella circolare n. 1/2013, il Dipartimento della funzione pubblica rileva che il concetto, presupposto, di corruzione, adot-

amministrazione e definisce i contorni della politica di prevenzione del fenomeno nel nostro ordinamento⁴¹. Le norme contenute nel complesso articolato⁴², prendono le mosse dal recente Rapporto della “Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione”, istituita il 23 dicembre 2011 dal Ministro della funzione pubblica Patroni Griffi⁴³.

Conseguentemente, alla trasparenza viene espressamente attribuito un valore aggiunto: la conoscibilità delle dinamiche interne relative alle amministrazioni pubbliche non rileva più solo come attuazione pura e semplice dei principi che spingono verso un coinvolgimento più intenso dei cittadini nella gestione della *res publica*, ma assume un significato diverso ed ulteriore, traducendosi in un modo per scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi⁴⁴. Il presupposto sotteso è che, più i meccanismi che muovono gli in-

tato dalla l. 190/2012, è quello «inteso in senso lato, come comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica, che, come noto, è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319-ter c.p., e sono tali da comprendere non solo l’intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite». Si cfr. p. 4.

⁴¹ B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 13 ss.; F. Di Mascio, *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2014, 273, laddove osserva che «Quest[*o*] provvedimento[*o*], infatti, [ha] reso più equilibrata la strategia di lotta alla corruzione rafforzando l’aspetto preventivo rispetto a quello repressivo su cui tradizionalmente ha fatto leva la politica anticorruzione in Italia».

⁴² La legge n. 190/2012, sulla scia di una non brillante tradizione normativa particolarmente ricorrente negli ultimi anni, consta di due soli articoli: il primo, che contiene la parte precettiva anticorruzione, è composto di 83 commi; il secondo contiene, invece, la sola clausola di invarianza finanziaria. Si tratta di un provvedimento *omnibus* che riguarda svariati settori, cosa che ne rende ancora più complessa la lettura. Il contenuto dell’articolo 1 della legge può essere riassunto, dividendolo in due macro settori: quello della regolamentazione organizzativo-amministrativa e quello dell’intervento repressivo (di tipo giuspenalistico). All’interno del primo settore è collocata una sezione appositamente dedicata all’individuazione di un nutrito novero di obblighi di trasparenza (art. 1, c. 15-33).

⁴³ Ufficio studi CODAU, *Analisi sintetica e commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, in www.codau.it/ufficio_studi/commenti.

⁴⁴ In dottrina, invero, c’è chi attribuisce questo significato già al concetto di trasparenza, così come plasmato dal d.lgs. n. 150/2009, si v. F. Del Grosso, V. Esposito, G. Passananti, *Il diritto sociale*, cit., 4. In realtà, li pare che la trasparenza vada intesa, non solo e non tanto in funzione della prevenzione di fenomeni corruttivi, quanto, più che altro, nel senso di accrescimento delle potenzialità della pubblica amministrazioni in termini di efficienza. Tra

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

granaggi dell'attività pubblica sono posti alla luce del sole, meno possibilità ci sono che si generino anomalie.

La legge, oltre alla puntuale fissazione degli adempimenti (e della correlativa minaccia delle corrispondenti sanzioni), si occupa di individuare specificamente i destinatari degli stessi.

In questo senso, l'art. 1, c. 34, relativamente agli adempimenti in materia di trasparenza, recita:

«Le disposizioni dei commi da 15 a 33 si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'articolo 2359 c.c., limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea».

Si tratta, dunque, di:

- 1) Pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001;
- 2) Enti pubblici nazionali;
- 3) Società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al punto n. 1);
- 4) Società controllate, ex art. 2359 c.c., dalle società di cui al punto 3).

Prima di soffermarsi su di essi – ed in specie sulle partecipate – conviene fare però qualche ulteriore passo avanti.

2.2. Incidenza del d.lgs. n. 33/2013 sul campo soggettivo di applicazione degli obblighi ex art. 1, c. 15-33, l. n. 190/2012

Il 14 marzo 2013 è intervenuto il d.lgs. n. 33/2013 che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, c. 35, l. n. 190/2012, ha operato un riassetto della normativa riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

In relazione ai destinatari degli obblighi di trasparenza contenuti nel decreto, il testo originariamente licenziato dal governo, sulla scia dell'impo-

i molteplici dati ben noti che vanno in siffatta direzione – come, ad es., l'intero l'impianto del citato decreto – militano quello “testuale”, rappresentato dal fatto che il decreto, per sua stessa ammissione (articolo 1, *principi generali*) e nel rispetto della delega (artt. da 2 a 7, l. n. 15/2005), interviene a riformare organicamente la disciplina del lavoro pubblico dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, «intervenendo in particolare in materia [...] di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni pubbliche [e] di valorizzazione del merito», e una considerazione logica scaturita dal fatto che l'intervento normativo si iscrive (e ne rappresenta sicuramente l'elemento più significativo) nell'ambito di una strategia di lotta all'inefficienza diffusa nella pubblica amministrazione.

stazione già accolta nel 2012, opera una netta cesura. In questo senso, l'art. 11, c. 2, recita: «Alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 [quelle di cui all'articolo 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001] e alle società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile si applicano, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190». Le altre disposizioni dello stesso decreto hanno, invece, come destinatarie naturali le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 (tecnica del rinvio mobile utilizzata anche dal legislatore del 2012).

Dalla formulazione dell'art. 11 del decreto riaffiorano inalterati alcuni problemi interpretativi che già in precedenza si erano posti con riguardo alla legge anticorruzione.

In primo luogo, il c. 2 – così come l'art. 1, c. 34, l. n. 190/2012 – parla *tout court* di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche. Il legislatore qui non distingue a seconda che la partecipazione detenuta dalla società sia totalitaria o solo parziale: non distingue, cioè, tra società pubbliche *stricto sensu* intese e società miste. A quale tra le due categorie fa riferimento? Nel silenzio della legge, se ne potrebbe desumere l'operatività nei confronti di entrambe, con la conseguenza che l'applicazione degli obblighi di trasparenza alla singola partecipata non dipende dalla “misura” della partecipazione detenuta dall'ente pubblico, ma dal fatto in sé della partecipazione⁴⁵.

A parte ciò, è evidente che con il d.lgs. n. 33/2013 la rilevanza attribuita alla trasparenza nell'ambito della funzione amministrativa raggiunge l'apice. La riforma, infatti, al di là degli aspetti contenutistici puntuali, secondo la *communis opinio*, segna una tappa fondamentale nell'evoluzione normativa del ruolo dell'amministrazione relativamente ai suoi rapporti con i cittadini: «la circolazione del patrimonio informativo utilizzato per il perseguimento dell'interesse pubblico assurge a valore di riferimento»⁴⁶.

Queste considerazioni originano da due elementi che connotano il nuovo testo normativo. *In primis*, l'autonoma definizione che viene fornita della trasparenza⁴⁷. In secondo luogo, la previsione di una diversa ed ulte-

⁴⁵ Si riporta, *ad adiuvandum*, quanto suggerito espressamente dall'ANAC: «Sono oggetto degli obblighi di pubblicazione di cui all'art. 22, c. 1, lett. b), le società di cui le amministrazioni detengono direttamente quote di partecipazione, non rilevando l'entità della partecipazione», si v. “FAQ in materia di trasparenza”, in www.anticorruzione.it, punto 10.3.

⁴⁶ Il passo è tratto da A. Simonati, *La trasparenza*, cit., 749. Ne evidenzia il ruolo di contrasto ai fenomeni di *maladministration*, F. Patroni Griffi, *La trasparenza*, cit., 5.

⁴⁷ Ai sensi dell'articolo 1, c. 1, d.lgs. n. 33/2013, per trasparenza si intende comunemente «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

riore forma di accesso⁴⁸ che si affianca a quello già contemplato dagli articoli 22 ss., l. n. 241/1990. Si tratta di due istituti ben diversi⁴⁹. Le differenze si sostanziano principalmente nel fatto che con l'accesso civico si sancisce il dovere di rendere disponibili in modo diretto e gratuito (attraverso la pubblicazione nel sito *web* dell'amministrazione interessata) alla collettività documenti e informazioni tassativamente previsti dalla normativa⁵⁰.

pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche».

⁴⁸ Per maggiori specificazioni sull'accesso civico, anche in chiave interpretativa, si rinvia alla circolare del Dipartimento della funzione pubblica, 2/2013, 2 ss.

⁴⁹ Con riguardo all'accesso "tradizionale", si segnala che ai sensi dell'art. 22, c. 2, l. n. 241/1990, come riscritto dalla l. n. 69/2009, il diritto di accesso costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e assicurare l'imparzialità e la trasparenza. In termini, si v. anche G. Passarelli, *Lezioni*, cit., 534. Si cfr., altresì, Cons. St., sez. atti normativi, parere n. 3586/2006, per cui il diritto di accesso è strumento di attuazione dell'imparzialità dell'azione amministrativa. In giurisprudenza, relativamente alla delimitazione dell'ambito soggettivo passivo di legittimazione del diritto di accesso, è invalso il principio per cui la distinzione tra gli atti rientranti nell'ambito oggettivo della disciplina sull'accesso e atti destinati a rimanere estranei deve essere ravvisato nella sottoposizione o meno del gestore, in sede di esercizio dell'attività di cui si chiede l'ostensione, al criterio di imparzialità (Cgars, 1289/2010; G. Passarelli, *Lezioni*, cit., 550), fermo restando che il diritto di accesso non può essere inteso come una sorta di diritto generale alla trasparenza amministrativa (Cons. St., IV, 7069/2004; art. 24, c. 3, l. n. 241/1990). In dottrina, l'accesso ai documenti viene ritenuto, accanto all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, una delle più significative espressioni del principio di trasparenza: così, G. Ferrari, R. Garofoli, *op. cit.*, 601.

⁵⁰ «La relazione illustrativa al decreto legislativo 33 richiama espressamente il modello dei *Freedom of Information Acts* (FOIA) di derivazione statunitense. Per la verità l'area della conoscibilità dell'azione amministrativa disegnata dal 33 – indicato come il FOIA italiano – non è propriamente generale perché non riguarda tutti i documenti ed i dati relativi all'attività amministrativa, ma solo quelli per i quali sia previsto dalla legge l'obbligo di pubblicazione. Non si giunge ancora, dunque, alla trasparenza totale, nella misura in cui è ancora la legge statale che, pur ampliando e definendo puntualmente la platea degli obblighi di pubblicità e introducendo modalità uniformi, determina ciò che deve essere diffuso e non individuata, al contrario, come, forse, ci si sarebbe aspettato, in adesione al richiamato modello anglosassone, le ipotesi di esclusione della pubblicazione, lasciando, per converso, ostensibile tutto il resto», P. Canaparo, *La via italiana*, cit., 34. Giustifica questa scelta sulla base della consapevolezza che l'assetto del sistema amministrativo italiano è ben diverso da quello statunitense, F. Patroni Griffi, *Intervento*, cit. Si consideri, comunque, che è fatta salva la possibilità per l'amministrazione che di volta in volta venga in rilievo, di pubblicare dati ulteriori rispetto a quelli che costituiscono oggetto dell'obbligo di cui al d.lgs. n. 33/2013. Sul punto, a parte quanto specificamente indicato nello stesso decreto e nei documenti ad esso afferenti, si v. il punto 1.9, delle "FAQ in materia di anticorruzione", pubblicate sul sito *www.anticorruzione.it*, ove l'ANAC specifica che: «le amministrazioni possono disporre la pubblicazione nel proprio sito istituzionale di dati, informazioni e documenti per i quali non sussiste uno

Per ciò che concerne le modalità di siffatta pubblicazione, valgono le regole generali, per cui le amministrazioni devono pubblicare i dati di cui al d.lgs. n. 33/2013 nella sezione denominata “Amministrazione trasparente” che sostituisce la sezione “Trasparenza, valutazione e merito” e la precedente sezione “Operazione trasparenza”. Anche documenti, informazioni e dati la cui pubblicazione è prevista espressamente dalla vigente normativa confluiscono tutti all’interno della medesima sezione⁵¹. Peraltro, onde limitare gli oneri derivanti dalla disciplina della trasparenza, qualora le società a partecipazione pubblica non dovessero disporre di un proprio sito internet, tutti gli obblighi di pubblicazione in capo alle stesse potranno essere comunque assolti attraverso la pubblicazione dei dati e delle informazioni previste dalla normativa vigente nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale dell’amministrazione da cui l’ente è partecipato⁵². Alla medesima *ratio* agevolatrice è ascrivibile la predisposizione da parte dell’ANAC di un elenco degli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. n. 33/2013 e da ulteriori disposizioni di legge previgenti e successive⁵³.

Proprio in ragione delle caratteristiche delineate, si configura una posizione giuridica degli amministratori, di vero e proprio diritto soggettivo alla

specifico obbligo di trasparenza. Anzi, ciò corrisponde alla nuova concezione di trasparenza quale “accessibilità totale”, ribadita dall’art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 33/2013. Ciascuna amministrazione, in ragione delle proprie caratteristiche strutturali e funzionali, individua, anche in coerenza con le finalità del d.lgs. n. 150/2009 e della legge n. 190/2012, i c.d. “dati ulteriori”. Essi devono essere indicati all’interno del Programma triennale per la trasparenza e l’integrità.

Ai fini dell’individuazione dei predetti dati è opportuno che l’amministrazione parta dalle richieste di conoscenza dei propri portatori di interesse e analizzi le richieste di accesso ai dati ai sensi della legge n. 241/1990 per individuare tipologie di informazioni che, a prescindere da interessi prettamente individuali, rispondono a richieste frequenti e risultano perciò pubblicabili nella logica dell’accessibilità totale. I dati ulteriori possono anche consistere in elaborazioni di “secondo livello” di dati e informazioni obbligatori, resi più comprensibili per gli interlocutori che non hanno specifiche competenze tecniche (a titolo esemplificativo: dati sulle tipologie di spesa e di entrata, sull’attività ispettiva, sul sistema della responsabilità disciplinare, dati sulle fatture, i mandati e i relativi tempi di pagamento)». Tali dati sono pubblicati nella sotto-sezione cui afferiscono per oggetto. Qualora non sia possibile ricondurli ad alcuna delle sotto-sezioni in cui si articola la sezione “Amministrazione trasparente”, la pubblicazione deve avvenire nella sotto-sezione di primo livello “Altri contenuti – Dati ulteriori”, si cfr. quanto riportato nell’allegato 1 alla delibera n. 50/2013.

⁵¹ Sul punto, si consulti la sezione “FAQ in materia di trasparenza”, pubblicate sul sito dell’Autorità Anticorruzione, www.anticorruzione.it, punto 1.1.

⁵² “FAQ in materia di trasparenza”, 4.8., in www.anticorruzione.it.

⁵³ L’elenco, contenuto nell’allegato 1 alla delibera n. 50/2013, è consultabile all’indirizzo internet www.civit.it/wp-content/uploads/Obblighi-di-pubblicazione-ERRATA-CORRIGE-settembre-2013.xls, si v. “FAQ in materia di trasparenza”, cit., 1.6 e 4.5.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

pubblicazione *online* del dato o del documento, in mancanza del quale è esercitabile l'accesso civico⁵⁴. La relativa domanda, dunque, non è condizionata, né dall'obbligo di motivazione, né dalla posizione soggettiva del richiedente (art. 5, c. 2, del decreto)⁵⁵.

Il concetto di trasparenza rielaborato nel 2013, pertanto, sembra tradire in qualche modo la sua eterogeneità rispetto all'elaborazione in precedenza faticosamente costruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La sua sovrapponibilità rispetto al concetto di pubblicità, finora solo ipotizzabile in via meramente ermeneutica⁵⁶, riacquista tutto il suo vigore e pare imporsi sull'interpretazione contraria che ha tradizionalmente sempre dominato. La questione non è di poco momento. Tenere concettualmente distinti "trasparenza" e "pubblicità" significa ammettere che «la piena applicazione del principio di trasparenza non è inconciliabile con la permanenza di spazi co-

⁵⁴ A. Fusco, *Le nuove frontiere*, cit., 190 ss. Bastino queste poche righe per capire l'importanza della questione. Come si vedrà più avanti, ai fini che qui ci interessano, proprio queste caratteristiche dell'accesso civico rendono problematica e delicata la delimitazione dell'applicabilità del d.lgs. n. 33/2013 alle società miste e il conseguente bilanciamento tra gli interessi che si contrappongono.

⁵⁵ F. Del Grosso, V. Esposito, G. Passannanti, *Il diritto sociale*, cit., 5 ss. Gli autori, peraltro, ne evidenziano le differenze rispetto a quello "ordinario" previsto dalla l. n. 241/1990: «[m]entre infatti il diritto di accesso è strumentale alla tutela di interessi specifici ed ha ad oggetto atti e documenti individuati, l'accesso civico sembrerebbe affiancarsi all'azione popolare e porsi come mezzo di verifica diffusa dell'attività amministrativa, da parte del cittadino [tanto che] si potrebbe anche giungere ad ipotizzare una nuova forma di "controllo" pubblico accanto a quelle già previste dal sistema attuale dei controlli amministrativi e politici. Se infatti si pensa all'inciso di cui al comma 6 dell'articolo citato: "la richiesta di accesso civico, comporta da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di cui all'art. 43, comma 5", ci si rende conto che poiché la segnalazione va resa anche al vertice politico ai sensi di tale comma, l'intera disciplina è finalizzata a dare effettività ai flussi dell'informazione pubblica, non solo a fini conoscitivi, ma anche e soprattutto a fini di programmazione, di prevenzione e di controllo sociale. Tale assunto è ancora più pregnante se si considera che la nomenclatura della legge anticorruzione pone in stretto contatto gli obblighi di pubblicità e la lotta alla corruzione». In dottrina, già prima del d.lgs. 33/2013, si ventilava come le modifiche e le innovazioni introdotte dall'altro d.lgs. n. 150/2009, suggerissero un'idea di trasparenza come strumento preordinato ad un controllo diffuso e al recupero dell'incalzante "declino" dei controlli di legittimità, sul punto, si v. F. Manganaro, *L'evoluzione*, cit., 13. La stessa Autorità Anticorruzione ha, peraltro, specificato che «l'accesso ai dati e alle informazioni pubblicate nella sezione "Amministrazione trasparente" non può essere limitato da una preventiva richiesta di autenticazione ed identificazione stante quanto disposto dall'art. 2, c. 2, del d.lgs. n. 33/2013 che espressamente prevede il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente ed immediatamente» v. FAQ in materia di trasparenza, in www.anticorruzione.it, punto 1.2.

⁵⁶ Si v. nt. 22.

perti da segreto, ove questo si giustifichi con l'intento di proteggere interessi pubblici o interessi privati (per esempio, la tutela della riservatezza individuale) di fondamentale rilievo. Anzi, la sopravvivenza di piani di opacità nella casa prevalentemente "vitrea" dell'amministrazione è vista a sua volta come fattore di efficienza, anche dal punto di vista del contenimento dei costi (strettamente economici e più latamente funzionali) che a fronte dell'apertura totale del bagaglio informativo in possesso dell'amministrazione necessariamente risulterebbero assai più onerosi. La definizione oggi espressa all'inizio del d.lgs. n. 33/2013 parrebbe, invece, segnare una svolta nella direzione della tendenziale coincidenza fra trasparenza e pubblicità⁵⁷. In merito alla questione, pertanto, due sono le letture possibili. Da una parte quella di salutare la riforma del 2013 come coronamento dell'impostazione che ha sempre militato per la sovrapposizione tra pubblicità e trasparenza. Dall'altra⁵⁸ quella di dare del decreto una lettura teleologicamente orientata, individuando nella scelta effettuata dal legislatore l'aspirazione alla realizzazione degli obiettivi di contrasto alla corruzione che stanno alla base della riforma. L'adesione all'una o all'altra delle due impostazioni non è priva di effetti, specie in relazione alle finalità per cui nasce questo lavoro.

Pertanto, l'eventuale accoglimento della prima impostazione ha rilevanti ripercussioni sulla stessa applicabilità *tout court* del principio di trasparenza alle società partecipate. Sul punto, non possono non venire alla mente i recenti studi che – nell'approfondire il rapporto società-trasparenza – hanno cercato di indagare i limiti di ammissibilità del principio nei soggetti che assumono veste societaria. Il riferimento è, in particolare, al rischio paradigmatico della violazione dei cc.dd. *know how* aziendali⁵⁹.

Certo, anche nel diritto delle società esistono delle deroghe alla "segretezza aziendale". Si pensi al classico caso della trasparenza informativa a tutela del risparmiatore/consumatore affrontata in una recente pronuncia resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁶⁰. Qui, tuttavia, viene in rilievo una *ratio* di trasparenza sensibilmente difforme rispetto a quella di diritto pub-

⁵⁷ A. Simonati, *La trasparenza*, cit.

⁵⁸ È di questo avviso A. Simonati, *La trasparenza*, cit., *passim*.

⁵⁹ Il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, Gianpiero D'Alia, nella circolare 14 febbraio 2014, n. 1 sembra essere di tutt'altro avviso: «La trasparenza può costituire per molte realtà aziendali motivo di eccellenza e di competitività. Un accesso completo alle informazioni più rilevanti che investono gli aspetti organizzati e gestionali di una società, o più in generale di un soggetto operante sul libero mercato, o in mercati ad accesso limitato, consente di disporre di informazioni aggiornate e complete sullo stato di salute del singolo operatore economico nell'ambito di un determinato settore o area di attività».

⁶⁰ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

blico accolta nel d.lgs. n. 33/2013: si tratta di appurare che l'assetto amministrativo e contabile sia adeguato alle caratteristiche della società e delle sue attività. A conferma di ciò, l'analisi del tessuto normativo dimostra che, nel normale modello delineato dagli artt. 2247 ss. c.c., adempimenti di tal genere normalmente sono ridotti al minimo indispensabile, proprio per evitare un irreparabile nocimento alla società e a tutta l'attività da essa svolta.

Ma se gli obblighi di trasparenza si profilano come un'eccezione al principio generale della "segretezza", bisogna capire quando ed in che misura la loro predisposizione risulti veramente giustificata. A ben vedere, il *trend* legislativo, esaminato sul lungo periodo, evidenzia che l'ammissibilità di deroghe sul punto è sempre stata subordinata alla necessità di perseguire obiettivi di peculiare delicatezza. In genere, si tratta di assicurare la tutela:

- a) dei soci;
- b) dei risparmiatori/investitori;
- c) del fisco (o meglio, degli interessi fiscali dello Stato)⁶¹.

Nel primo senso, si può richiamare il regime di trasparenza dei patti parasociali nelle società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2341-*ter* c.c.). Qui ciò che viene in rilievo è l'esigenza di informare i soci esterni al patto ed i terzi in genere dell'esistenza di accordi che possono avere un'indiretta influenza sulla formazione delle deliberazioni assembleari⁶².

Nel secondo caso, vengono in rilievo tutta una serie di obblighi di trasparenza che presentano come tratto in comune la finalità della *discovery*. Tra i principali sono senz'altro da annoverare quelli imposti dalla legge c.d. *antitrust* italiana n. 287/1990, che pure si occupa della conoscibilità da parte dei privati delle notizie in merito ai trasferimenti di quote e cessioni e affitti d'aziende; la disciplina che sanziona l'abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*) introdotta con la l. n. 157/1991⁶³; gli adempimenti pre-

⁶¹ Tale ripartizione viene proposta più che altro per ragioni di semplificazione. È evidente che, salvo particolari eccezioni, ognuno dei provvedimenti riportati è suscettibile di essere sussunto contestualmente sotto più voci tra quelle elencate e che l'inclusione in una piuttosto che un'altra dipende da una valutazione meramente soggettiva, tendente a privilegiare più un determinato aspetto a discapito di altri.

⁶² A. Pavone La Rosa, *La "trasparenza" dei patti parasociali nelle società per azioni "aperte"*, in *Giur. comm.*, 2007, 5, pt. 1, 549 ss., 550. Tale interpretazione, non da tutti accolta, sarebbe suffragata dal capoverso dello stesso art. 2341-*ter*, ove è sancito che, in caso di omessa dichiarazione del patto, scatta la sospensione del diritto di voto e la conseguente invalidità della deliberazione assembleare qualora essa sia adottata col voto determinante degli azionisti che abbiano omesso la richiesta di dichiarazione, cit., 550.

⁶³ Figura da sempre considerata idonea a compromettere la fiducia degli investitori nel mercato e, dunque, a pregiudicarne il buon funzionamento, così G.M. Flick, *Insider trading*:

scritti dalla l. n. 310/1993 e quelli di cui alla l. n. 580/1993, istitutiva del Registro delle imprese e collegato d.P.R. n. 581/1995⁶⁴; quelli scaturenti dai rapporti di società quotate italiane con società estere aventi sede legale in Stati che non garantiscono la trasparenza societaria, implementati nel t.u.f. (sezione sesta-*bis*, Capo II, Titolo III, artt. 165-*ter*-165-*septies*) dalla l. n. 262/2005 e tendenti ad assicurare una maggiore trasparenza degli assetti societari transnazionali⁶⁵; la l. n. 96/2012, che – al netto di una lunga serie di scandali che hanno coinvolto la gestione dei finanziamenti pubblici⁶⁶ – ha di recente introdotto tutta una serie di misure volte a garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei partiti e dei movimenti politici.

Paradigmatico è l'esempio delle società quotate⁶⁷, dove gli obblighi ostensivi sono considerati particolarmente importanti, in quanto posti a presidio della necessità di garantire un'autodeterminazione consapevole ai singoli investitori⁶⁸. Perfino qui⁶⁹, però, mancano regole che sanciscano espresamente l'obbligo di incondizionata divulgazione dei segreti aziendali o che

una tappa significativa – anche se controversa – della lunga marcia verso la trasparenza, in *Riv. società*, 1991, 4, 957 ss., 979, che offre un'interessante disamina – sia pure a caldo – delle novità introdotte in materia dalla citata legge del 1991.

⁶⁴ In dottrina si rileva come l'istituzione del Registro e le procedure di informazione ivi previste facciano emergere la tendenza del moderno ordinamento giuridico verso un progressivo rafforzamento della tutela degli utenti, avente ad oggetto la facile accessibilità, la tempestività, la correttezza e la completezza delle notizie, si cfr. A. Cerrai, *La trasparenza nelle cessioni di aziende e nei trasferimenti di partecipazioni sociali*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 11-12, pt. 1, 999 ss., 1006 ss.; e che in generale, le stessa *ratio* della l. n. 310/1993 possa essere considerata ispirata da esigenze di assicurare la trasparenza degli assetti proprietari di aziende o di partecipazioni sociali, cit., 1004. Enfatizza in quest'ottica l'obbligo di vidimazione (ivi definita «straordinaria») di cui all'art. 3 della richiamata legge, L. d'Alessandro, *Nuove norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni sociali e trasformazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, 5-6, pp. 343 ss., 343.

⁶⁵ In questi termini, C.E. Pupo, *Trasparenza delle società estere*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, 51 ss., 54.

⁶⁶ In realtà, la legge in discorso non è la prima che interviene sull'argomento. Prima di essa ve ne sono stati già altre nel medesimo solco (es. l. n. 195/1974; art. 6 d.l. n. 98/2011). La peculiare incisività dell'ultimo rispetto agli altri è probabilmente dovuto al concatenarsi delle situazioni che hanno dato origine ai precedenti con l'incalzante crisi economica degli ultimi anni, ipotizza così M. Oricchio, *Una riforma nel segno della massima trasparenza: bilanci e libri contabili al vaglio di soggetti terzi*, in *Guida al diritto*, 2012, 32, 38 ss., 40; l'A., peraltro, evidenzia l'eterogeneità dei nuovi controlli, cit., 41.

⁶⁷ Le società non quotate, invece, conservano margini di "opacità", S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 1, 255 ss., 268.

⁶⁸ Si tratta di un modello limite nel panorama societario, giustificato dalla delicatezza degli interessi del mercato cui fanno appello queste società per finanziarsi. Non è difficile scorgere in questa disciplina i profili di una tutela rafforzata del principio dell'autonomia privata di cui al 1322 c.c.

⁶⁹ E ciò non può che valere a riprova della segnalata delicatezza dell'argomento.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

impongano o comunque ammettano un accesso illimitato da parte degli azionisti al patrimonio informativo della società⁷⁰. E, ciò nonostante, è stato paventato il rischio che alcune clausole generali (es. artt. 114, c. 1, e 94, c. 2, t.u.f.), ove interpretate in modo estensivo, possano comprimere notevolmente le imprescindibili esigenze di riservatezza⁷¹. Il fulcro del problema è dato qui dall'impossibilità oggettiva di selezionare i destinatari delle notizie⁷²; cui si cerca di ovviare trovando il giusto temperamento tra le opposte esigenze di assicurare un flusso costante di informazioni al pubblico e al contempo di evitare i possibili pregiudizi che sul piano strategico o competitivo⁷³ potrebbero derivare alla compagine sociale da un'indiscriminata conoscenza delle stesse. Questo proposito risulta in qualche maniera perseguito, nella misura in cui, da un lato, al dovere primario di *disclosure* vengono affiancate delle "clausole di salvaguardia" (cc.dd. «*safe harbour*»)⁷⁴; dall'altro alcune delle informazioni più sensibili sono strenuamente protette⁷⁵. Permangono, poi, è ovvio, le valutazioni in merito allo stretto legame tra imposizione dell'obbligo di trasparenza e finalità per cui lo stesso è previsto (la trasparenza delle società legate ad omologhe estere è un esempio che è già stato fatto; ma si pensi anche alla disciplina del c.d. *internal dealing*, introdotta dall'art. 114, c. 7, t.u.f. nell'ordinamento italiano a seguito del recepimento

⁷⁰ S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 271.

⁷¹ *Ibidem*. Si tratta pur sempre di previsioni che non importano un'"apertura totale" dei flussi informativi. L'A., comunque, lamenta un eccessivo sbilanciamento del legislatore verso le esigenze del mercato, evidenziando come in questo modo si rischi di trascurare che i costi di un tale sistema superino di gran lunga i benefici, cit., 264, 267 ss., 270, 272, in particolare, 265 ss.

⁷² Sono le cc.dd. informazioni «asettative» «*multi-audience*», S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 256.

⁷³ Sul primo versante, vengono in rilievo le notizie relative ai piani e alle strategie dell'impresa sul lungo periodo. Dal secondo punto di vista, l'intento è evitare che imprese concorrenti possano avvalersi di quel *know how* e che ciò sia capace, tra l'altro, di generare un atteggiamento "attendista" nel mercato, conducendo ad una flessione degli investimenti nel campo dell'innovazione, S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 267. Queste riflessioni si colorano ancora di più di significato alla luce delle considerazioni dei massimi esperti del settore, per cui l'innovazione, accanto alla responsabilità sociale rappresenta uno dei binari portanti della moderna impresa competitiva, L. Cordero di Montezemolo, *Responsabilità sociale, trasparenza e innovazione nel modello di sviluppo delle imprese italiane*, in *Bancaria*, 2005, 9, 2.

⁷⁴ Che, a determinate condizioni, consentono all'emittente di omettere la divulgazione di un'informazione altrimenti ineludibile, S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 271.

⁷⁵ È il caso, ad esempio, dei segreti commerciali, quali le liste dei clienti dell'impresa, e dei brevetti, S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 262.

mento della normativa comunitaria in materia di *market abuse* e dagli artt. 152-*sexies* ss. del regolamento adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni): principio che porta *in nuce* ad escludere che almeno nelle intenzioni iniziali potessero immaginarsi *discovery* incontrollate⁷⁶.

Sul terzo ed ultimo frangente, rilevano le declinazioni del principio di trasparenza in ambito tributario. In questa branca, la locuzione “principio di trasparenza” assume connotati di evidente eterogeneità rispetto a quanto visto finora. Esso, infatti, indica quel particolare metodo di imputazione del reddito dei soggetti collettivi, attraverso il quale il presupposto di imposta si realizza in capo al socio e non alla società, in modo da rendere quest’ultima trasparente⁷⁷. La giurisprudenza⁷⁸ ne fa costante applicazione ritenendo che il reddito di partecipazione agli utili del socio di una società di persone⁷⁹ costituisca reddito proprio del contribuente e non della società⁸⁰. Anche qui, però, non siamo di fronte ad una trasparenza incondizionata, come dimostra il fatto che la progressiva estensione dell’imputazione per trasparenza nei confronti anche dei soci accomandanti⁸¹ è stata giustificata dalla giurispru-

⁷⁶ La disciplina ha come scopo quello di accelerare l’aggiornamento del prezzo di scambio delle azioni ed accrescere l’efficienza del controllo del mercato e della pubblica autorità sulla condotta dei gestori, in modo da evitare la perpetrazione di atti fraudolenti da parte di costoro, M. Tonello, *Sulla trasparenza delle operazioni di amministratori, alti dirigenti e azionisti strategici di società quotate. La questione della tempestività*, in *Contratto e impresa*, 2006, 1, 10. Per questa dottrina, la divulgazione delle notizie riguardanti le modifiche degli assetti proprietari dell’emittente quotato contribuisce al miglioramento degli standard qualitativi del suo governo societario e rafforza le garanzie del pubblico risparmio, cit., 1.

⁷⁷ S. De Marco, *Il principio di trasparenza per le società di capitali: dubbi su soggettività giuridica e responsabilità*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, 6, pt. 1, 1129 ss., 1129. Si tratta di un principio oggi codificato all’art. 5 TUIR, F. Pitrone, *Il “principio di trasparenza” nelle società di persone*, in *Notariato*, 2012, 1, 112, ss., 113, ma che nell’ordinamento italiano ha una genesi abbastanza risalente. Si trovava già affermato ufficialmente nell’art. 3, R.d. n. 3062/1923 e successivamente convalidato nel d.P.R. n. 645/1958, cit., 1130.

⁷⁸ Ad es., Cass., sez. un., 8 gennaio 1993, n. 125.

⁷⁹ Già caratteristico anche delle *Controlled foreign companies* e dei Gruppi europei di interesse economico (GEIE), è stato esteso nel 2003 anche alle società di capitali con la c.d. riforma Tremonti (l. 7 aprile 2003 n. 80), S. De Marco, *Il principio di trasparenza*, cit., 1132 ss. Per un commento alla legge delega di riforma del sistema tributario, nella parte relativa all’estensione del principio alle società di capitali (in specie art. 4, co. 2, lett. h)), si v. A. Benazzi, *Il principio di trasparenza si estende alle società di capitali*, in *Corriere tributario*, 200, 2, 111 ss.

⁸⁰ F. Pitrone, *Il “principio di trasparenza”*, cit., 113. Così anche A. Benazzi, *Il principio*, cit.

⁸¹ Secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione, 18 febbraio 2011, n. 3946 (che ivi si richiama ad un precedente risalente a Cass., 30 ottobre 2006, n. 23359), financo agli utili occulti o non iscritti a bilancio della società. Recentemente, in tal senso, Cass., 18 febbraio 2011, n. 3946, con nota di F. Pitrone, *Il “principio di trasparenza”*, cit.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

denza, da una parte, in base all'assunto secondo cui tali soggetti sono titolari di rilevanti poteri-doveri⁸² di controllo⁸³ (specie relativamente al bilancio)⁸⁴; dall'altra, in base al fatto che comunque il socio può eventualmente esperire, in sede civile, le azioni contro la società per recuperare la sua quota di utile e che è fatta salva per lui la possibilità di dimostrare la sua buona fede, andando così esente da sanzioni.

Da quanto detto finora, dunque, è percepibile in maniera tutto sommato abbastanza chiara come la partita si giochi pressappoco tutta sulla ricerca di un equilibrio tra trasparenza⁸⁵ ed esigenze di riservatezza⁸⁶ e che il contenuto delle informazioni societarie debba conformarsi al rispetto dell'interesse sociale⁸⁷.

Ma, se usciamo dall'angusto ambito societario, la situazione non cambia di molto. In materia di contratti, ad esempio, di recente l'argomento trasparenza è tornato sensibilmente di attualità in ragione del recepimento della direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali⁸⁸. In dottrina, addirittura, si ipotizza un rafforzamento di questo valore, passato da una embrionale concezione di valore-mezzo⁸⁹, ancorato al canone di buona fede e fondamentale, ma non ancora autosufficiente a perseguire l'intero obiettivo del legislatore (es., evitare la sopraffazione del cliente), a valore-fine, esso stesso espressione di un autonomo principio generale⁹⁰. Eppure, nonostante

⁸² Che si tratti anche di obblighi emerge da Cass., 21 aprile 1995, n. 4505, almeno con riferimento specifico all'art. 2320, c. 3, c.c.

⁸³ Il riferimento è agli artt. 2313-2324 c.c., con particolare attenzione all'art. 2320, c. 3.

⁸⁴ Ciò consentirebbe all'accomandante anche di conoscere gli accertamenti fiscali condotti nei confronti della società, F. Pitrone, *Il "principio di trasparenza"*, cit., 114. Il controllo, in realtà, non sembra dotato di chissà quale peculiare incisività, si cfr., Cass., 24 marzo 2003, n. 4271: esso, infatti, è vero che riconosce agli accomandanti un diritto di impugnativa per falsità o per violazione di norme di legge o dell'atto costitutivo, ma è esercitabile solo alla fine dell'esercizio e non permette in ogni caso di sindacare il merito del bilancio, F. Pitrone, *Il "principio di trasparenza"*, cit., 114.

⁸⁵ Nella stessa realtà imprenditoriale non si dubita dei vantaggi sotesi al rispetto dei principi di trasparenza e correttezza, L. Cordero di Montezemolo, *Responsabilità sociale*, cit., 2.

⁸⁶ In termini, sia pure con riferimento alle sole società quotate, v. S. Gilotta, *Trasparenza e interesse societario al segreto*, cit., 256. Sempre lo stesso A. sottolinea come sia un bene che la trasparenza non superi mai determinate soglie, quand'anche sia finalizzata a garantire interessi pubblici di primario rilievo, cit. 282.

⁸⁷ M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 4 ss.

⁸⁸ E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 977.

⁸⁹ La maggiore chiarezza e comprensibilità del testo contrattuale viene ritenuta strumentale ad altri valori, come quello di rendere edotto il cliente o il consumatore dei costi e dei vantaggi dell'operazione, E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 979.

⁹⁰ E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 977, 979-980, 982.

le apparenze, anche qui non sembra di trovarsi davanti ad obblighi illimitati ed incondizionati⁹¹.

Tornando alle società, se la situazione è quella che è stata poc' anzi delineata, non si vede perché le dinamiche delle partecipate debbano presentare profili di eterogeneità. Le società di cui sia parte una Pubblica Amministrazione sono pur sempre società e come tali rispondenti alle logiche passate in rassegna. Ciò, ovviamente, non significa negare le loro indiscusse peculiarità.

Come specificato nei paragrafi che precedono⁹², infatti, le società partecipate derivano la propria genesi da una progressiva oggettivizzazione del settore pubblico, che segue una linea di tendenza inaugurata dal diritto europeo. Rappresentano istituti “di confine” tra il pubblico e il privato. Il loro terreno naturale, il terreno “d’elezione” potremmo dire, è quello della gestione di un servizio pubblico assunto da un ente territoriale e ad esse affidato nell’ambito di quelle forme di cooperazione che vengono comunemente ricondotte sotto l’egida del partenariato pubblico privato (PPP) c.d. istituzionale⁹³. Sebbene negli ambiti suddetti non emerga l’esercizio di un potere vero e proprio, inteso quale potere autoritativo, ma anzi lo svolgimento di una funzione per nulla autoritativa⁹⁴, è evidente che la stessa finalizzazione ai terzi del servizio, accompagnata dal fatto che lo stesso è ovviamente finanziato dal danaro pubblico, fa sorgere anche in capo al *quisque de populo* l’interesse/diritto a conoscere aspetti che in una normale compagine

⁹¹ Il riferimento alla “proporzionalità ne è una prova”, E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 980. Per maggiore chiarezza, si veda *infra* più avanti (in particolare nt. 101).

⁹² Si v. il par. 1 del presente lavoro.

⁹³ Così M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 373 ss., che lo affianca al partenariato pubblico privato contrattuale (concessione al privato). In materia, si v. anche G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, 24 ss.; a questo A., in particolare, si devono interessanti approfondimenti in materia di servizi pubblici: su tutti si consiglia, Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

⁹⁴ Traendo spunto dalle elaborazioni maturate da Massimo Severo Giannini, (si v., in specie, M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000), in dottrina viene evidenziato che l’elaborazione teorica del XIX secolo riteneva che le funzioni delle pubbliche amministrazioni si potessero distinguere in due generi: funzioni pubbliche in senso stretto e pubblici servizi. Mentre le prime erano le attività aventi carattere autoritativo, che non potevano che competere al pubblico potere, il pubblico servizio era inteso come quell’attività che il pubblico potere assume, di solito per legge, ma che potrebbe essere svolta da chiunque. Se il pubblico potere la assume, è perché vi sono ragioni di pubblico interesse: si tratta comunque, pur sempre, di attività rivolta ai terzi. Sul punto, L. Gizzi, *I servizi pubblici locali*, in *Coordinate ermeneutiche del diritto amministrativo*, a cura di M. Santise, Torino, Giappichelli, 2013, 75.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

societaria resterebbero relegati negli uffici dirigenziali. La *ratio* è evidentemente quella di garantire forme di controllo diffuso sull'utilizzo delle risorse pubbliche⁹⁵.

Quanto detto, però, ancora non giunge a legittimare un loro assoggettamento "totale" agli obblighi di pubblicazione e in dottrina vengono esaltati i pregi di un approccio funzionalizzato, quale quello sposato dal legislatore del 2012 (e mutuato dal governo nel 2013)⁹⁶.

Il punto è, come visto, che accostando il problema della tutela del segreto societario alla tutela delle risorse pubbliche, nell'ottica della valorizzazione di un impegno di maggiore trasparenza, si incontrano/scontrano, perlopiù, due esigenze uguali e contrarie. Da un lato quella al controllo *ab externo* della società, specie con riguardo all'utilizzazione delle risorse pubbliche: il cui ancoraggio "di principio", (costituzionale, quindi anche di un certo livello) è facilmente individuabile nel principio di buona amministrazione⁹⁷. Dall'altro lato, quella alla tutela del patrimonio conoscitivo aziendale, che, in questi ambiti (ma non solo), si identifica con la tutela del patrimonio economico aziendale. Senza contare che se la società opera anche nel settore pubblico, è chiaro su chi andrebbe a riverberarsi una eventuale *deminutio* patrimoniale. E non trova, pure questa esigenza, asilo nel *corpus* e, in particolare, nello spirito dell'art. 97 Cost., *sub specie* di buon andamento⁹⁸? Parrebbe proprio di sì.

⁹⁵ La trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è indubbiamente un ottimo strumento (anche) per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l'uso delle risorse pubbliche, così B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, cit., 127.

⁹⁶ M. Macchia, *Gli obblighi*, cit., 4 ss. In termini, anche M.G. Di Pace, *Intervento al Convegno "Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi"*, in *www.amministrativamente.com*, 2013, 4, che ammonisce della necessità di «mettere dei limiti e paletti» all'accesso pubblico, che è un fatto essenziale, purché «disposto in modo ragionevole e tenendo conto degli interessi della pubblica amministrazione e del privato e delle finalità che l'azione amministrativa intende perseguire». Il riferimento alla ragionevolezza è molto importante e, come vedremo, si avrà modo di tornare su se stesso più avanti nel presente scritto.

⁹⁷ Recita l'art. 1 già cit. del d.lgs. n. 33/2013: «La trasparenza [...] concorre ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto a una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

⁹⁸ Il principio del buon andamento comporta l'obbligo per la pubblica amministrazione e i suoi funzionari di conformarsi alle regole di economicità (implicante l'ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi a disposizione), efficacia (che, inerendo invece al rapporto tra obiettivi e risultati implica che l'azione amministrativa sia idonea a perseguire gli obiettivi prefissati), efficienza (che, afferendo al rapporto tra risorse impiegate e risultati con-

Ma allora qual è l'esigenza che merita di avere la meglio? La prima, riconducibile al principio del buon andamento⁹⁹ o la seconda, paradossalmente riconducibile anch'essa nel fuoco del medesimo principio?

È chiaro che qui la tradizionale tecnica del bilanciamento, utilizzata per risolvere contrasti tra due o più valori che sono sì incompatibili, ma che comunque trovano asilo nelle disposizioni della Legge Fondamentale, presenta profili di palese problematicità. Il problema è proprio quello di risolvere un dissidio che nasce e muore all'interno dello stesso valore e che tutelando sé stesso rischia di annientarsi.

Come è evidente, quando nella stessa realtà societaria convivono due essenze, quella pubblica e quella privata, in assenza di precise indicazioni legislative, l'interprete non può far altro che procedere per astrazione, partendo dal particolare e tornando al tutto, verso il salvifico atollo delle teorie generali, per cercare, ove possibile, di approdare ad un principio di fondo in grado di offrire una soluzione ragionevole. Ed è proprio la ragionevolezza che in questo quadro può offrire un valido appiglio. Del resto, è oramai opinione consolidata che essa rappresenti un imperativo riferibile non solo alla funzione amministrativa, ma, più latamente, alla generalità delle pubbliche funzioni, cui nessun atto di alcuna autorità potrebbe validamente sottrarsi: ciò in quanto le valutazioni e i giudizi riguardanti la ragionevolezza delle scelte contraddistinguono a pieno titolo sia l'amministrazione, sia la giurisdizione, sia la creazione del diritto, a cominciare dalla legislazione ordina-

seguiti, richiede l'adeguatezza delle risorse impiegate rispetto alla consistenza degli obiettivi da conseguire), così come elaborate a partire dal T.U. sugli impiegati civili dello Stato del 10 gennaio 1957, n. 3. Si veda, sul punto, R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 600 ss. L'auspicio perseguito con la valorizzazione del canone del buon andamento è quello di riuscire a superare una concezione burocratica e formalistica dell'attività amministrativa (indifferente, cioè, ai tempi e ai costi e attenta soltanto al rispetto delle forme) e di diffondere, al contrario, una mentalità "imprenditoriale" e aziendalistica, che si preoccupi, invece, del "risultato", G. Passarelli, *op. cit.*, 119. In dottrina si riportano i benefici effetti del principio sul sistema amministrativo nazionale, laddove viene affermato che «Le trasformazioni subite dall'amministrazione da un apparato meramente burocratico ad un'amministrazione di risultati hanno determinato l'applicazione di criteri di efficienza e produttività, in passato ritenuti propri solo del settore privato», si v. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *op. cit.*, 387.

⁹⁹ Alcuni autori mettono in evidenza le peculiarità di un «cambio di prospettiva: la trasparenza, nonostante venga intesa come accessibilità totale, lungi dal contrastare con il principio del buon andamento, è volta a favorirlo. Infatti le amministrazioni, sottoposte al controllo continuo della collettività, e messe in competizione tra loro, sono invogliate a gestire meglio le proprie risorse, a perseguire più efficacemente i propri obiettivi, ad adottare decisioni il più possibile lontane da sospetti di favoritismo. Non a caso il Decreto-trasparenza è stato adottato dietro delega contenuta nella cd. Legge Anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190)», si cfr. A. Fusco, *Le nuove frontiere*, cit., 190.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

ria¹⁰⁰. La ragionevolezza qui impone di mettere sul piatto della bilancia i due interessi che si contrappongono e risolvere la questione con una soluzione che sia in grado di permettere ad entrambi di sopravvivere, arrecando il minor nocumento possibile all'altro. Qui il principio viene specificamente in rilievo nella veste di proporzionalità¹⁰¹. È il principio del c.d. “minimo

¹⁰⁰ R. Chieppa, R. Giovagnoli, *op. cit.*, 387. Sulla ragionevolezza i contributi rilevanti non si contano; tuttavia, si ritiene in questa sede di rinviare, per organicità, completezza e ampiezza di vedute, alle pubblicazioni delle lezioni magistrali del ciclo “Ragionevolezza del diritto”, tenute presso l'Università degli Studi di Napoli “Suor Orsola Benincasa” nell'A.A. 2011/2012 e pubblicate per i tipi della Editoriale Scientifica. Si tratta di veri e propri saggi sull'argomento, che viene studiata, approfondita ed illustrata volta per volta in relazione ai vari rami del diritto da autorevoli esperti. Ciò nell'ottica di un approfondimento illuminato di una questione che, attraversando in maniera trasversale l'intero campo giuridico, non è opportuno affrontare in maniera settoriale.

¹⁰¹ In questo senso, si v. M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 3. Il concetto di “proporzionalità” rapportato alla “trasparenza”, peraltro, non è un qualcosa di assolutamente nuovo. Da tempo la dottrina civilistica in tema di contratto lo utilizza per promuovere una personalizzazione della trasparenza in relazione al tipo di clienti: una “manipolazione” di tali obblighi a seconda dell'idoneità del destinatario a comprendere appieno le informazioni, E. Minervini, *La trasparenza*, cit., 980; si operi un riscontro anche con quanto detto sopra, nt. 91. Per ogni approfondimento relativamente al principio di proporzionalità, si rinvia a A. Sandulli, *La proporzionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1998. Sull'analisi di “ragionevolezza” e “imparzialità”, S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1197 ss. Sulla distinzione tra i due concetti, G. Passarelli, *Lezioni*, cit., 121, «Benché alcune sentenze non distinguono tra ragionevolezza e proporzionalità, mostrando di considerare i due termini un'endiadi, i due principi restano concettualmente distinti: mentre la ragionevolezza attiene al bilanciamento qualitativo degli interessi (plausibilità e giustificabilità di esso), la proporzionalità riguarda il bilanciamento quantitativo, ossia la misura concreta del potere esercitato. La ragionevolezza, dunque, giustifica l'esercizio del potere in sé considerato (dunque, l'an di esso); la proporzionalità, invece, presupponendo già una scelta qualitativamente ragionevole, ne è parametro di legittimità sotto il profilo quantitativo, riferendosi alla necessità che la scelta sia concretamente posta in essere con l'esercizio di una quantità di potere che sia idonea al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per il contrapposto interesse privato che ne è inciso». La giurisprudenza fa spesso riferimento al principio di proporzionalità come adozione della soluzione idonea ed adeguata, «comportante il minor sacrificio per gli interessi compressi», così Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087. In dottrina, si v. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale*, cit., 606 ss., secondo cui tale principio, nella sua accezione comunemente riconosciuta, vieta alle pubbliche autorità di comprimere la sfera giuridica dei destinatari della sanzione in misura diversa ed ultronea rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo cui l'azione stessa è preordinata. Esso impone un'indagine trifasica, che si articola nell'accertamento dell'idoneità della misura allo scopo da raggiungere, della necessità della misura e della proporzionalità col fine, riconoscendo preferenza alla misura più mite che permetta, comunque, il raggiungimento dello scopo perseguito dalla norma. Specificamente a proposito della decisione amministrativa, ma il discorso è certamente riproponibile anche in tema di tecnica le-

mezzo” e della minima lesione possibile, già rinvenibile in una celebre opera di Giandomenico Romagnosi¹⁰² e recuperato tempo dopo da Federico Cammeo¹⁰³.

Da un’analisi del dato normativo vigente, sembra che il legislatore si sia fatto carico di queste istanze. Sulla scorta dell’esempio proveniente dal diritto europeo, quando introduce una nuova normativa in materia di pubblica amministrazione, sempre più spesso ne delinea in modo abbastanza dettagliato l’ambito applicativo. In questo modo si tenta di sopperire all’assenza di una definizione compiuta di pubblica amministrazione e si finisce col crearne di volta in volta una nuova, calibrata sulle specifiche esigenze che vengono in rilievo nel settore di riferimento. E in questa tecnica, si iscrivono anche i recenti provvedimenti normativi.

Le regole dettate dalla l. n. 190/2012 in materia di trasparenza (c. 15-33), infatti, si applicano alle società partecipate (e agli altri soggetti ivi indicati) solo laddove venga in rilievo una «attività di pubblico interesse, disciplinata dal diritto nazionale o dell’Unione europea». A ben vedere, il legislatore sembra qui recuperare e rifarsi a quanto previsto dall’art. 22, c. 1, lett. e), l. n. 241/1990¹⁰⁴ (che adopera una sistemática molto simile per circoscrivere i destinatari della propria disciplina)¹⁰⁵. Quella qui utilizzata è la c.d. lo-

gislativa, lo stesso autore evidenzia come la proporzionalità consegua al rispetto del principio nazionale di ragionevolezza.

¹⁰² A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo*, Milano, Franco Angeli, 2013, 47. L’opera cui si fa riferimento è G. D. Romagnosi, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814, 14 ss., meglio nota col titolo attribuitole dall’A. a partire dalla seconda edizione, *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Guasti, Prato. Su quest’ultimo aspetto, si cfr. A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, 7, nt. 22. Per uno sguardo critico verso la reale influenza del Romagnosi sul diritto amministrativo italiano, al netto delle enfaticizzazioni che per ragioni opportunistiche hanno caratterizzato gli approcci degli studiosi della scienza amministrativa nella prima metà del Novecento, A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 9 ss., in particolare, 11-12.

¹⁰³ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Lib. ed. G. Fornari, 1914, *passim*.

¹⁰⁴ La disposizione recita che si intendono «per “pubblica amministrazione”, tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario». Per una chiara ed esauritiva disamina dell’istituto dell’accesso agli atti e ai documenti amministrativi, come modificato dalla l. n. 15/2005, si rinvia ad A. Sandulli, *L’accesso ai documenti amministrativi (commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 494 ss.

¹⁰⁵ Sulla base di questi principi la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Ad. plen., n. 5/2005) è pervenuta ad escludere che nel caso di trasformazione di un ente pubblico in una società per azioni, l’obbligo di esibire un documento, scaturente da giudicato amministrativo pronunciato nei confronti dell’ente disciolto cadesse nel vuoto, statuendo, al contrario, che

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

gica delle “geometrie variabili”, propria del diritto europeo: ciò che viene in rilievo è non tanto la natura del soggetto, bensì il tipo di attività svolta¹⁰⁶. Alcuni autori, seguendo un’impostazione degna di nota, hanno cercato di individuare la *ratio* di una siffatta delimitazione, al fine di interpretare correttamente l’inciso. Può essere la strada giusta: è chiaro, infatti, come a questo punto tutto dipenda proprio da come vengono decifrati i requisiti dell’“interesse pubblico” e “dell’attività disciplinata”. Dalla maggiore o minore ampiezza della relativa lettura, se non altro, consegue la dilatazione ovvero il restringimento degli obblighi pubblicitari gravanti sulla società¹⁰⁷.

Partiamo dal primo interrogativo.

Sembra proprio che la *ratio* che ha spinto il legislatore a configurare in questo modo la questione degli obblighi di trasparenza delle società partecipate, vada ricercata proprio nelle istanze di proporzionalità, individuando in quei contorni testé delineati (sola attività di pubblico interesse, appunto) la sede naturale della loro esplicazione¹⁰⁸: l’obbligo di trasparenza non va generalizzato aprioristicamente, ma saldamente fissato a quei segmenti di attività societaria in cui venga in rilievo il perseguimento dell’interesse pubblico.

Anche così, però, residuano comunque alcune perplessità. È già stato evidenziato come la normativa introdotta nel 2013 sia certamente in grado per le sue caratteristiche di determinare, quanto meno nell’immediato, un aggravio dei costi incombenti sull’amministrazione, in vista sia della riorganizzazione delle modalità comunicative (in particolare, tramite il sito *web*

esso si trasferisce in capo al successore, a nulla rilevando la natura privatistica di quest’ultimo. Ciò perché, in base ad una linea interpretativa che ha trovato avallo al livello legislativo nell’art. 23, l. n. 241/1990, così come modificato dalle l. n. 265/1999 e l. n. 15/2005, le regole di trasparenza si applicano, oltre che alle pubbliche amministrazioni, anche ai soggetti privati chiamati all’espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico, ecc.), R. Chieppa, R. Giovagnoli, 657 ss.

¹⁰⁶ A. Fusco, *Le nuove frontiere del diritto di accesso*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, a cura di M. Santise, Torino, Giappichelli, 2014, 200.

¹⁰⁷ In questa valutazione, sarebbe quanto mai opportuno tenere conto delle riflessioni svolte da F. Patroni Griffi, *Intervento al Convegno “Funzione amministrativa e prevenzione dei fenomeni corruttivi”*, in *www.amministrativamente.com*, 2013, 4, dove l’ex ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione evidenzia da un lato, la minore crescita delle imprese che operano in questo ambiente e, dall’altro, le ripercussioni negative della corruzione “percepita” anche sugli investimenti dall’estero nel nostro mercato imprenditoriale (16%, secondo *Transparency international*).

¹⁰⁸ Critico verso questa scelta legislativa è M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 2, che osserva che «emerge in modo evidente, allora, che la disciplina di *self-disclosure* non è ritagliata sulle caratteristiche delle società pubbliche, ma a queste solo adattata, sulla scorta di una forzata assimilazione di esse alle pubbliche amministrazioni».

dell'ente), sia della soddisfazione degli oneri connessi al riconoscimento del diritto di accesso civico¹⁰⁹. Stanti così le cose, dunque, onde evitare di vanificare le nobili istanze alla base delle delimitazioni operate dal legislatore, è opportuno andare oltre il freddo dato legislativo per concludere che, quando si verte in tema di conoscenza o conoscibilità dei meccanismi interni di una partecipata ai fini delle prescrizioni imposte dagli artt. 11, d.lgs. n. 33/2013 e 1, c. 34, l. n. 190/2012, l'interprete non deve limitarsi a verificare che l'attività cui le informazioni afferiscono sia di pubblico interesse, ma è invitato altresì a dare un'interpretazione il più possibile ristretta di tale concetto (il "pubblico interesse"), in modo tale da sanzionare la mancata pubblicazione di quei dati societari la cui conoscenza è veramente indispensabile diffondere¹¹⁰

Solo così è possibile realizzare davvero le istanze sottese all'idea di un'amministrazione onesta, ma nonostante tutto efficiente.

Per ciò che concerne il secondo punto da illustrare, occorre una breve premessa. Il duplice riferimento all'attività disciplinata dal diritto nazionale o comunitario è segno dei tempi che spingono sempre più verso un'integrazione non solo asserita tra i due ordinamenti, nazionale ed europeo, ma sostanziale. Anche qui illustre precedente, come già notato per la questione dell'interesse, si rinviene nella disciplina del diritto di accesso contenuta nella l. n. 241/1990, il cui art. 22, c. 1, lett. e), sembra aver costituito una chiara fonte di ispirazione per la normativa che in queste pagine si va esaminando.

La posizione che sembra cogliere più nel segno è quella che, sulla scorta di una giurisprudenza amministrativa consolidatasi negli ultimi anni in materia di delimitazione del diritto di accesso agli atti della pubblica amministrazione e dei soggetti a tali fini equiparati¹¹¹, ritiene che, per assimilare l'attività delle società private a quella delle amministrazioni, serva una regolamentazione nazionale o comunitaria che disciplini o condizioni le scelte imprenditoriali di un soggetto privato. Vi deve essere, dunque, un'attività presa in specifica considerazione dalla normativa nazionale o europea

¹⁰⁹ A. Simonati, *La trasparenza*, cit., *passim*.

¹¹⁰ In dottrina, peraltro, viene rilevata la complessità dei parametri sulla base dei quali vanno stabiliti i criteri che individuano le attività di interesse pubblico ai fini del diritto comunitario, dove manca una definizione positivizzata di soggetto pubblico, per la cui individuazione si deve procedere sulla base di caratteri, non meramente formali, ma sostanziali (difficoltà paragonabili a quelle relative all'individuazione dei criteri atti ad individuare le società pubbliche riconducibili sotto l'egida dell'organismo di diritto pubblico), F. Ferraro-S. Gambacurta, *Anticorruzione. Commento alla riforma*, Rimini, Maggioli, 2013, 110.

¹¹¹ Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3768; sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

tesa a regolamentarne le modalità di esercizio: ossia una norma di ambito europeo o di diritto interno deve imporre alla società l'attivazione di procedimenti per la formazione delle proprie determinazioni, ovvero in relazione agli atti afferenti le scelte organizzative adottate in sede di gestione del servizio¹¹².

2.3. *Segue. La (probabile) prova regina: tecniche di redazione di fattispecie*

Del resto, la volontà legislativa di costruire un'applicazione limitata degli obblighi di trasparenza per le società partecipate, appare evidente già a priori in ragione di un altro elemento: la scelta di dedicare appositamente ad esse una disciplina peculiare, per certi versi eterogenea rispetto a quella dettata per tutti gli altri soggetti (ad es., le pubbliche amministrazioni *ex art.* 1, c. 2, t.u. sul pubblico impiego).

Va infatti precisato che la riconducibilità di un determinato ente nell'ambito applicativo di una determinata disciplina si articola in modo diverso a seconda della sua espressa menzione o meno nel testo. In mancanza di richiamo espresso, lo spazio di manipolazione della norma è certamente limitato, ma non ancora escluso in radice. Resta nella facoltà – e soprattutto nell'abilità argomentativa e persuasiva – dell'interprete (che sia la scienza giuridica, la giurisprudenza, una fonte ufficiale o quant'altro) dimostrare che al determinato ente non espressamente menzionato la disciplina risulta comunque applicabile, data, ad es., la riconducibilità dello stesso nell'alveo di un altro, espressamente preso in considerazione.

Ove, invece, esso rientri nel novero di quelli espressamente richiamati, bisogna distinguere. Se il richiamo è scevro da limitazioni e condizioni, *nulla quaestio*. Se, invece, l'espressa menzione è funzionale a sottolineare una disomogeneità applicativa (un ambito di applicazione meno ampio rispetto agli altri enti parimenti richiamati, una disciplina derogatoria, e così via) la questione è più complessa. Salvo situazioni veramente eccezionali, infatti, in un caso del genere sembra davvero difficile superare il dato normativo, svincolando l'ente in questione dalla disciplina disegnata apposta per lui dal legislatore, per andare a legarlo ad un'altra. Palese sarebbe la violazione in questo caso del principio di legalità ed enormi le ripercussioni sulla certezza del diritto.

Alcune tra le situazioni astrattamente ipotizzabili sono le seguenti. Si pensi al caso in cui alcuni enti vengono assoggettati *tout court* alla disciplina del testo di legge e altri solo ad una parte dello stesso. Oppure, a quello in

¹¹² M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 4.

cui nessun ente beneficia di un'applicazione completa, ma tutti sono legati a porzioni più o meno ampie di disciplina. Ovvero ancora, a quando tutti gli enti sono destinatari dell'intera disciplina, ma solo quantitativamente, perché per alcuni di essi sono previste delle deroghe più o meno ampie.

È esattamente quello che è accaduto relativamente alla disciplina della trasparenza. Il sistema – come visto – ricalca una sorta di “doppio binario”. Da un lato, configurando gli obblighi destinati esclusivamente alle pubbliche amministrazioni, in quanto tali. Dall'altro, specificando gli adempimenti cui sono tenuti anche enti diversi dalle amministrazioni, in presenza di determinate condizioni. Le ragioni di questa differenziazione sono da individuarsi nel dato di fondo che gli obblighi di trasparenza sono inscindibilmente legati al perseguimento dell'interesse pubblico. Gli enti pubblici perseguono tale obiettivo in relazione a qualsiasi ambito della propria attività, anche quando la esercitano ricorrendo agli strumenti del diritto privato (art. 1, l. n. 241/1990) sarebbe, pertanto, inutile operare distinzioni “funzionalizzate”. Non può dirsi altrettanto, invece, per quanto riguarda gli altri enti che non perseguono *istituzionalmente* l'interesse pubblico e con riguardo ai quali, dunque, anche l'applicazione degli obblighi di trasparenza va circoscritta a quei segmenti di attività in cui siffatto interesse venga in rilievo.

2.4. *Interferenze ufficiali: la circolare n. 1/2014*

Il quadro delineato dal legislatore, tuttavia, viene a trovarsi sotto una luce diversa a seguito della lettura fornita alle disposizioni della l. n. 190/2012 e del d.lgs. n. 33/2013 dal Ministero della funzione pubblica con circolare n. 1/2014, dove si propone un'interpretazione particolarmente articolata dell'ambito soggettivo di applicazione del decreto¹¹³.

Si tratta di un documento dalla formulazione non proprio chiara e che, peraltro, in certi casi pone persino qualche dubbio sulla correttezza delle premesse che vi fanno da sfondo.

Riassumendo molto schematicamente, viene sostenuto quanto segue¹¹⁴.

L'art. 11, d.lgs. n. 33/2013 individua, come destinatari privatistici degli obblighi «*integrali*» di trasparenza, le società partecipate e quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c.

¹¹³ Un precedente tentativo, ben più blando, di interpretazione della normativa in tema di applicazione del d.lgs. n. 33/2013 era stato effettuato dal Dipartimento della funzione pubblica con la già citata circolare 2/2013, 5 ss.

¹¹⁴ Per evidenti ragioni di speditezza, si ometteranno le citazioni delle singole parti del documento, cui si rinvia *in toto* per puntuali riscontri.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

Una serie di dati (il fatto che il successivo art. 22 ricomprenda una cerchia di soggetti – i cc.dd. «enti di diritto privato in controllo pubblico» – per certi versi più ampia¹¹⁵ rispetto a quella cui fa riferimento il precedente art. 11, ivi obbligati ad una serie di specifici adempimenti pubblicitari; il fatto che nell'art. 1, c. 34, l. n. 190/2012 sia fatta menzione anche degli «enti pubblici nazionali», menzione non riprodotta nel collegato decreto attuativo; la finalità sottesa al *pacchetto anticorruzione* di evitare aree di opacità sui flussi e sulle destinazioni delle risorse pubbliche¹¹⁶; la sempre più evidente volontà legislativa di includere nell'ambito della nozione di pubblica amministrazione tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro formale veste giuridica, perseguono finalità di interesse pubblico; la conseguente scelta di costruire l'ambito di applicazione soggettivo delle norme di un altro decreto figlio della l. n. 190/2012 – il d.lgs. n. 39/2013 – ponendo al centro la natura sostanziale dell'attività svolta dai soggetti, piuttosto che la loro mera veste formale) conduce, tuttavia, ad ipotizzare che il catalogo dei destinatari contenuto nell'art. 11 cit. non possa considerarsi completo e che, pertanto, vada integrato.

Ne deriva che la questione dei soggetti privati cui si applicano le regole sulla trasparenza è suscettibile di articolarsi in una interpretativa dicotomia avente come *leit motiv* il perseguimento dell'interesse pubblico e come ago della bilancia la situazione o meno di controllo. Procedendo in questo senso, può sostenersi che le norme sulla trasparenza debbano applicarsi a tutti gli *enti privati che svolgono attività di pubblico interesse*. Nella specie, la connotazione di interesse pubblico dovrà essere valutata caso per caso e in relazione all'attività che viene in rilievo, se la partecipazione detenuta dalla pubblica amministrazione nell'ente è minoritaria. È da considerarsi, invece, *in re ipsa*, in caso di controllo.

Per ciò che concerne la delimitazione della nozione di controllo¹¹⁷

¹¹⁵ Per certi versi perché se è vero che tale definizione è suscettibile di ricomprendere al suo interno anche soggetti diversi dalle società partecipate, è parimenti evidente che non tutte le società partecipate sono suscettibili in esso, restandone fuori quelle sulle quali la p.A. non esercita un controllo almeno effettivo. Secondo quanto di recente specificato anche dall'A.N.AC. in risposta ad alcuni quesiti ad essa posti, «sono da intendere quali enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, ivi incluse le fondazioni, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciute, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

¹¹⁶ Implicitamente in questo senso, sembrerebbe orientato anche F. Di Mascio, *Il primo anno*, cit., 273.

¹¹⁷ È, peraltro, da segnalare che il documento prende espressamente in considerazione, non ritenendolo di ostacolo, il caso in cui il controllo sia esercitato da più enti pubblici. È interessante qui proporre un parallelismo con la giurisprudenza europea, cui la circolare per

possono utilizzarsi i parametri del d.lgs. n. 39/2013¹¹⁸, in quanto, la *eadem ratio* rispetto al 33, permette di riconoscergli un'attitudine integratrice. Vanno, invece, escluse, dal novero dei destinatari delle norme sulla trasparenza le *società partecipate da amministrazioni pubbliche che emettono strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e quelle quotate in mercati regolamentati e le loro controllate*. Impongono questa soluzione «evidenti ragioni di pubblico interesse» nonché il coordinamento con le disposizioni del d.lgs. n. 39/2013.

Come accennato, le considerazioni del ministero non sembrano andare esenti da rilievi critici.

Il primo profilo di perplessità riguarda l'impiego del termine "integrali", riferito agli obblighi di trasparenza disegnati dall'art. 11, d.lgs. n. 33/2013 a carico dei destinatari. Cosa si intende veramente con esso? Se si ritiene il riferimento operante nei confronti delle regole, è chiaramente un errore, perché l'art. 11 limita espressamente l'applicazione degli obblighi alle sole previsioni contenute nell'art. 1, c. 15-33, l. n. 190/2012. Se lo si ritiene operante nei confronti dell'ente su cui gravano gli obblighi, e precisamente sul tipo di attività da esso svolta, la situazione non cambia di molto: la disposizione più volte richiamata, infatti, è parimenti chiara nell'affermare che, anche in presenza di tutti i requisiti richiesti, l'applicazione delle regole non sarà mai, neanche in questo senso, "integrale", andando solo a riguardare la porzione di attività coperta dal pubblico interesse.

sua stessa ammissione si ispira (si v. p. 11), che, in tema di affidamento *in house*, afferma che, ai fini della configurabilità del requisito del controllo analogo, non osta il fatto pacchetto sia posseduto da una pluralità di enti pubblici: in questo caso, il controllo per poter essere qualificato «analogo» non deve essere necessariamente esercitato da uno solo degli Enti pubblici partecipanti, ma può essere esercitato anche congiuntamente da essi, come ad es. in una società cooperativa intercomunale, CGCE, Sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*; 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*).

¹¹⁸ Della delimitazione del concetto se n'è occupata anche l'Autorità Anticorruzione, orientamento n. 79/2014, in www.anticorruzione.it. Per l'analisi delle innovazioni apportate dal d.lgs. n. 39/2013, si v., tra gli altri, D. D'Urgolo, *La nuova disciplina delle incompatibilità nel pubblico impiego nella recente legislazione anticorruzione*, in *Giust. amm.*, 2014, 6, 15 ss.; A. Baudino, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico di gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal D.L. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica e dal d.lgs. n. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi*, in *Nuovo dir. società*, 2014, 7, 40 ss.; F. Merloni, *Il regime delle inconfiribilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 806 ss.; G. Sirianni, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 816 ss.; A.E. Matarazzo, *Decreto legislativo n. 39/2013: un altro passo avanti nell'attuazione della legge anticorruzione*, in *Lo stato civile italiano*, 2013, 7, 61 ss.; T. F. Giupponi, *Il contrasto alla corruzione a cavallo tra due Legislature*, in *Quad. cost.*, 2013, 2, 329 ss.; U.G. Zingales (a cura di), *Rassegna della normativa statale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 6, 601 ss.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

In secondo luogo, la circolare giustifica il richiamo all'art. 22 sulla base del fatto che esso porrebbe dei peculiari obblighi di pubblicazione in capo ad una categoria di soggetti tutt'affatto eterogenea rispetto a quella dei destinatari "istituzionali" delle norme del decreto. Tuttavia, dall'art. 22 emerge a chiare lettere che gli adempimenti pubblicitari ivi contenuti sono riferiti, non ad un'ulteriore (e diversamente individuata) categoria di soggetti, bensì proprio alle pubbliche amministrazioni (presumibilmente, proprio quelle indicate dall'art. 11, c. 1)¹¹⁹, in presenza di alcune condizioni. Più specificamente, le amministrazioni dotate di compiti di vigilanza nei confronti di enti pubblici o che detengano partecipazioni in società *di diritto privato*¹²⁰ devono rendere noti («[c]iascuna amministrazione *pubblica e aggiorna* [...]») alcuni dati relativi alla misura della partecipazione o al controllo e ai rapporti comunque con essi intercorrenti (e non alle informazioni interne dell'ente *stricto sensu* intese). Del resto, se non fosse già abbastanza chiara la lettera della norma, a risolvere l'arcano basterebbe l'esame della *ratio* della previsione dell'obbligo. In base alla finalità di controllo ci si rende conto, nei casi ambigui, chi sia il vero destinatario dell'obbligo. Nel caso delineato dall'art. 22, infatti, essa è ravvisabile nell'intento del legislatore delegato di monitorare le pubbliche amministrazioni e non nel fatto di disvelare l'attività interna dell'ente vigilato, partecipato o controllato (*ratio* cui rispondono gli obblighi di trasparenza *veramente* destinati ai soggetti privati). La differenza è enorme. Gli obblighi di trasparenza e pubblicità fissati dalla normativa anticorruzione, infatti, hanno sempre come fine ultimo quello di controllare il destinatario diretto. L'obiettivo è quello di *far giocare il soggetto a carte scoperte*. Nel caso in esame è di tutta evidenza che il controllo non sia finalizzato ad un controllo dell'ente privato (o di quello pubblico vigilato), bensì proprio dell'amministrazione e di come utilizza le risorse pubbliche che è deputata ad amministrare.

L'interpretazione proposta, è peraltro anche corroborata dal successivo comma 5 della disposizione in commento. Lungi dall'essere posto direttamente in capo alle società cc.dd. *di secondo livello* – come pare, invece, sostenere il ministero – l'obbligo di «“promuovere” *l'applicazione dei “principi” di trasparenza*» anche qui sembra avere come unico destinatario diretto la p.A. indirettamente controllante e solo indirettamente l'ente partecipato in via indiretta (si perdoni l'involontario gioco di parole).

¹¹⁹ E, così, tutto torna a sistema.

¹²⁰ Si tratta di una specificazione dal significato quantomeno ambiguo. Anche tra i sostenitori della natura pubblicitica delle società partecipate, infatti, non si dubita che sia la partecipazione che fa mutare natura giuridica al soggetto, che indipendentemente da essa è, invece, sempre privata.

Il terzo rilievo critico concerne il riferimento generalizzato alle regole di trasparenza figurante nel postulato finale dell'opzione interpretativa della circolare. Non è chiaro, infatti, se le regole in questione siano comunque solo quelle di cui ai commi 15-33 dell'art. 1 della legge Severino ovvero tutte le norme del decreto trasparenza. In assenza di qualsiasi limitazione, è quest'ultima la tesi per cui si dovrebbe ragionevolmente propendere. Tuttavia, non si comprendono ancora le basi positive di questa ardita acrobazia interpretativa.

Ancora, volendo proseguire, sembra dogmatica l'affermazione per cui il legislatore (implicit.: *pacificamente*) accoglie gli enti privati che perseguono l'interesse pubblico nella nozione di pubblica amministrazione. Sulla scorta di quanto illustrato in precedenza (si v. *infra*, par. 1.3), questo più che un punto di partenza, può essere considerato al massimo un punto di approdo e sempre che, ovviamente, si condividano (e dimostrino?) le premesse che vi fanno da sfondo. Ma, in ogni caso, certamente non è pacifico¹²¹.

Infine, non si può sorvolare sul fatto che è quantomeno opinabile l'idea che negli enti privati in controllo da una pubblica amministrazione l'interesse pubblico sia sempre *in re ipsa*. A riprova di ciò, la sostanziale "inversione dell'onere della prova" rappresentata dal fatto che, sempre secondo la circolare, l'unico modo per evitare l'applicazione delle regole di trasparenza in capo a questa categoria di enti è quello di dimostrare «che il controllo non [è] finalizzato allo svolgimento di attività di pubblico interesse, ma di mere attività economiche o commerciali di rilievo esclusivamente privatistico».

A quanto consta, però, l'art. 1, c. 2, lett. c), d.lgs. n. 39/2013, cui la circolare rinvia per riempire il vuoto contenitore rappresentato da questa categoria, non fa alcun riferimento al pubblico interesse. E così anche qui, inevitabilmente, l'assunto assume un vago sapore assiomatico.

In questa sede, peraltro, non vuole entrarsi nel merito della scelta di ampliare l'ambito di applicazione soggettiva delle norme in materia trasparenza¹²² (scelta assolutamente legittima, purché si tengano sempre ben pre-

¹²¹ Qui significa andare ben oltre rispetto alla mera affermazione che la nozione di p.A. sta andando progressivamente (sempre che non si consideri l'opera già di fatto compiuta) "sostanzializzandosi": cosa che, come visto, ha più di un fondo di verità. Né il richiamo alla giurisprudenza sembra decisivo in tal senso, soprattutto in virtù del contrasto che notoriamente involge la questione in esame (si pensi che in due recenti sentenze, peraltro già citate, la Cassazione giunge a soluzioni nettamente opposte rispetto a quelle proposte dal ministero, v. *infra*, nt. 1).

¹²² Con ciò realizzando anche le aspettative di parte della dottrina che auspica già da

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

senti le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono)¹²³. Ma solo ricordarsi che tutto ciò dovrebbe – in ossequio ai principi che governano il nostro sistema giuridico – trovare la propria fonte nelle scelte del legislatore e non in virtuosismi ermeneutici degli organi ufficiali. In ossequio al dogma (questo veramente tale!) della certezza del diritto, unico vero principio portante, senza il quale tutti gli altri non sono che vuote promesse – nonché doveroso segno di rispetto da parte delle istituzioni verso i cittadini per la fiducia da essi accordata e di collaborazione istituzionale verso gli organi dell'applicazione (qualunque essi siano, giurisdizionali e non)¹²⁴ – sarebbe, pertanto, opportuno porre un freno alla prassi poco decorosa di “correggere il tiro” di leggi già operanti, attraverso interventi che più che interpretazioni assumono la conformazione di veri e propri *nova*.

In ogni caso, anche a prescindere dalle considerazioni appena svolte, è comunque un dato che quel *modus operandi*, volto ad evitare interpretazioni/applicazioni sostanzialmente elusive degli scopi che hanno accompagnato la legislazione anticorruzione, è stato già criticato nella misura in cui incontra la difficoltà obiettiva costituita dalle differenze terminologiche intercorrenti tra i vari testi di legge che dovrebbero costituire la base positiva di dell'interpretazione ivi proposta¹²⁵. Da altra angolazione, peraltro, si denuncia, il surrettizio mutare del criterio discrezionale per valutare l'an della pubblicazione. Ad uno oggettivo-funzionale, basato sul tipo di attività cui è legata l'informazione da pubblicare, se ne sostituisce uno soggettivo, che affianca ad altri elementi quello delle caratteristiche proprie dell'ente¹²⁶.

In altra misura, un simile orientamento si pone in evidente contrasto con chi, ben prima dell'emanazione della circolare n. 1/2014, già criticava l'eccessiva platea di soggetti pubblici destinatari della normativa anticorruzione¹²⁷.

tempo un'apertura in questo senso, si cfr., infatti, F. Ferraro, S. Gambacurta, *Anticorruzione. Commento*, cit., 110.

¹²³ La circolare, infatti, sembra preoccupata più della legittimazione *sociologica* dell'estensione che di rinvenire una sicura base su cui attuarla. Non è, perciò, assolutamente in discussione, ad esempio, la validità di quanto afferma la Corte dei conti nella determinazione n. 7/2014 del 12 febbraio 2014, richiamata *ad adiuvandum* dal ministero a pagina 13.

¹²⁴ Onde non alimentare, tra l'altro, il sicuramente infondato sospetto di voler scaricare su di essi decisioni ritenute scomode.

¹²⁵ M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza*, cit., 5.

¹²⁶ *Ibidem*, 5.

¹²⁷ F. Di Mascio, *Il primo anno*, cit., 273. È peraltro doveroso aggiungere che, d'altro canto, invece, l'interpretazione ufficiale segnalata in queste righe soddisfa almeno una richiesta avanzata dalla dottrina appena richiamata: quella ad una definizione più chiara e

2.5. *Le innovazioni apportate dal d.l. n. 90/2014, così come convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014*

Il d.l. n. 90/2014, così come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 114/2014, da una parte sembra proprio aver sposato l'impostazione suggerita dal Ministero della funzione pubblica nel 2013; dall'altra ha apportato ad essa un'importante correttivo.

Modificando l'art. 11, dedicato all'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 33/2013, il citato d.l. n. 90/2014 ridisegna incisivamente i destinatari degli obblighi di trasparenza.

Il nuovo articolo 11 lascia pressoché inalterato il primo comma, confermando che «per pubbliche amministrazioni si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». Apporta anche qui, tuttavia, un'importante modifica, facendo confluire in questa sede¹²⁸ «le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione» ma al contempo espungendo qualsiasi riferimento alla possibilità di calibrare i relativi adempimenti in base alle disposizioni dei rispettivi ordinamenti. Esse, dunque, perdono gli iniziali margini di autonomia che inizialmente erano stati loro riconosciuti.

La vera novità, però, è costituita dal nuovo secondo comma, che, evidentemente sulla scorta delle osservazioni promosse dalla Circolare D'Alia, estende (questa volta espressamente) l'ambito applicativo del decreto. Da una parte, agli enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dall'amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati (art. 11, c. 2, lett. a)). Difficile non ravvisare nell'operazione una risposta alle osservazioni mosse nel 2013, secondo cui la categoria in esame, già menzionata dalla legge Severino, non era stata poi trasfusa nel decreto.

Dall'altra – e questo ci interessa di più – agli enti di diritto privato in controllo pubblico, categoria qui inserita *ex novo* e considerata ricomprendere le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. da parte di pubbliche amministrazioni e gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di

meno ambigua delle norme di prevenzione della corruzione, specie con riguardo alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche.

¹²⁸ In precedenza erano contemplate dal terzo comma della disposizione.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi (art. 11, c. 2, lett. *b*). Non sembra revocabile in dubbio che ciò rappresenti il recupero delle sollecitazioni ministeriali, avvenuto attraverso l'accoglimento di una definizione che ricalca pedissequamente quella corrispondente contenuta nell'art. 1, c. 2, lett. *c*), d.lgs. n. 39/2013. Tuttavia, la conferma degli approdi interpretativi della circolare a questo punto subisce un'importante battuta di arresto. L'assoggettamento degli enti privati appena menzionati, infatti, non è incondizionato come avrebbe voluto il ministero, ma è limitato ai casi in cui il soggetto svolga «attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea». Difficile ignorare la portata dirompente dell'inciso. Disattendendo la pregressa impostazione ufficiale, il governo sembra aver chiaramente escluso che l'interesse pubblico vada necessariamente considerato caratteristica genetica di un ente per il solo fatto che una pubblica amministrazione esercita su di esso un controllo (c.d. interesse pubblico *in re ipsa*). Del resto, una soluzione diversa sarebbe stata faticosamente immaginabile, nella misura in cui avrebbe avuto tutta l'apparenza di voler risolvere autoritativamente una disputa che da lungo tempo divide dottrina e giurisprudenza e che non sembra per nulla ancora essere avviata a soluzione.

Secondo questa nuova impostazione, dunque, gli obblighi fissati dall'art. 1, c. 15-33, l. n. 190/2012 rimangono vincolanti per le sole società con partecipazione “non maggioritaria” (art. 11, c. 3). A quelle con partecipazione “di controllo” (purché si verta nell'ambito di un'attività di interesse pubblico, disciplinata dal diritto nazionale o europeo), come invece visto, si applicano tutti gli obblighi di trasparenza che il d.lgs. n. 33/2013, nella sua versione originaria, espressamente riservava alle sole pubbliche amministrazioni (quelle di cui all'articolo 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001, secondo le indicazioni fornite ancora oggi dall'art. 11, c. 1).

È di tutta evidenza, comunque, come il governo abbia fatto un notevole passo avanti nel senso dell'ampliamento dei destinatari degli adempimenti di pubblicazione. La scelta di mantenere fermo il limite dell'interesse pubblico rappresenta, peraltro, un'importante segnale che non può che essere salutato con generale approvazione. Dimostra, infatti, che l'estensione opera solo in *orizzontale*, abbracciando cioè altri enti che prima risultavano esclusi, ma non anche in *verticale*, ampliando in profondità lo spettro e l'area di siffatti oneri; con ciò contraddicendo palesemente gli spunti contenuti nella circolare.

Ciò che si nota è, invece, da un lato, l'espunzione dal *corpus* dell'art. 11 del riferimento alle partecipate indirette; dall'altro, la perdurante assenza di qualsiasi riferimento alle società partecipate da amministrazioni pubbliche

che emettono strumenti finanziari, quotati in mercati regolamentati, che la circolare n. 1/2014 aveva escluso in via interpretativa dall'ambito di applicazione delle norme sulla trasparenza. Resta, pertanto, dubbio se il silenzio serbato dal legislatore sul punto possa essere considerato avere o meno valore indicativo (ma almeno nel primo caso, sembrerebbe doversi concludere affermativamente).

2.6. Il “Documento condiviso dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e dall’Autorità Nazionale Anticorruzione per il rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e/o controllate dal Ministero dell’Economia e delle Finanze”

Qualche dubbio sulla definitività delle acquisizioni in base alle quali gli enti di diritto privato in controllo pubblico non perseguano istituzionalmente l'interesse pubblico viene da un documento di recente pubblicazione che porta la firma del capo di Gabinetto del ministro dell'Economia e delle Finanze, Roberto Garofoli e del Presidente ANAC, Raffaele Cantone.

In esso, dopo alcune specificazioni relative ai rapporti tra Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e modelli *ex d.lgs. n. 231/2001*, tema molto interessante, ma decisamente fuori dal nostro tracciato, si registrano almeno due rilevanti notazioni.

La prima è relativa alla delimitazione del controllo *ex art. 2359 c.c.* Secondo il documento, il controllo di cui deve tenersi conto ai fini in esame – sia diretto che indiretto – è solo quello contemplato dai primi due commi della disposizione civilistica. Ciò perché l'art. 2359, c. 1, n. 3, fa riferimento ai rapporti intersocietari e non a quelli tra pubbliche amministrazioni e società, cui invece ha riguardo la disciplina di prevenzione della corruzione. A parte la precisazione sulla delimitazione della nozione di controllo, assume una valenza peculiare il richiamo alle controllate indirette. Come già anticipato, infatti, questo riferimento era stato espunto dal nuovo art. 11 e ciò faceva pensare ad una sua volontaria (ma in verità non chiara, perlomeno quanto alle vere ragioni) eliminazione. La stessa proposta di desumerlo in via interpretativa dall'art. 22, d.lgs. n. 33/2013, avanzata dalla Circolare n. 1/2014, era stata criticata per le ragioni che si sono espone. All'epoca, però, la menzione era comunque ancora in vita nell'art. 11, c. 2, perciò, pur non condividendosi l'ulteriore estrapolazione dall'art. 22, non si poteva dubitare della sua presenza nel sistema. Adesso, invece, il tentativo operato è ancora meno giustificabile, conseguendo all'eliminazione espressa dell'inciso dalla disposizione citata. Peraltro, non viene neanche indicato, come si ritiene sarebbe stato necessario, un convincente appiglio normativo a sostegno.

le società partecipate e gli obblighi di trasparenza

Ma le perplessità non sono finite. Segue, infatti, una peculiare interpretazione della limitazione alle attività di pubblico interesse, che circoscrive gli adempimenti pubblicitari cui sono tenuti tali soggetti, la quale, ove interpretata alla lettera, sarebbe capace di mettere in crisi gli approdi che a partire dalla fine dell'estate sembravano consolidati. Nello specifico, il documento recita che «in relazione alle società in controllo pubblico, restano escluse dall'applicazione della disciplina della trasparenza solo le attività che non siano qualificabili di pubblico interesse, mentre devono ritenersi soggette sia le restanti attività sia l'organizzazione, pur con i necessari adattamenti discendenti dalla natura privatistica delle società stesse». Da un'attenta analisi, questa lettura, molto simile a quella sostenuta alcuni mesi prima dal ministero, non sembra affatto in linea con la lettera del d.lgs. n. 33/2013, come modificato nel 2014. Anzi, sembra invertire totalmente quanto in essa affermato. Dire che le norme sulla trasparenza si applicano «limitatamente alle attività di pubblico interesse», infatti, non sembra la stessa cosa di dire che «restano escluse dall'applicazione della disciplina della trasparenza solo le attività che non siano qualificabili di pubblico interesse, mentre devono ritenersi soggette sia le restanti attività sia l'organizzazione, pur con i necessari adattamenti discendenti dalla natura privatistica delle società stesse». È il rapporto tra regola generale e criterio di applicazione residuale che risulta invertito. Nel primo caso è come se si dicesse che, agli enti di diritto privato, l'applicazione delle regole in tema di trasparenza è un'eccezione. Seguendo la seconda impostazione, invece, è vero proprio il contrario: è la non applicazione a diventare l'eccezione.

Tuttavia, così facendo, è innegabile che si torna a rimescolare il calderone della questione della natura giuridica degli enti privati su cui le pubbliche amministrazioni esercitano un controllo (e in specie, per ciò che ci interessa, le società partecipate), generando ulteriore confusione sul tema.

È auspicabile, pertanto, un intervento chiarificatore che indichi la strada da seguire, in conformità alle regole di certezza di cui si è sottolineata l'importanza.

Abstract

The transparency principle is expressly listed by the Italian legislator among the general principles administrative Law. This should logically imply its involving action towards all subjects related to the genus: "public body".

Hence, the resolution of the long, dated back legal issue regarding the public na-

ture of partnership companies is susceptible of having major importance under this aspect, determining the subjection or, on the contrary, legitimizing the exclusion of these subjects from the relative field of application.

Yet, the evolution the transparency principle of transparence has been undergoing for the last ten years has progressively altered its initial connotations, drawing it, in some way, near the conceit of publicity. This transformation advises against proceeding to generalized applications of this new form of transparency, seen as relative incompatibility with the underlying rationale of legal requirements for the partnership companies. Any evaluation, then, should not leave out of consideration a very careful assessment of costs-benefits.

The analysis of publicity obligations imposed by the law 190/2012 before, and by the linked Law act (Legislative Decree) 33/2013 then, shows that the legislator is fully aware of the situation and that he has reasonably tried to limit as much as possible the disadvantages of an unconditioned extension of transparency requirements. Yet the indications coming from some recent official interpretations seem to set on a different position.

NOTE A SENTENZA

VERIZON v. FCC, 11-1355 (D.C. Cir. 2014)

È ragionevole l'interpretazione della sezione 706 del Telecommunication Act del 1996 che autorizza la Federal Communication Commission (FCC) a esercitare poteri regolamentari in materia di trattamento del traffico Internet da parte dei fornitori di accesso alla banda larga ove ciò sia giustificato dall'esigenza di preservare e facilitare il "circolo virtuoso di innovazione", della Rete. Ciò premesso, anche se la FCC è dotata di un potere generale in questa materia, non può adottare disposizioni regolamentari contraddittorie rispetto a precedenti disposizioni regolamentari che integrano il contenuto di norme di rango legislativo. In particolare, la Commissione ha scelto di non classificare i fornitori di servizi di accesso e connettività alla banda larga come operatori di telecomunicazioni soggetti al regime dei common carriers. Dal momento che la FCC non è riuscita a dimostrare che gli obblighi di non discriminazione e il divieto di blocco stabiliti dall'Open Internet Order del 2010 non rientrano tra le misure regolamentari applicabili ai soli common carriers, tali obblighi sono dichiarati illegittimi ed espunti dalle regole sulla net neutrality.

MARIA LUCE MARINIELLO*

NET NEUTRALITY E QUALIFICAZIONE DEI SERVIZI DI ACCESSO ALLA BANDA LARGA DOPO IL CASO *VERIZON*: QUALE LEZIONE PER L'EUROPA?

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il contenzioso in materia di *net neutrality* negli Stati Uniti. – 3. Le questioni giuridiche trattate nel caso *Verizon v. FCC*. – 4. Profili di interesse per un confronto con l'ordinamento europeo. – 5. Prospettive della regolamentazione dopo la sentenza *Verizon*.

1. Il caso

Le imprese erogatrici di servizi di accesso a Internet possono impiegare una varietà di tecniche e tecnologie per la gestione dei flussi di infor-

* Le opinioni in questo scritto sono espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza.

mazioni che gli utenti si scambiano attraverso la Rete. L'esercizio di queste tecniche (*traffic management*) risponde a diverse logiche e finalità: impedire disservizi quando si verificano rischi di congestionamento delle reti, cioè quando i volumi di traffico dati da trasportare da un punto all'altro risultano eccessivi rispetto alla capacità di banda disponibile in un dato momento; impedire l'accesso attraverso Internet a contenuti o servizi illegali, come il gioco d'azzardo non autorizzato o i materiali pedopornografici; concludere accordi commerciali con i fornitori di contenuti audiovisivi o servizi digitali, in virtù dei quali l'operatore che fornisce accesso a Internet si impegna a ostacolare la fruizione, da parte dei propri abbonati, di contenuti o servizi concorrenti. Per ragioni diverse, in definitiva, il *traffic management* sulle reti a banda larga è in grado di alterare i principi architettonici che in origine avevano caratterizzato il funzionamento di Internet come Rete di reti "neutrale", nel senso che le modalità di trasporto dei pacchetti di dati sono indifferenti rispetto al contenuto delle informazioni, al mittente o al destinatario delle comunicazioni¹. Analogamente, rischia di essere compromesso il carattere "aperto" della Rete, in cui tutti i punti terminali sono accessibili dagli utenti senza interferenze dell'operatore di telecomunicazioni, poiché il *traffic management* è in grado di condizionare l'esperienza di navigazione sotto il profilo della qualità delle connessioni, della effettiva capacità di raggiungere qualsiasi destinatario, nonché di accedere a servizi, contenuti, applicazioni utilizzando una varietà di dispositivi a scelta dell'utente².

A fronte di questo fenomeno, legislatori e autorità di regolazione del settore sono posti di fronte a diversi interrogativi. Per esempio, quali rischi comporta il *traffic management* per la libertà di scelta e di espressione degli utenti? Qual è il rapporto tra l'architettura delle reti e la concorrenza tra le imprese della catena del valore di Internet? Di quali poteri dispongono le autorità di regolazione per controllare questo fenomeno?

¹ È noto che lo stesso concetto di *net neutrality* è controverso in dottrina. La più citata definizione di neutralità della rete è quella elaborata da Tim Wu nel 2003 e pubblicata sul primo blog dedicato al tema: «Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally». «Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally». Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003.

² B.M. Frischmann, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, 89 *Minn. L. Rev.* 917, 939-41 (2005); B.M. Frischmann & B. van Schewick, *Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A reply to Professor Yoo*, 47 *Jurimetrics J.* 383, 384 (2007); M.A. Lamley & B.M. Frischmann, *Spillovers*, 107 *Colum. L. Rev.* 257, 297 (2007).

Con la sentenza in commento la Corte di Appello di Washington DC ha confermato la competenza dell'autorità statunitense *Federal Communication Commission* (FCC) a regolamentare i servizi di accesso alla banda larga in modo da garantire il carattere aperto e neutrale di Internet, anche in assenza di norme di rango primario che indichino espressamente la *net neutrality* come un obiettivo della regolazione. Confermando un consolidato orientamento interpretativo della legge istitutiva della FCC, il *Communication Act* del 1934, la Corte ha ritenuto legittimo l'esercizio di potestà normative in materia di accesso a Internet in quanto inerenti al conseguimento delle finalità statutarie dell'ente e, dunque, comprese nel novero dei poteri impliciti o accessori descritti con l'espressione «*ancillary jurisdiction*»³.

Ciò nonostante, la stessa Corte ha ritenuto illegittime alcune disposizioni del regolamento controverso – “Open Internet Order” – in quanto applicabili soltanto ai gestori di reti e servizi di telecomunicazioni aperti al pubblico (*common carriers*) soggetti al regime previsto dal Titolo II del *Telecommunication Act*. I servizi di accesso alla banda larga, infatti, sono stati qualificati dalla stessa FCC come servizi informativi (*information services*) sottratti a siffatto regime e soggetti alla meno intensa regolazione pubblica (c.d. *light touch regulation*) imponibile per mezzo dell'esercizio di potestà residuali⁴.

Secondo ragionamento della Corte, il divieto di discriminazioni e blocco dell'accesso a Internet rappresentano il tipico contenuto di obblighi di servizio pubblico. Pertanto, la FCC non è autorizzata a imporre siffatti obblighi in assenza di una previa destinazione all'interesse pubblico delle infrastrutture e dei servizi di accesso alla banda larga.

La decisione in esame ha avuto ampia eco anche in Europa, dove le regole sulla *net neutrality* sono al centro di un vivace dibattito che investe i potenziali effetti di discriminazioni di prezzo e qualità nei mercati dell'accesso

³ Tale espressione si riferisce specificamente ai poteri esercitati dalla FCC in attuazione del Titolo I del *Communication Act* e fu coniata dalla Corte Suprema statunitense con la sentenza *United States v. Sw. Cable Co.*, 392 U.S. 157, 181 (1968). Per una ricostruzione delle applicazioni giurisprudenziali della *ancillary jurisdiction* in riferimento alla regolamentazione del mercato dell'accesso a Internet, si v. J.B. Speta, *FCC Authority to Regulate the Internet: Creating It and Limiting It*, 35 Loy. U. CHI. L.J., 2003, 15-23.

⁴ FCC, *Framework for Broadband Internet Service*, 75 Fed. Reg. 36071-01 para. 1-2 (June 24, 2010). Per un commento che chiarisce la differenza tra il regime applicabile ai *common carriers* e quello previsto per gli *information service* tra cui sono annoverati i servizi di accesso alla banda larga per effetto di un intervento di deregolamentazione, si v. J. D. Lemon, *Reclassifying Broadband Internet Access: Who Cares What Congress Wants Anyway*, *Liberty University Law Review*, Vol. 6, Issue 1 (Fall 2011), 137-174.

a Internet e dell'interconnessione IP⁵. A fronte della dimensione prevalentemente tecnologica delle questioni discusse⁶ – che investono, da un lato, le scelte architettoniche e le politiche di *routing* degli operatori di reti e, dall'altro, gli accordi commerciali tra diversi attori della catena del valore di Internet – l'esistenza di incentivi alle discriminazioni del traffico IP hanno riflessi sulla libertà di scelta e di espressione degli utenti della rete⁷, nonché sulla concorrenza tra le imprese dell'ecosistema di Internet. Il dibattito ha assunto una forte connotazione politica, con posizioni polarizzate a favore o contro l'impiego di tecniche di gestione del traffico in rete a seconda che si privilegi il valore della garanzia di una Rete aperta come strumento di esercizio della libertà di comunicazione o, invece, quello della concorrenza sui prezzi e sui livelli di qualità in grado apportare benefici in termini di crescita economica e benessere dei consumatori⁸. Ciascuno dei profili menzionati

⁵ Tra le analisi giuridiche che illustrano le origini del dibattito in Europa, di qualche anno posteriore a quello negli Stati Uniti, si segnala lo studio monografico di Christopher T. Marsden, *'Net Neutrality: Towards A Co-Regulatory Solution'*, London, 2010, 3-4. L'a. riassume in questi termini le questioni in gioco: «Net neutrality is about the rules of the road for Internet users, and about the relationship between the owners of those roads and the users. Government is asked to make a decision as to which users have priority and whether road charging should be introduced, ostensibly to build wider and faster roads in future».

⁶ Cfr. *ante*, nota 4.

⁷ Per una trattazione aggiornata di questi aspetti del dibattito sulla net neutralità, focalizzata sul quadro costituzionale italiano ed europeo, si rinvia al numero monografico di *Percorsi Costituzionali "Libertà in Internet"* n. 1/2014, con particolare riguardo al contributo di A. Valvo, *Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale*, 97-115.

⁸ L'esame delle questioni giuridiche sollevate dal contenzioso statunitense in materia di *net neutrality* non può prescindere da una pur sommaria ricostruzione degli aspetti tecnici e di mercato che alimentano il dibattito scientifico sull'opportunità di mantenere il carattere aperto e neutrale di Internet. Le informazioni digitali scambiate attraverso la Rete sono veicolate mediante pacchetti, cioè sequenze di bit. La capacità della Rete di trasportare i pacchetti di traffico generati dagli utenti è limitata dall'ampiezza di banda delle infrastrutture di comunicazioni che consentono il collegamento a Internet. Pertanto, in un dato intervallo temporale ciascuna rete potrà assicurare il trasporto di determinati volumi di traffico, a seconda della banda disponibile. Quando una maggiore quantità di pacchetti è instradata nello stesso istante, superando cioè i limiti di capacità della rete, si determina una situazione simile a una coda di traffico in autostrada. (Jordan Wellington, Note, *Free the Net*, 2 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 533, 536-37, 2008). Fino a una certa fase di sviluppo di Internet, la gestione dei flussi di traffico IP sulle reti rispondeva prevalentemente al principio di funzionamento noto come "best effort": non era cioè garantita priorità a nessun tipo di pacchetti perché l'operatore di rete instradava il traffico indipendentemente dall'origine e dalla destinazione delle comunicazioni, secondo la regola del "first in, first served". Nell'attuale fase di sviluppo tecnologico e di mercato, si assiste all'incremento esponenziale dei volumi di traffico IP generato dall'aumento di utenti di Internet che accedono a un numero crescente di servizi e

nati meriterebbe una specifica e approfondita trattazione in rapporto all'evoluzione tecnologica e di mercato di Internet e, per ragioni di economia espositiva, si rinvia alla copiosa letteratura che ne ha indagato implicazioni giuridiche ed economiche soprattutto in termini di configurabilità del diritto degli utenti di accedere alla banda larga. Questo contributo intende

applicazioni online, e da vera e propria esplosione di contenuti digitali audiovisivi online, cui corrispondono maggiori volumi in termini di pacchetti. Dal momento che la capacità di trasporto del traffico IP è limitata dalla banda disponibile, questa situazione ha contribuito alla diffusione di tecniche di gestione delle reti volte a scongiurare i rischi di congestione, che ostacolerebbero il funzionamento di Internet nel suo complesso. In alcuni casi, la garanzia di determinati livelli qualitativi è indispensabile: per esempio la fornitura di "servizi specializzati", come la IPTV o la videoconferenza, non tollera ritardi nella trasmissione dei pacchetti a differenza di altri servizi, come l'email. Le tecniche in parola sono definite nel gergo delle telecomunicazioni come "pratiche di *traffic management*", espressione che comprende una varietà di tecnologie e tecniche di gestione delle reti accomunate dall'abbandono del principio del *best effort* e dalla differenziazione dei flussi di traffico IP in base all'origine, alla destinazione o ai servizi, applicazioni e contenuti cui si riferisce ciascun pacchetto. Sul piano della politica del diritto queste pratiche pongono la seguente questione: si possono autorizzare i *router* a rallentare selettivamente i pacchetti? La risposta a tale domanda presuppone, pertanto, un'analisi dei potenziali effetti sulla concorrenza e sui consumatori. (J.F. Kurose, K.W. Ross, *Computer networking*, 2001, 61). A fronte di questa rudimentale ricostruzione del contesto tecnologico, il dibattito sulla *net neutrality* è sorto dalla preoccupazione che la diffusione di pratiche di *traffic management* possa creare incentivi agli operatori di reti per porre in essere discriminazioni di prezzo e di qualità per i propri servizi di accesso e interconnessione IP. Secondo i fautori della *net neutrality*, dal momento che quello dell'accesso a Internet è un mercato pluri-versante, gli operatori avrebbero interesse a limitare l'accesso dei propri utenti a contenuti, servizi e applicazioni non remunerativi, e a garantire priorità al traffico generato dalle imprese Internet (motori di ricerca, social network, piattaforme di e-commerce, applicazioni VoIP, ecc.) disposte a remunerare siffatti servizi, di norma pagati soltanto dall'utente finale, secondo il modello tariffario c.d. "*bill and keep*". (sul punto in part. Economides N. Tag J., *Net Neutrality on the Internet: a two-sided market analysis*, Information Economics and Policy, 24, 2012, 92). La diffusione delle pratiche di gestione del traffico comporterebbe, pertanto: un'alterazione del principio originario di funzionamento di Internet, secondo cui tutti i pacchetti erano trattati senza discriminazioni in base alla provenienza o alla destinazione, in virtù del carattere neutrale della Rete; un'alterazione della struttura dei ricavi degli operatori che controllano le reti di accesso che, potendo negoziare condizioni di fornitura differenziate dei propri servizi sui versanti delle imprese Internet, avrebbero un incentivo a limitare il diritto dei propri abbonati ad accedere a una rete aperta a tutti i servizi, contenuti e applicazioni, caratteristica determinante del successo di Internet nel nostro tempo. Non mancano, d'altra parte, studiosi delle scienze economiche che osteggiano questo scenario, enfatizzando gli effetti positivi delle differenziazioni di prezzo e qualità in un mercato competitivo e rilevando che, allo stato attuale, non vi è evidenza di deviazioni significative dal paradigma del carattere aperto e neutrale di Internet. (Gary S. Becker et al., *Net Neutrality and Consumer Welfare*, 6 J. Competition L. & Econ. 497, 499, 2010).

piuttosto analizzare la sentenza in chiave comparatistica, evidenziando i profili di maggiore interesse per i regolatori e i *policymaker* europei (Commissione, BEREC) e nazionali del settore delle comunicazioni elettroniche.

Il primo riguarda il fondamento giuridico dell'intervento regolamentare *ex ante* delle autorità indipendenti in rapporto all'obiettivo di preservare il carattere aperto e neutrale di Internet⁹. Il secondo investe l'adeguatezza dell'intervento pubblico, sul piano della scelta degli strumenti di azione amministrativa e della natura degli obblighi imposti ai fornitori di accesso a Internet in un contesto tecnologico e di mercato che rende difficile la perimetrazione degli ambiti di disciplina e le qualificazioni giuridiche di reti e servizi. Il terzo riguarda l'impatto della sentenza sulle due sponde dell'Atlantico: a parziale conferma del dialogo tra ordinamenti osservato nello spazio giuridico globale con riguardo a diversi settori di *policy*, comprese le regole per Internet, il caso *Verizon* ha innescato un convergente processo di revisione dell'impianto normativo a garanzia della neutralità di Internet¹⁰. Negli USA, l'ottemperanza alla sentenza ha infatti richiesto l'avvio di una

⁹ In materia di *net neutrality*, le funzioni oggetto di esame in questo contributo comprendono potestà normative, sanzionatorie e di risoluzione delle controversie, nonché la funzione di regolazione dei mercati tipicamente esercitata dalle autorità indipendenti nel settore delle telecomunicazioni il cui disegno organizzativo presenta numerose analogie nell'ordinamento statunitense e in quello europeo. Segnalando che la letteratura sul punto è molto ampia, un contributo che mette in luce le analogie tra le funzioni della FCC e quelle delle ANR europee è a cura di G.P. Cirillo, R. Chieppa, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 41, Padova, Cedam, 2010, 7-19. Per una descrizione dei tratti di specie che connotano la funzione di "market regulation", nel settore delle comunicazioni elettroniche, si rinvia a S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. D'Alberti, Bologna, il Mulino, 2000, 11 ss. Nel senso che la funzione sia frutto del processo di integrazione europea, si v. anche S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 300 ss. che segnala, in particolare, l'efficacia conformativa del diritto europeo dei relativi procedimenti di regolazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche affidati alle autorità nazionali.

¹⁰ Nel senso predicato dalla teoria che registra una comune tendenza degli ordinamenti statali (e regionali) contemporanei ad adeguare non solo le norme di diritto interno ma anche i propri apparati amministrativi, B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 15 (Summer/Autumn 2005), 22; S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza 2003, Id. *Oltre lo Stato*, Laterza, 2006, in part. p. 125. La convergenza normativa e tra sistemi amministrativi in materia di *net neutrality* non è un effetto automatico del dialogo pur ravvisabile tra le autorità operanti sulle sponde dell'Atlantico. Si tratta, piuttosto, di un esito ricercato nel diritto internazionale con la Conferenza ITU di Dubai, convocata nel 2012 per la revisione del Trattato multilaterale *International Telecommunications Rules (ITRs)* con cui i governi dei principali paesi europei e degli Stati Uniti hanno avviato un negoziato internazionale con riflessi sui rispettivi ordinamenti nazionali.

consultazione pubblica per la riforma del regolamento parzialmente annullato dalla Corte di Washington DC mentre, in parallelo, in procedimento legislativo europeo per l'adozione del Regolamento "Telecom Single Market" è stato interessato da un rafforzamento delle garanzie in materia di *net neutrality* conseguente agli emendamenti votati dal Parlamento UE¹¹. La questione di fondo che attraversa il doppio binario della *net neutrality* negli USA e nell'UE è la ricerca di soluzioni giuridiche idonee a garantire agli utenti l'accesso alla rete in condizioni non discriminatorie sul piano dei prezzi e della qualità, ma fuori dai confini angusti delle tradizionali qualificazioni giuridiche dei servizi pubblici e di pubblica utilità.

2. Il contenzioso in materia di *net neutrality* negli Stati Uniti

Come è noto, negli Stati Uniti il contenzioso tra le imprese fornitrici di accesso a Internet e la FCC sulle regole in materia di *net neutrality* ha un fondamentale precedente nel caso *Comcast*¹². Nel 2008, accogliendo le istanze di alcune associazioni di utenti¹³, la FCC aveva ordinato all'operatore via cavo Comcast di porre fine alla propria politica aziendale di limitazione dell'accesso al servizio di *peer to peer* offerto da BitTorrent e di adottare misure di trasparenza sulle pratiche di gestione del traffico IP sulle proprie reti¹⁴. Il *Comcast Order* è stata la prima decisione di un'autorità amministrativa volta a orientare le condotte degli operatori agli obiettivi di *net neutrality*. Essa ha rappresentato il tentativo di regolamentare la materia attraverso interventi di "*regulation by litigation*"¹⁵, con un provvedimento che

¹¹ Dopo alcuni contrasti emersi all'interno del Consiglio europeo telecomunicazioni del 27 novembre 2014, il negoziato è stato rilanciato con l'avvio del semestre di Presidenza Lettone <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5071-2015-INIT/en/pdf>.

¹² *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010). Per un commento sulla portata di questa sentenza in relazione all'esigenza di regolamentare il mercato dell'accesso alla banda larga negli Stati Uniti, si v. Emily R. Roxberg, *FCC Authority Post-Comcast: Finding a Happy Medium in the Net Neutrality Debate*, 37 J. Corp. L. 223 2011-2012, 225 e ss.

¹³ In particolare, associazioni in difesa della libertà di accesso all'informazione. Cfr. *Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications*, Memorandum Opinion and Order, 23 FCC Rec. 13,028, 11 (2008) <http://hraunfoss.fcc.gov/edocspublic/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf>.

¹⁴ FCC, *Memorandum of Opinion and Order*, WC Docket No. 07-52, August 20, 2008 http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf.

¹⁵ Con tale espressione alcuni autori statunitensi fanno riferimento a un effetto di sostituzione della funzione contenziosa a quella di *rulemaking*, disciplinata dalla legge statunitense sul procedimento amministrativo (APA), come fonte di produzione delle norme sostanziali di

dichiarava “irragionevoli” e “discriminatorie” le limitazioni dell’accesso a BitTorrent operate da Comcast, ancorché giustificate con l’esigenza di non incorrere in responsabilità per violazione del *copyright* (secondo le regole proprie del sistema di responsabilità dei provider statunitense, noto come dottrina del *safe harbour*)¹⁶.

La decisione, impugnata da Comcast, ha condotto nel 2010 alla sentenza della Corte di appello di Washington DC, che ha definitivamente annullato il provvedimento della FCC per incompetenza. Negli Stati Uniti, infatti, i fornitori di servizi di accesso alla banda larga fissa e mobile sono qualificati come “*information service provider*” e, in quanto tali, esclusi dal regime applicabile agli operatori di telecomunicazioni in virtù del *Telecommunication Act* del 1996. In ragione di questa diversa qualificazione soggettiva, Comcast aveva infatti contestato, *inter alia*, la sussistenza di poteri regolatori in capo alla FCC che legittimassero la decisione di vietare eventuali pratiche gestione del traffico IP operate da operatori via cavo.

Pur accogliendo questo motivo di ricorso, la sentenza *Comcast* confermava un consolidato orientamento giurisprudenziale circa l’interpretazione della norma di chiusura del Titolo I del *Communication Act*¹⁷. La disposizione in parola attribuisce ampi poteri incidentali (c.d. “*ancillary jurisdiction*”) alla FCC, autorizzata a esercitare discrezionalmente la potestà normativa (*rule-making*) o la funzione contenziosa (*adjudication*) purché siano dimostrate la coerenza e la necessità dell’intervento rispetto ai compiti fissati dalla legge nella materia considerata¹⁸. Nel caso specifico, tuttavia, la FCC non era riu-

condotta per i regolati. In tal senso, A.P. Morris, B. Yandle e A. Dorchak, *Regulating by Litigation: The EPA’S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in 56 *Administrative Law Review*, 2004, 406. Con riferimento alla funzione di risoluzione delle controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche, e nel senso che tale effetto contraddistingue nettamente la funzione in parola da quella giurisdizionale, G. della Cananea, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall’Autorità ai comitati in Istituzioni del Federalismo*, 2008, fasc. 6, 10.

¹⁶ *Ibidem* para. 50.

¹⁷ La disposizione in parola è una norma elastica, che recita “The Commission may perform any and all acts, make such rules and regulations, and issue such orders, not inconsistent with this chapter, as may be necessary in the execution of its functions.” 47 U.S.C. § 154(j) (2006). La missione istituzionale cui la FCC aveva riferito l’esercizio di poteri incidentali era la generica garanzia di accesso alle reti di comunicazioni, stabilita dallo stesso Titolo I del *Communication Act* (1934).

¹⁸ Per un’analisi dell’applicazione della teoria degli *ancillary jurisdiction* nel caso *Comcast*, si v. , Brauer-Rieke, Aaron K. , *FCC Tackles Net Neutrality: Agency Jurisdiction and the Comcast Order*, 24 *Berkeley Tech. L.J.* 593 (2009), 593-616.

La disciplina regolamentare in parola esiste in realtà l’adozione un *Policy statement* la cui applicazione nel 2007 era stata censurata con la sentenza *Comcast* in ragione del carattere

scita a dimostrare tale nesso di causalità/funzionalità e, pertanto, la decisione impugnata fu ritenuta suscettibile di annullamento.

La sentenza è stata seguita dall'emersione di un vivace dibattito pubblico sulla opportunità di nuove regole che impediscano agli operatori di reti di limitare l'accesso da parte dei propri utenti a siti *web*, contenuti, applicazioni o servizi. Oltre al problema dell'ammissibilità di sistemi di accesso controllato per la prevenzione di violazioni di legge (c.d. "filtri legali" per il diritto d'autore o la tutela dei minori attraverso il *parental control*) il dibattito è sorto perché, nell'attuale contesto di evoluzione di Internet, vi sono questioni di natura tecnica ed economica che possono contribuire alla realizzazione di uno scenario comunemente noto come "Internet a due o più velocità".

Sul piano tecnico, l'esponenziale crescita dal traffico IP può comportare, in assenza di investimenti nella capacità di banda, rischi di congestione delle reti, rendendo necessarie misure di differenziazione dei flussi di pacchetti dati per classi di qualità. L'eccessiva degradazione della qualità del trasporto di alcuni flussi di traffico potrebbe, tuttavia, rendere di fatto impossibile l'accesso ai servizi o contenuti verso cui questi sono diretti. Inoltre, vi sono motivi commerciali legati alle caratteristiche di "mercato a due versanti" dell'accesso alla banda larga, soprattutto in questa fase di forte sviluppo di nuovi prodotti e servizi offerti *online* da imprese che non detengono o controllano infrastrutture di accesso, c.d. *Overt-the-Top* (OTT) o, secondo una terminologia più attuale, *edge providers*. Anche per reperire risorse finanziarie indispensabili per l'investimento nella capacità di banda, gli operatori di reti possono avere un incentivo a differenziare le fonti di ricavo concludendo accordi di interconnessione che favoriscano gli *edge provider* disposti a pagare per livelli qualitativi *premium* rispetto a quelli "non garantiti" per l'accesso a Internet in modalità *best effort*. Il rischio paventato rispetto a questo scenario è la discriminazione delle imprese minori che potrebbero non riuscire ad accedere a siffatti accordi o a concluderne di meno

non vincolante dello strumento e dall'assenza di copertura legislativa, per via della bocciatura di un disegno di legge discusso dal Congresso nel 2006 (Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet Over Wireline Facilities, 20 FCC Rec. 14,986, 2, 2005). L'Open Internet Order dedica un'ampia sezione all'analisi di contesto che supporta la ratio della disciplina regolamentare introdotta. In particolare, la FCC muove dall'assunto che il carattere aperto di Internet ha favorito, sino ad oggi, l'innovazione e lo sviluppo di nuovi mercati di servizi, contenuti e applicazioni. Passando in rassegna l'ampia letteratura scientifica e le evidenze empiriche raccolte, il documento conclude che regole volte a mantenere il carattere aperto e neutrale della rete sono adeguate anche allo scopo di sostenere la crescita dell'ecosistema digitale e, indirettamente, gli investimenti in infrastrutture a banda larga, che rientrano tra gli obiettivi istituzionali della FCC.

vantaggiosi, con pregiudizio – in ultima istanza – per la libertà di accesso e navigazione in Rete da parte dei singoli consumatori. A fronte di questi scenari, vi sono altresì posizioni contrarie a una regolamentazione preventiva delle pratiche di gestione delle reti e del traffico IP, in quanto ciò potrebbe ostacolare l'innovazione in tutti i mercati interessati, nonché la remunerazione degli investimenti in banda larga.

Riassunti sommariamente i termini del dibattito sollevato dal caso *Comcast*, la FCC è intervenuta in materia di *net neutrality* adottando tre principi fondamentali che avrebbero dovuto guidare l'esame di future controversie in attuazione del nuovo *Open Internet Order*¹⁹. L'impianto normativo si fonda su una distinzione tra il regime applicabile ai fornitori di accesso alla banda larga da rete fissa e mobile, questi ultimi interessati dal regolamento soltanto se operanti a livello *retail* e mediante l'offerta di dispositivi mobili (es. *smartphones*). Ciò premesso, i principi dettati dalla FCC stabilivano tre tipi di obblighi da applicare a seguito di valutazioni caso per caso e a seconda della gravità della condotta accertata:

Trasparenza: mettere a disposizione del pubblico informazioni accurate riguardo le pratiche di gestione delle reti, la qualità del servizio e le condizioni commerciali di offerta del servizio di accesso a Internet.

Divieto di blocco: per gli operatori di rete fissa, è vietato il blocco dell'accesso a contenuti "legali", applicazioni, servizi, dispositivi (non dannosi). Per gli operatori mobili è vietato il blocco di siti web e di applicazioni che siano in concorrenza con i servizi offerti dall'operatore (per es. Skype o Whatsapp). Il divieto non si applica in presenza di pratiche "ragionevoli" di gestione delle reti. Sono da ritenersi tali le pratiche adottate: (i) per oggettive esigenze tecniche di garanzia della sicurezza e integrità della rete; (ii) per ridurre e mitigare il rischio di congestione (per es. nelle ore di picco del traffico IP); (iii) su richiesta o con il consenso dell'utente (*parental control*, blocco dello spam nella posta elettronica). Il concetto di "blocco" include degradazioni della qualità del servizio tali da rendere di fatto inaccessibili determinati servizi, contenuti o applicazioni da parte dell'utente.

Obbligo di non discriminazione: si applica solo agli operatori di rete fissa e vieta discriminazioni di traffico "irragionevoli" sulla rete di accesso alla banda larga da e verso il consumatore finale. Sono irragionevoli le discriminazioni contrarie al principio di agnosticismo rispetto all'uso della rete di accesso a Internet. L'agnosticismo richiede che la gestione del traffico sia indifferente alla natura/fonte/destinazione del traffico, o comunque dettata da

¹⁹ FCC, Report and Order FCC 10-201 http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf.

esigenze oggettive di gestione dei rischi di congestione o sicurezza e integrità. La FCC ha escluso che condizioni di trasporto del tipo “*pay for priority*” possano coesistere con la regola in esame.

3. Le questioni giuridiche trattate nel caso *Verizon v. FCC*

Verizon ha impugnato l’*Open Internet Order* per tre motivi: incompetenza, derivante dall’insussistenza di una norma espressamente attributiva del potere di regolamentare; arbitrarietà e infondatezza degli obblighi ivi dettati; violazione di legge, in quanto la legge vieterebbe di applicare ai fornitori di accesso alla banda larga le stesse norme che si applicano ai “*common carriers*”, cioè agli operatori tradizionali di telecomunicazioni, per come definiti dal Communication Act e dal Telecommunication Act e classificati dalla FCC con successive disposizioni attuative.

La Corte ha accolto soltanto il terzo motivo di ricorso, dichiarando illegittimi l’obbligo di non discriminazione e il divieto di blocco ivi stabiliti. Per effetto di tale sentenza, pertanto, nell’impianto normativo inizialmente adottato dalla FCC restano valide ed efficaci soltanto le regole relative all’obbligo di trasparenza sulle pratiche di gestione del traffico Internet adottate dai fornitori di accesso a Internet attraverso reti a banda larga fisse e mobili.

Come espressamente riferito nella sentenza, la Corte non è entrata nel merito dell’opportunità di introdurre regole dettate in materia di *net neutrality* ma, seguendo una logica affine al giudizio di legittimità, si è limitata a esaminare l’esistenza di norme attributive del potere regolamentare esercitato. In esito a questo scrutinio, ha concluso che la FCC è titolare di potestà normative nei confronti dei *broadband providers*, anche se questi sono esclusi dall’ambito di applicazione soggettivo del regime applicabile agli operatori di telecomunicazioni. Considerando che nella missione istituzionale del regolatore è espressamente inclusa la finalità statutaria di promozione dell’innovazione e degli investimenti per lo sviluppo di Internet, la Corte ha così confermato l’orientamento già applicato con la sentenza *Comcast*, circa le condizioni per il legittimo esercizio dei poteri incidentali compresi nella sfera di *ancillary jurisdiction*. In particolare, in ossequio alla ben nota dottrina della *deference*²⁰, il ragionamento del giudice ha avallato l’in-

²⁰ La *deference doctrine* rappresenta uno standard di controllo giurisdizionale sull’esercizio di discrezionalità amministrativa enunciato dalla Corte Suprema, per la prima volta in maniera puntuale, con la sentenza *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S.

interpretazione della FCC sulle norme attributive del potere, nel senso che queste autorizzano il regolatore ad adottare obblighi *ex ante* nei confronti dei fornitori di accesso alla banda larga quando ciò sia necessario a garantire «accesso a servizi avanzati di comunicazioni in tempi e modalità ragionevoli a tutti gli americani»²¹. Nel caso di specie, peraltro, tale potere si giustificava in base alle motivazioni addotte dalla FCC nell'ambito di un'analisi complessiva delle condizioni di fruizione e sviluppo dei servizi di accesso nei mercati della banda larga. Avendo fissato a 4 Mbp/s il livello minimo perché una connessione a Internet possa considerarsi banda larga, nel 2010 la FCC aveva riscontrato che 80 milioni di americani risultavano esclusi dall'accesso a infrastrutture idonee a garantire connessioni pari o superiori al livello indicato. L'analisi svolta costituiva, pertanto, una giustificazione sufficiente e adeguata all'esercizio di poteri regolamentari volti al conseguimento della missione istituzionale della FCC e, in particolare, dell'obiettivo di «accelerare lo sviluppo della banda larga attraverso misure volte a rimuovere le barriere e promuovere la concorrenza»²².

Chiarito che la decisione non inficia l'ammissibilità di poteri normativi impliciti, l'illegittimità riscontrata dal giudice statunitense ha riguardato

(1983). La pronuncia in parola impone ai giudici statunitensi di non sostituirsi all'autorità amministrativa nell'interpretazione della legge, non soltanto quando il potere di interpretare una norma sia espressamente attribuito all'amministrazione preposta a darvi attuazione, ma anche quando in presenza di norme ambigue, o nel silenzio della legge, l'amministrazione competente abbia fornito un'interpretazione ragionevole (sulla portata della sentenza in relazione al sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa, si v. T.W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, *Yale Law Journal*, 1992, 969-1042). Circa l'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, si v. anche R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, *Harvard Law Review* 88 (1975) e *Administrative Law In The Twenty-First Century*, 78 *N.Y.U. L. Rev.*, 2003, 437 e ss. Infine, per un'analisi delle questioni aperte dopo oltre venti anni di applicazione giurisprudenziale della "più citata sentenza della storia del diritto pubblico moderno" si v. Thomas J. Miles e Cass R. Sustein, *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of Chevron*, 73 *U. Chi. L. Rev.*, 2006, 823 ss.

²¹ Va precisato che l'applicazione della *deference doctrine* è meno stabile nella giurisprudenza statunitense quando l'interpretazione controversa riguarda la norma attributiva del potere amministrativo. (in tal senso, si v. T.K. Armstrong, *Chevron Deference and Agency Self-Interest*, 13 *Cornell J.L. & Pub Pol'y* 203, 205 (2004). Nel caso di specie, la Corte ha confermato l'orientamento precedentemente espresso con la recente sentenza *City of Arlington v. FCC*, 133 S. Ct. (2013) che ammette l'applicazione della *Chevron doctrine* anche nelle ipotesi in cui l'amministrazione invoca la *deference* del giudice in relazione all'interpretazione di norme attributive del potere controverso.

²² US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Verizon v. FCC*, 11-1355, 2014, 29.

piuttosto la natura degli obblighi imposti ai fornitori di accesso alla banda larga. In proposito, la Corte ha rilevato che, alla luce del quadro normativo vigente, la FCC ha confermato la scelta di qualificare i *broadband providers* come “*Internet service providers*”, motivata dall’esigenza di favorire lo sviluppo di mercati emergenti attraverso un intervento di deregolamentazione. In assenza di una revisione di questo impianto normativo, e della *ratio* sottostante, la questione su cui si è concentrata la Corte ha riguardato la legittimità di un intervento regolamentare volto a estendere agli *Internet service providers* i rimedi pro-concorrenziali tipicamente previsti dalla legge per gli operatori di telecomunicazioni qualificabili come “*common carrier*”.

Ciò ha richiesto una disamina puntuale delle regole dettate in materia di *net neutrality* con l’Open Internet Order. Nel merito, la Corte ha formulato un giudizio di adeguatezza, riscontrando coerenza logica tra l’accertamento tecnico dei fatti posti a fondamento della decisione e le misure disposte a garanzia della neutralità della rete. In sostanza, non è arbitrario introdurre obblighi di trasparenza e non discriminazione rispetto alle minacce potenziali e attuali poste dall’impiego di pratiche di *traffic management*. L’invalidità riscontrata affligge soltanto l’ambito di applicazione soggettivo degli obblighi in parola e, in particolare, degli obblighi di non discriminazione e divieto di blocco nell’accesso a taluni servizi e applicazioni. Questi, infatti, sono i tipici rimedi pro-concorrenziali che la FCC è autorizzata a imporre soltanto nei confronti degli operatori di telecomunicazioni soggetti al regime previsto dalla sezione 706 del *Telecommunication Act* e qualificabili, in virtù del combinato disposto con il Titolo I del *Communication Act*, come “*common carrier*”²³.

Il concetto di *common carrier* è chiarito nella sentenza, richiamando la definizione normativa risalente al 1934, tuttora in vigore, nonché la giurisprudenza rilevante: sono tali i soggetti che forniscono al pubblico un servizio di trasporto, trasmissione di segnali o dati a condizioni non discriminatorie e predefinite secondo clausole generali di contratto²⁴. La nozione è

²³ Per una descrizione generale dell’impianto normativo delineato dal *Telecommunication Act* in materia di interconnessione e accesso si rinvia a F. Bassan, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 1996, 477. L’a. in particolare evidenzia come nel sistema statunitense gli obblighi ex ante di interconnessione e non discriminazione siano stati concepiti come rimedi esperibili solo in una prima fase di apertura dei monopoli alla concorrenza.

²⁴ J.H. Lister, *The Rights of Common Carriers and the Decision Whether to be a Common Carrier or a Non-Regulated Communications Provider*, 53 *Fed. Comm. L.J.* 91 (2000-2001): «The definitions of “common carrier” and its new synonym “telecommunications carrier” are flexible enough to give providers discretion in structuring many communications services as

specificata dalla FCC attraverso l'esercizio di potestà tecnico-discrezionali, soggette allo scrutinio del giudice che, per esempio, ha negato l'assoggettabilità degli operatori via cavo alle regole previste per i *broadcaster* tradizionali, sul presupposto che il servizio offerto attraverso sistemi di accesso condizionato non è assimilabile alla fornitura al pubblico tipica dei *common carrier*. Oltre alle imprese che forniscono al pubblico servizi di rete, vi è una "zona grigia" in cui il regolatore di settore può intervenire con obblighi di non discriminazione, purché sia preservata l'autonomia contrattuale dell'operatore, come nel caso della regolazione del *roaming*²⁵. Lo stesso può valere per i *broadcaster*, compresi quelli via cavo, per esempio quando gli obblighi di non discriminazione sono imposti durante le campagne elettorali. Peraltro, nei mercati a due versanti uno stesso operatore può essere qualificato come *common carrier* per la fornitura di un servizio di accesso e trasporto a una categoria di utenti (per esempio le imprese che forniscono contenuti o le piattaforme di e-commerce come Amazon) e non essere qualificato come tale nei confronti di altri, per esempio i consumatori abbonati al servizio di accesso alla banda larga. Date queste premesse, nel caso di specie, la Corte ha rilevato che la stessa FCC ha espressamente considerato inopportuna l'assimilazione dei fornitori di accesso alla banda larga ai *common carrier*, ritenendo necessario il mantenimento di condizioni di piena autonomia contrattuale per questi soggetti nei mercati dell'interconnessione IP e dell'accesso *retail* alla banda larga. In particolare, la FCC ha ritenuto di non differenziare la qualificazione dei servizi di accesso a Internet nei confronti degli *edge provider* come Amazon, considerando che allo stato attuale, e di norma, questi non concludono accordi di interconnessione direttamente con gli operatori di reti per raggiungere i propri utenti (utilizzano invece le *Content Delivery Networks*).

Dal momento che la FCC non ha classificato i fornitori di accesso alla banda larga tra le imprese rientranti nella definizione di *common carriers*, la Corte ha ritenuto illogica e contraddittoria l'imposizione di questi obblighi nei confronti dei *broadband provider*. Il divieto di discriminazioni irragionevoli

either common carrier or non-common carrier services. For a service to be a common carrier service under federal law, the provider must (1) hold the service out as being available on standardized terms to the public, i.e., to all potential users of the service, and (2) transmit signals without change in form or content (*Southwestern Bell Tel. Co. v. FCC*, 19 F.3d 1475, 1480 (D.C. Cir. 1994)). The Federal Communications Commission ("FCC" or "Commission") applies this test in regulating interstate, international, and sometimes intrastate communications, while the states usually follow this test in determining whether an intrastate service is a common carrier service».

²⁵ *Verizon v. FCC*, cit. supra nota 13, 48-50.

nella conclusione di accordi con le imprese Internet che offrono contenuti e applicazioni avrebbe prodotto l'effetto di limitare l'autonomia contrattuale dei *broadband provider* riconducendoli di fatto al regime applicabile ai *common carrier*. L'obbligo di non discriminazione si risolve nell'apertura al pubblico, cioè a una collettività indeterminata di soggetti che ne facciano ragionevole richiesta, della rete di accesso. Lo standard di ragionevolezza utilizzato per la valutazione delle discriminazioni di traffico IP non differisce, quanto ai margini di autonomia riservati al *broadband provider*, dallo standard applicabile a qualsiasi *common carrier*²⁶, in quanto impone l'adozione di condizioni generali di offerta non negoziabili individualmente con gli *edge provider*, sul piano della qualità e del prezzo (*zero price rule*). Analogamente, il divieto di blocco è assimilabile a un obbligo di servizio pubblico (*common carrier obligation*) dal momento che la FCC ha ricompreso nella definizione di blocco anche le pratiche di gestione della rete che, differenziando i livelli di qualità del trasporto di pacchetti, producano l'effetto di eccessive degradazioni dell'accesso a Internet in *best effort*. In tal modo, infatti, si introduce indirettamente un obiettivo di qualità del servizio di accesso a Internet, oltre a una garanzia di accesso universale alla rete, il cui presupposto di applicazione è la missione di servizio pubblico riconosciuta dal legislatore statunitense soltanto alle imprese qualificate come operatori di telecomunicazioni²⁷.

Lo stesso discorso non vale per l'obbligo di trasparenza, che non è accomunato agli obblighi di servizio pubblico sopra descritti e, peraltro, è giudicato dalla Corte come autonomamente applicabile nei confronti dei *broadband providers*, tenuto conto della sussistenza del potere regolamentare in materia di *net neutrality*. La convalida delle regole in materia di trasparenza si fonda, nell'ottica del giudice, anche sull'adeguatezza degli elementi fattuali posti a giustificazione della disciplina regolamentare²⁸. In sostanza, la Corte condivide sia il giudizio prognostico circa i potenziali effetti positivi di una rete aperta e neutrale sull'innovazione e lo sviluppo dei mercati, sia la logica conseguenza che la garanzia di trasparenza sulle pratiche di *traffic management* è la preconditione per una sana concorrenza nei mercati della banda larga.

²⁶ L'esempio della Corte è quello del gestore di un'autostrada, che può negare il passaggio a un terrorista che voglia trasportare la bomba per un attentato (59).

²⁷ Segnalando che la letteratura è ampia, particolarmente rilevante appare la ricostruzione del servizio universale nelle comunicazioni elettroniche in analogia agli obblighi a contrarre del monopolista nel codice civile, suggerita da N. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli, 2004, 10 e ss., in particolare, 93-104.

²⁸ *Verizon v. FCC*, cit. *supra* nota 13, 37.

4. Profili di interesse per un confronto con l'ordinamento europeo

La sentenza *Verizon v. FCC*, pur confermando la competenza dell'autorità di settore a regolamentare i servizi di accesso alla banda larga con norme in materia di *net neutrality*, ha ritenuto illegittima l'imposizione ai fornitori di accesso alla banda larga degli obblighi tipicamente applicabili ai *common carriers*, cioè ai gestori di reti di telecomunicazioni assoggettate al vincolo di destinazione pubblica sancito dal Titolo II del *Telecommunication Act*²⁹. A fronte dell'obiettivo di *policy* regolatoria di un Internet aperto e neutrale, la deregolamentazione dei servizi di accesso alla banda larga intervenuta nel 2005 si scontra, quindi, con la qualificazione giuridica di reti e infrastrutture la cui preordinazione a finalità di interesse generale dovrebbe giustificare l'assoggettamento al regime pubblicistico delle *public utilities*³⁰.

In Europa, il tema è oggetto di ricostruzioni non problematiche, in quanto le reti di comunicazioni elettroniche sono soggette a una qualificazione unitaria, che non opera distinzioni circa l'attinenza all'interesse pubblico delle infrastrutture di accesso a Internet in dial-up o a banda larga³¹. Ciò premesso, la questione sollevata dal giudice statunitense avvalorava l'opportunità di annettere specifico rilievo alla nozione giuridica di infrastruttura rispetto a quella, ancorché collegata, di rete³². Mentre le reti di telecomunicazioni sono beni composti³³, la cui gestione e realizzazione compete

²⁹ Questa conclusione trova conferma soprattutto nella *dissenting opinion* della sentenza esaminata, *ivi*, 65.

³⁰ Con specifico riferimento alla *net neutrality*, Mardsen (2009, *cit.*) rileva che «the existing rules for common carriers – the phone monopolies – that require them to connect all users on demand to the phone network and allow them to communicate without prior censorship on their speech, will be extended to require carriers to permit Internet users to maintain their access to the open Internet, subject to the law as enforced by courts. The open Internet access right – in reality based on the payment by citizens to those carriers – maintains the principle that the telecoms network is a common carrier», *cit.*, 5.

³¹ In questo senso, e con particolare riguardo al regime dell'accesso e dell'interconnessione in Europa, si v. L. Saltari, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, Ipsoa, 2008, 145.

³² In particolare, G. della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2, 2013, 5, segnala come la distinzione tra i due concetti sia utile nel settore delle telecomunicazioni in quanto le reti sono prevalente in proprietà di privati, che operano in un regime di concorrenza nell'esercizio della libertà di impresa ma, l'insieme delle reti che compongono l'infrastruttura di accesso alle comunicazioni fisse e mobili è soggetto a un regime pubblicistico volto ad assicurarne la preordinazione a finalità di interesse generale.

³³ F. Di Porto, *La disciplina delle reti*, *cit.*, 25; A. Predieri, *Le reti trans europee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 294.

al mercato, Internet – col suo complesso ecosistema – può essere considerata una infrastruttura di interesse pubblico, intorno a cui ruota la creazione di valore aggiunto, di efficienza e benefici per il sistema socio-economico e per l'esercizio di diritti fondamentali³⁴.

Il ricorso a una nozione unitaria di infrastruttura pubblica potrebbe infatti contribuire a conciliare l'obiettivo di favorire l'innovazione nei mercati della banda larga attraverso un approccio di *light touch regulation*³⁵ e la garanzia di accesso a servizi e applicazioni *online* a condizioni non discriminatorie, con obblighi a contrarre tipicamente applicabili ai gestori di reti e servizi di pubblica utilità³⁶.

Va chiarito, comunque, che la questione dell'applicabilità ai *broadband provider* dei rimedi pro-concorrenziali tipici della disciplina delle infrastrutture di interesse pubblico è irrilevante sul fronte europeo. Qui, il *framework* del 2002 ha introdotto definizioni soggettive e oggettive comuni per gli operatori di reti e fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche. Peraltro, la distinzione tra *telecommunication carrier* e *broadband providers*, fondata sulle tecnologie di accesso alla rete, potrebbe risultare in contrasto con il principio di neutralità tecnologica, nella sua "declinazione negativa" sancita all'articolo 2 della direttiva quadro 2002/21³⁷.

³⁴ Segnalando che la lettura giuridica sull'argomento è ampia, secondo autorevole dottrina è possibile una lettura evolutiva del quadro costituzionale così da qualificare l'accesso a Internet come "una pretesa di libertà in senso attivo, non libertà *da* ma libertà *di*, che è quella di valersi degli strumenti informatici per fornire e per ottenere informazioni di ogni genere" T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet. Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia*, Roma, 30 novembre 2010, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 30. Per la tesi contraria, si v. *ex multius*, L. Cuocolo, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale in Politica del diritto*, a. XLIII, n. 2-3, giugno-settembre 2012, 3 ss.

³⁵ Si v. in particolare la decisione che ha deregolamentato il mercato dell'accesso alla banda larga (FCC 06-155).

³⁶ Sul regime di tali servizi, anche con riferimento alle specificità del sistema statunitense, si v. D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss

³⁷ Direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), art. 2, lett. a) «"reti di comunicazione elettronica", 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, indipendenti-

Paradossalmente, anche la scelta di deregolamentare l'accesso alla banda larga con tecnologia DSL, nel 2005, era stata giustificata dalla FCC in ragione della garanzia di una regolazione neutrale sul piano tecnologico, nel senso di non favorire le reti via cavo già sottratte al regime dei *common carriers*. Il risultato è stato, tuttavia, la creazione di un "duopolio di fatto"³⁸ dove predominano operatori via cavo e di reti in fibra (FTTH o FTTC), con una riduzione netta nel numero operatori non infrastrutturati alternativi all'operatore di rete locale nella fornitura di accesso a Internet. In assenza di concorrenza effettiva, assicurata in Europa dall'apertura ai concorrenti delle reti di accesso – attraverso il *local loop unbundling* (LLU), lo *shared access* o la fornitura di servizi *bitstream* – la possibilità di scelta dell'utente risulta limitata. Nei mercati europei l'apertura alla concorrenza dell'ultimo miglio ha reso possibile un'effettiva concorrenza tra operatori nei mercati al dettaglio, cosicché i consumatori – in ampie porzioni del continente – possono scegliere tra diverse offerte di accesso alla banda larga. Ciò comporta un minore incentivo per gli operatori a porre in essere pratiche di gestione del traffico IP con intento discriminatorio nei confronti di determinati servizi, contenuti e applicazioni *on line*. Non a caso, recenti indagini del BEREC (dicembre 2012) sulla diffusione di queste pratiche hanno rilevato che in Europa vere e proprie deviazioni dalla *net neutrality* si sono verificate nel settore mobile, dove gli operatori di reti mobili sono effettivamente "monopolisti della terminazione" e hanno quindi un maggior incentivo a bloccare applicazioni VoIP o di messaggistica sostituibili ai servizi voce e dati tradizionali.

D'altra parte, anche il ruolo delle norme generali a tutela della concorrenza è diverso nei due sistemi considerati. Nell'ordinamento europeo, la funzione di tutela della concorrenza delle autorità antitrust è normativamente disegnata in *continuum* logico con la regolazione dei mercati, affidata alle autorità di settore: anche in assenza di regole *ex ante* recanti obblighi di non discriminazione, eventuali condotte degli ISP risultanti in concorrenza sleale potrebbero essere sanzionate attraverso l'intervento *ex post*³⁹. Negli Stati Uniti, alcune famose sentenze dello scorso

mente dal tipo di informazione trasportato». Sulla riconduzione di questa definizione al principio di neutralità tecnologica, si v. l'intervento di S. Mannoni, *Il principio di neutralità tecnologica. Profili regolamentari e l'esperienza di Agcom*, in *Quaderni Arel*, 2008/2, 3.

³⁸ In tal senso, l'analisi della società WIK, *Network Neutrality: challenges and responses in the EU and the US*, 2011, 47.

³⁹ O. Andriyчук (2010), *Concept of Network Neutrality in the EU Dimension: Should Europe Trust in Antitrust*, in *Law and Technology: Looking into the Future*, European University Institute Florence, 28-29 October 2008, European Press Academic Publishing, Florence.

decennio⁴⁰, hanno fortemente ridimensionato l'intervento dell'autorità *antitrust* quando la condotta anti-competitiva integra una violazione delle norme di settore (Communication Act).

Le diverse condizioni nel contesto giuridico, tecnologico e di mercato sono destinate a incidere anche sulla scelta dei rimedi concretamente esperibili dalle autorità di settore per garantire il mantenimento di un Internet aperto e neutrale. Dove mancano condizioni di effettiva concorrenza nella fornitura di accesso a Internet, un approccio di *light touch regulation*, fondato sulla garanzia di trasparenza sulle pratiche di gestione del traffico IP e la facilità di cambio operatore, può rivelarsi insufficiente nel disincentivare gli ISP a porre in essere condotte con effetti discriminatori e lesivi della *net neutrality*.

Sul piano sostanziale, le sentenze statunitensi sui casi *Comcast* e *Verizon* rappresentano al momento l'unico scrutinio giurisprudenziale sulle norme applicabili dai pubblici poteri al fine di realizzare l'obiettivo di *policy* regolatoria sotteso al concetto di neutralità della Rete⁴¹. In questa prospettiva, la sentenza *Verizon*, in particolare, pone in rilievo la diversa natura della regolazione asimmetrica e condizionale in cui si sostanziano gli obblighi di garanzia dell'accesso e non discriminazione applicabili negli accordi di interconnessione, rispetto alla disciplina regolamentare dei contratti di consumo (trasparenza delle condizioni generali di offerta, livelli minimi di qualità del servizio)⁴². Il presupposto dei rimedi pro-competitivi ascrivibili alla regolazione asimmetrica in materia di interconnessione e accesso è, infatti, l'analisi delle condizioni di concorrenzialità del mercato. Coerentemente con questo assunto, comune alla disciplina statunitense ed europea, l'imposizione di obblighi di non discriminazione in capo ai fornitori di accesso a Internet richiede una valutazione atta a dimostrare il potere di mercato dell'operatore che controlla la rete di accesso a differenza di tutti gli altri attori della catena del valore di Internet⁴³.

⁴⁰ *Goldwasser v. Ameritech Corp.* 222 F.3d 390 (7th Cir. 2000) and *Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atlantic Corp.*, 294 F.3d 307 (2nd Cir. 2002).

⁴¹ Nel senso che, alla luce del diritto positivo, la *net neutrality* formi il contenuto di un obiettivo di *policy* e non abbia lo statuto di principio giuridico, né nell'ordinamento USA né in quello europeo, si v. L. Rapp, *Does a legal principle regarding net neutrality exist?* in *The Journal of Regulation*, 2012, URL <http://www.thejournalofregulation.com/Article-Does-a-legal-principle.html>.

⁴² Suoi caratteri della regolazione pubblica condizionale, si v. S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2002,

⁴³ FCC, *Open Internet Order*, cit. «Because all end users generally access the Internet through a single broadband provider, that provider functions as a “terminating monopolist”,

In Europa, il quadro normativo autorizzerebbe, in teoria, l'imposizione di obblighi regolamentari *ex ante* finalizzati a orientare gli accordi di interconnessione e accesso all'obiettivo di *net neutrality*. Il combinato disposto degli articoli 2 e 12 direttiva "accesso" 2002/19 autorizzerebbe l'imposizione di rimedi asimmetrici in capo agli operatori designati come aventi significativo potere di mercato (SMP). In concreto, il fatto che il mercato dell'interconnessione IP non sia compreso tra quelli rilevanti elencati né dalla Raccomandazione europea del 2007, né dalla Raccomandazione del 2014 rende piuttosto impraticabile, in concreto, il ricorso a questo rimedio⁴⁴. Sarebbero inoltre esperibili i rimedi simmetrici previsti dagli articoli 4 e 5 della direttiva accesso per garantire la "connettività da punto a punto" la cui applicazione, tuttavia, appare limitata alla garanzia dell'interconnessione e dell'interoperabilità tra servizi trasmissivi e non anche agli accordi con i fornitori di contenuti e applicazioni online⁴⁵.

Con riferimento al tema della *net neutrality*, peraltro, la natura degli incentivi economici alle discriminazioni del traffico IP impone un adattamento dell'analisi di mercato, che non dovrebbe limitarsi all'accertamento di una situazione di *market power* tradizionalmente intesa ma valutare anche le condizioni di effettiva concorrenza connesse alla facilità di cambio operatore e alla trasparenza delle offerte. In presenza di tali condizioni, infatti, è il consumatore a stabilire – se adeguatamente informato – il grado di ac-

id. at 17919, 24, n. 66, with power to act as a "gatekeeper" with respect to edge providers that might seek to reach its end-user subscribers» (35). Nel senso che la FCC non ha adeguatamente dimostrato questo assunto, si v. la *dissenting opinion* del giudice Silberman nella sentenza *Verizon v. FCC*, cit., 64-74.

⁴⁴ Raccomandazione della Commissione del 17 dicembre 2007 (879/CE) relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE. La proposta di una nuova Raccomandazione è stata pubblicata dalla Commissione nel gennaio 2014 e intende ridurre a quattro i mercati rilevanti. Dal momento che l'identificazione di un mercato rilevante è un presupposto per l'intervento *ex ante*, l'imposizione di obblighi di non discriminazione nel mercato dell'interconnessione IP richiede un'analisi orientata a stabilire: 1) la presenza di barriere rilevante e non transitorie all'ingresso nel mercato; 2) che la struttura del mercato non tende alla concorrenza effettiva nel periodo di riferimento; 3) che l'intervento *ex post* a tutela della concorrenza risulterebbe insufficiente a risolvere i fallimenti di mercato. Cfr. Raccomandazione della Commissione del 9 ottobre 2014 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (Testo rilevante ai fini del SEE) (2014/710/UE).

⁴⁵ In questo senso, F. Maier-Rigaud, *Network Neutrality: A Competition Angle*, CPI Antitrust Chronicle, 2, 2011, 5.

cettabilità delle limitazioni nell'accesso a contenuti, applicazioni e servizi, scegliendo tra diverse offerte di accesso a Internet. Tuttavia, quanti utenti sarebbero disposti a mantenere un contratto di abbonamento a Internet con un operatore che non consente l'accesso ad applicazioni o siti web popolari, come Skype, Google e Facebook? In un contesto concorrenziale, se i costi di cambio operatore non rappresentano un ostacolo, vi è scarso incentivo dell'ISP a limitare l'accesso a contenuti, servizi e applicazioni popolari tra gli utenti. Seppur in virtù di ragioni giuridiche diverse, gli attuali ostacoli all'adozione di rimedi pro-competitivi per finalità di *net neutrality* comportano che gli unici effettivi presidi a tutela di una rete aperta e neutrale siano le regole volte a incidere sui rapporti di consumo, per la garanzia di trasparenza e qualità dei servizi di accesso a Internet a beneficio degli utenti finali. Si tratta di un *trend* comune ai sistemi statunitense ed europeo⁴⁶, soprattutto alla luce della sentenza in commento, confermato anche dai più recenti sviluppi nel quadro normativo europeo. In particolare, l'iter parlamentare della proposta di Regolamento *Telecom Single Market* (settembre 2013)⁴⁷ ha confermato la maggiore praticabilità degli obblighi in materia di trasparenza e qualità quale strumento di realizzazione degli obiettivi di neutralità della Rete, preferendone la collocazione all'interno della sezione dedicata alla protezione dei consumatori anziché nell'ambito della regolazione pro-concorrenziale dell'interconnessione IP⁴⁸. Nell'attuale fase di sviluppo di Internet, infatti, le imprese che offrono servizi e contenuti digitali restano qualificate come utenti finali in quanto operano all'estremità della rete e, pur beneficiando in alcuni casi degli accordi di interconnessione, sono dif-

⁴⁶ Si v. in particolare, gli artt. 20.1, 21 e 22.1 della direttiva europea sul servizio universale: obblighi di trasparenza nei contratti con il consumatore, nelle carte di servizio e nelle condizioni generali delle offerte retail.

Art. 22.3 USD: imposizione di livelli minimi di qualità del servizio nella fornitura di accesso a Internet.

Il favor per il ricorso a strumenti di tutela del consumatore è quindi confermato dal fatto che i rimedi simmetrici espressamente previsti dal framework del 2009 sono solo obblighi regolamentari di trasparenza e fissazione di livelli minimi di qualità del servizio e, non a caso, inseriti nella direttiva sul servizio universale e i diritti degli utenti.

⁴⁷ La proposta è stata emendata dal Parlamento europeo ed è, al momento in cui si scrive, oggetto di discussione in seno al Consiglio. Il Berec ha adottato due pareri nel corso del negoziato. Cfr. nota 71.

⁴⁸ Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-522.762%2b01%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN>.

ficilmente assimilabili in una categoria unitaria di soggetti distinti dagli utenti finali. Una regolazione pro-competitiva dei rapporti tra operatori di telecomunicazioni e i nuovi attori dell'economia di Internet potrebbe richiedere, in futuro, una ridefinizione degli schemi concettuali per l'analisi dei mercati rilevanti e degli assetti competitivi che, nella nuova Raccomandazione europea, è timidamente prospettata con riferimento alla possibilità di includere nei mercati di prodotti i servizi "Over the Top" sulla scorta di alcuni esempi già rinvenibili in alcuni contesti nazionali e, in particolare, quello francese⁴⁹.

Merita, infine, un cenno la questione del fondamento giuridico della potestà normativa in materia di *net neutrality*, nei due ordinamenti considerati. La rapida evoluzione tecnologica e la crescente importanza di Internet come mezzo di comunicazione pongono i regolatori del settore di fronte all'esigenza di regolamentare ambiti di disciplina dai confini talvolta incerti, come nel caso della garanzia della neutralità e apertura della Rete. Questa situazione ha alimentato, negli ultimi anni, un certo interesse della scienza giuridica italiana circa l'ammissibilità dell'esercizio di poteri impliciti o incidentali da parte delle autorità indipendenti preposte all'esercizio di funzioni regolatorie nei mercati delle comunicazioni⁵⁰. Peraltro, nella trattazioni dedicate al tema dell'autonomia normativa delle autorità indipendenti è frequente il parallelo con la teoria della delegazione implicita di poteri delle agenzie federali statunitensi, quale modello organizzativo originario e di riferimento per il disegno istituzionale di questi enti nel continente europeo⁵¹.

⁴⁹ Si v. in particolare, la nota esplicativa di accompagnamento alla *Raccomandazione della Commissione del 9 ottobre 2014 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica* (Testo rilevante ai fini del SEE) (2014/710/UE), 18.

⁵⁰ Per gli scritti più recenti sull'argomento, si v. tra gli altri, P. Pantalone, *Poteri impliciti delle Authorities e "torsioni" del principio di legalità*, in *astridonline.it*, 2012; G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 703-777; E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 165-166, G. De Minico, *Libertà e copyright nella costituzione e nel diritto dell'Unione*, in *Rivista online dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2014.

⁵¹ Così, in particolare, R. Chieppa, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle autorità indipendenti*, in G.P. Cirillo, R. Chieppa (a cura di) *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, Cedam, 2009, 67. Sulle sostanziali differenze tra i modelli, anche per ragioni storiche, S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 217-223.

La delega di potere normativo nelle materie riservate alla competenza tecnica delle autorità indipendenti pone in risalto i possibili vantaggi legati all'intervento di enti che garantiscono maggiore *expertise*, celerità e flessibilità nella regolamentazione dei mercati, e l'esigenza di rispettare il principio di legalità con opportune garanzie procedurali e sostanziali. La questione è stata risolta, nella sentenza esaminata, in ossequio a un consolidato orientamento delle corti statunitensi, secondo cui è legittimo l'esercizio di potestà normative non espressamente attribuite dalla legge a un'autorità indipendente quando sia dimostrato, con adeguata motivazione, il carattere accessorio e strumentale del potere esercitato rispetto al conseguimento di finalità statutarie dell'ente. Similmente ai poteri impliciti nel diritto europeo, la disposizione autorizza l'autorità indipendente di settore a regolamentare una materia anche in assenza di competenze espressamente attribuite dalla legge, a condizione che vi sia uno stretto legame funzionale tra l'esercizio del potere regolamentare e l'assolvimento di compiti istituzionali legislativamente predefiniti. La questione appare, tuttavia, di scarsa rilevanza nel contesto europeo. Qui, infatti, vi è una norma attributiva di un potere regolamentare in materia di *net neutrality*, seppur circoscritto alla tutela del diritto di scelta del consumatore nell'accesso a contenuti, servizi e applicazioni online, secondo la lettera dell'articolo 8(4) della direttiva quadro. Esula, infatti, dagli obiettivi della regolazione la promozione dell'innovazione nei mercati di servizi e contenuti digitali, che la FCC ha inteso porre, *inter alia*, a fondamento della propria regolamentazione in materia di *net neutrality*. Alla disposizione che espressamente annovera la *net neutrality* tra gli obiettivi della regolazione si aggiunge la puntuale disciplina legislativa delle regole *ex ante* applicabili in materia di interconnessione e accesso, nonché lo strumentario attivabile a garanzia della trasparenza e qualità dei servizi, che comprende funzioni normative, contenziose e di monitoraggio puntualmente disciplinate dalla direttiva sul servizio universale. La completezza del quadro normativo e l'inclusione dei fornitori di accesso a Internet tra i destinatari delle regole ivi previste rendono, in sostanza, difficilmente replicabili le censure formulate dal giudice statunitense.

5. Prospettive della regolamentazione dopo la sentenza *Verizon*

Chiarite le differenze strutturali che condizionano la regolamentazione della *net neutrality* negli USA e in Europa, merita qualche cenno l'attuale processo di convergenza delle regole innescato dall'ottemperanza alla

sentenza *Verizon* negli USA. Ritenendo opportuno riproporre, seppur con un diverso fondamento, le disposizioni caducate dalla Corte di Washington DC, nella primavera del 2014 la FCC ha avviato una consultazione pubblica per l'adozione di un nuovo quadro regolamentare in materia di *net neutrality*⁵².

Il documento di consultazione, pubblicato il 15 maggio 2014, prende le mosse dallo stesso punto di partenza del 2010: l'architettura aperta di Internet ha abilitato innovazioni tecnologiche e di mercato da parte di soggetti (imprese *high-tech*, utenti) che operano nei punti terminali della Rete, fuori dal controllo dell'operatore di reti e degli ISP. Peraltro, rispetto al 2010, i dati sul contributo di Internet all'innovazione – e sull'impatto trainante dell'ecosistema dei servizi digitali sulla crescita e l'occupazione – confermano l'importanza di tutelare i mercati emergenti e le nuove industrie abilitate dal carattere aperto della Rete. Per esempio, la FCC cita lo sviluppo della “*app economy*”⁵³ che, a far data dall'immissione sul mercato dell'iPhone nel 2007, ha contribuito alla creazione di 752.000 nuovi posti di lavoro soltanto negli Stati Uniti (dati di luglio 2013)⁵⁴.

La domanda fondamentale a cui dovrà rispondere il regolatore è, quindi, come mantenere i benefici in termini di innovazione e crescita derivanti dal carattere aperto della Rete in un contesto tecnologico caratterizzato dal crescente impiego del *traffic management*, ma anche da incentivi economici per gli operatori di reti a porre in essere differenziazioni dei flussi di traffico. Gli incentivi in parola rappresentano per il regolatore statunitense un rischio tutt'altro che ipotetico, riferibile a tre possibili scenari: (1) quello in cui un operatore di reti trovi conveniente bloccare o discriminare determinati OTT o classi di OTT a vantaggio dei propri partner commerciali o di servizi e applicazioni con cui è verticalmente integrato; (2)

⁵² <http://www.fcc.gov/events/open-commission-meeting-may-2014>.

⁵³ Il fenomeno, oggetto di crescente attenzione da parte dei regolatori delle comunicazioni, è descritto e analizzato da uno studio dell'OECD (2013), “*The App Economy*”, OECD Digital Economy, Papers, No. 230, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/5k3tftflv95k-en>. Sotto il profilo dell'impatto regolamentare di questa industria emergente, con particolare riguardo al mercato italiano delle comunicazioni elettroniche, si rinvia a A. Perucci, *L'ecosistema delle apps ed il ruolo della regolamentazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2/2014, 20-34

⁵⁴ Michael Mandel, *752,000 App Economy Jobs on the 5th Anniversary of the App Store*, *Progressive Policy Institute Blog* (July 8, 2013), <http://www.progressivepolicy.org/2013/07/752000-app-economy-jobs-on-the-5thanniversary-of-the-app-store/>; Michael Mandel, *Where the Jobs Are: The App Economy* 1, *TechNet* (Feb. 7, 2012), <http://www.technet.org/wp-content/uploads/2012/02/TechNet-App-Economy-Jobs-Study.pdf>.

quello in cui gli operatori di reti a banda larga impongono contratti *pay for priority* agli OTT che, in caso di costi eccessivi per le piccole imprese, possono rappresentare barriere all'ingresso per i *new entrants* nei mercati dei servizi digitali, disincentivi all'innovazione e una compressione della domanda; (3) lasciati liberi di concludere accordi *pay for priority*, gli operatori di reti potrebbero, in assenza di investimenti nella banda, avere un incentivo a degradare eccessivamente il traffico generato da servizi e applicazioni che non accedono a tali accordi con l'effetto di limitare in concreto la libertà di scelta degli utenti.

A fronte di questi scenari la FCC ha proposto una strategia articolata su cinque possibili azioni:

1. Mantenere le definizioni tecniche e l'impianto strategico dell'Open Internet adottato nel 2010 relativamente alle parti "convalidate" dalla sentenza *Verizon* alla ricerca di nuovi paradigmi per l'analisi economica e di mercato, nonché per la qualificazione giuridica dei servizi non classificati come servizi di telecomunicazioni.

2. Rafforzare l'attuale regime di trasparenza imposto agli operatori, tenuto conto che è l'unico tassello rimasto in piedi dopo la sentenza di gennaio 2014⁵⁵.

3. Riproporre il divieto di blocco ma con un'area di esenzione che lasci spazio a differenziazioni fondate su contratti "priority" o "pay for priority" tra Telco-OTT. Ciò consentirebbe di aggirare l'ostacolo della qualificazione giuridica dei fornitori di accesso alla banda larga come *public utili-*

⁵⁵Tra gli emendamenti proposti alla regolamentazione vigente è introdotta la seguente rimodulazione degli obblighi di trasparenza nel Titolo 47 del Code of Federal Regulations: § 8.3 Transparency.

«(a) A person engaged in the provision of broadband Internet access service shall publicly disclose accurate information regarding the network management practices, performance, and commercial terms of its broadband Internet access services, in a manner tailored (i) for end users to make informed choices regarding use of such services, (ii) for edge providers to develop, market, and maintain Internet offerings, and (iii) for the Commission and members of the public to understand how such person complies with the requirements described in sections 8.5 and 8.7 of this chapter.

(b) In making the disclosures required by this section, a person engaged in the provision of broadband Internet access service shall include meaningful information regarding the source, timing, speed, packet loss, and duration of congestion.

(c) In making the disclosures required by this section, a person engaged in the provision of broadband Internet access service shall publicly disclose in a timely manner to end users, edge providers, and the Commission when they make changes to their network practices as well as any instances of blocking, throttling, and pay-for-priority arrangements, or the parameters of default or "best effort" service as distinct from any priority service».

ties (o *common carrier*)⁵⁶. In alternativa a questa soluzione, la FCC propone l'imposizione di livelli minimi di qualità dei servizi⁵⁷.

4. Riproporre l'obbligo di non discriminazione sotto la veste di uno standard di ragionevolezza delle pratiche commerciali cui ricondurre, eventualmente, la stesura di un elenco dettagliato di pratiche commerciali ammesse e vietate⁵⁸. La soluzione proposta avrebbe, nell'ottica del regolatore, il vantaggio di far venir meno il carattere di generalità dell'obbligo di non discriminazione introdotto nel 2010 che ne avrebbe comportato la caducazione in quanto applicabile solo nell'ambito di un regime di servizio pubblico. Secondo il "*commercially reasonable*" standard a cui dovrebbero conformarsi gli operatori, sarebbero per esempio tutelate le piccole imprese (*start up* innovative) che, a differenza di Netflix, non hanno interesse o potere di mercato per accedere ad accordi *pay for priority* ma, al contempo, vogliono mantenere la capacità di raggiungere gli utenti della rete.

5. Infine, introdurre un articolato sistema di risoluzione delle controversie, cui possano accedere anche gli OTT, oltre agli utenti finali, con l'istituzione di un Ombudsman competente a tutelare anche le *start up* innovative.

Sul piano procedimentale, la consultazione pubblica del 2014 sulla *net neutrality* ha rappresentato in assoluto il procedimento più partecipato della storia della FCC con circa quattro milioni di osservazioni ricevute. Dal momento che la procedura di *notice and comment*⁵⁹ aveva previsto un doppio ciclo di consultazioni sull'attività di *rulemaking* – articolato nella fase di presentazione di osservazioni preliminari e nella fase successiva di controdeduzioni – nonché la convocazione di audizioni collettive degli interessati, la sola gestione dei commenti ricevuti ha richiesto il supporto di enti

⁵⁶ *Ibidem* § 8.5 No Blocking.

«A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block lawful content, applications, services, or non-harmful devices, subject to reasonable network management. A person engaged in the provision of mobile broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not block consumers from accessing lawful websites, subject to reasonable network management; nor shall such person block applications that compete with the provider's voice or video telephony services, subject to reasonable network management».

⁵⁷ § 8.11 Definitions. «(a) Block. The failure of a broadband Internet access service to provide an edge provider with a minimum level of access that is sufficiently robust, fast, and dynamic for effective use by end users and edge providers».

⁵⁸ § 8.7 *No Commercially Unreasonable Practices*.

«A person engaged in the provision of fixed broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not engage in commercially unreasonable practices. Reasonable network management shall not constitute a commercially unreasonable practice».

⁵⁹ FCC 14-61, *Notice of proposed rulemaking*, 2014 cit.

di ricerca e l'adozione di specifici accorgimenti organizzativi che, in ogni caso, non escludono concreti rischi di "ossificazione"⁶⁰ del processo decisionale.

Nel merito, le ragioni di fondo della proposta della FCC riguardano, in particolare, la necessità di preservare il carattere aperto di Internet in corrispondenza dei benefici in termini di innovazione e crescita: sul fronte delle reti, le regole della FCC non hanno impedito agli operatori di investire 250 miliardi di dollari tra il 2009 e il 2013, anzi il trend è in crescita e ha visto duplicare gli investimenti "Internet-specific" (trainati cioè dalla domanda di banda larga di utenti e OTT)⁶¹. Inoltre, dal 2010 a oggi sono emersi nuovi e fiorenti mercati. Questi rappresentano anche una fonte di finanziamento per gli operatori di reti e servizi di telecomunicazioni: su oltre 8 miliardi di dollari di investimenti in *mobile media ventures*, la metà è finanziata dall'industria del *software*, sviluppatori di *apps*, servizi di *cloud*. A fronte di questi dati, la FCC pone, tuttavia, una serie di questioni relative alla teoria economica di riferimento da applicare per l'analisi delle dinamiche competitive e di innovazione nei mercati delle telecomunicazioni e dell'ecosistema digitale, sia sotto il profilo dell'identificazione del potere di mercato, sia degli incentivi alle discriminazioni anticompetitive e, non ultimo, dell'effettivo impatto sulla libertà di espressione degli utenti.

Sul piano strettamente giuridico, restano aperte diverse opzioni: da un lato, si prospetta la possibilità di riformulare il contenuto delle disposizioni annullate ponendo a fondamento dell'intervento regolamentare la competenza generale riconosciuta anche dalla Corte di Appello di Washington ai sensi della *Section 706* del Telecommunication Act; dall'altro, sono al vaglio del regolatore soluzioni normative originali proposte da alcuni *stakeholder* che hanno partecipato alla consultazione. Tra queste vi è la proposta del gruppo di interesse Mozilla – una comunità di attivisti della rete – di operare una distinzione, nei mercati *retail* dell'accesso alla banda larga, tra i servizi di accesso alla rete locale e i servizi di instradamento dei pacchetti verso

⁶⁰ Il fenomeno di "ossificazione" dell'attività regolatoria, indotto dall'applicazione di istituti partecipativi, è descritto in termini generali con riferimento alla disciplina delle funzioni di rulemaking nel diritto statunitense da, *ex multis*, T.O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 Duke Law Journal 1385-1462 (1992) <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol41/iss6/2>.

⁶¹ "Venture capital financing of "Internet-specific" businesses has doubled in the past four years, from \$3.5 billion in 2009 to \$7.1 billion in 2013. (Fonte: Pricewaterhouse Coopers and National Venture Capital Association, Total U.S. Investments by Year Q1 1995-Q4 2013 (Jan. 17, 2014), "Internet-Specific Companies" http://www.nvca.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1033&Itemid=317).

*host remoto*⁶². Sulla base di tale distinzione, infatti, sarebbe possibile qualificare i primi come *information services* e i secondi come servizi di telecomunicazioni. Il vantaggio della soluzione prospettata sarebbe quindi di preservare la *policy* regolatoria della FCC fondata sulla deregolamentazione dei servizi di accesso alla banda larga (*information service*), garantendo al contempo l'assoggettamento ad obblighi di non discriminazione per i servizi di trasporto dati verso i punti terminali della Rete, che gli ISP offrono alle imprese fornitrici di servizi, contenuti e applicazioni *online*. In altri termini l'architettura end-to-end di Internet, che ne ha garantito sino ad oggi il carattere aperto e neutrale, acquisterebbe il valore di servizio pubblico da garantire nel trasporto dei pacchetti senza, tuttavia, alterare l'approccio di *policy* adottato dalla FCC per sostenere innovazione e investimenti nei mercati della banda larga. In alternativa, vi è la proposta più invasiva, di riclassificare interamente i servizi di accesso alla banda larga come servizi di telecomunicazioni. La posizione è stata sostenuta, nel novembre 2014, anche dal Presidente Obama che è intervenuto nel dibattito sulla *net neutrality* per chiedere alla FCC di ripristinare il divieto di blocco e l'obbligo di non discriminazione riclassificando i *broadband providers*⁶³.

In definitiva, il dibattito USA dimostra la crescente percezione dell'accesso a Internet come un servizio essenziale. Allo stesso tempo, la FCC resta ferma nel richiamare la necessità di valutare attentamente le peculiari caratteristiche dell'ecosistema di Internet e delle dinamiche di sviluppo e innovazione in questo settore. Esse suggeriscono, negli USA come in Europa, la ricerca di nuovi paradigmi per la garanzia di accesso a Internet che "imbriagliata" in una troppo rigida regolamentazione rischia di compromettere lo sviluppo delle reti di nuova generazione.

D'altro canto, la garanzia per gli utenti di accedere liberamente a servizi, contenuti e applicazioni in Rete rappresenta un valore irrinunciabile, rispetto al quale è fondamentale ricercare soluzioni innovative, sul piano legislativo e regolatorio. Con la creazione di un'area di esenzione dal divieto di discriminazioni di traffico corrispondente alle innovazioni tecnologiche e di mercato sussumibili nella categoria dei "servizi specializzati", l'Europa sembra muoversi in questa direzione, nonostante il percorso accidentato che ha caratterizzato sino ad oggi il procedimento legislativo di adozione delle

⁶² Mozilla Petition to Recognize Remote Delivery Services in Terminating Access Networks and Classify Such Services as Telecommunications Services Under Title II of the Communications Act (May 5, 2014) www.fcc.gov.

⁶³ White House, *Net Neutrality: President Obama's Plan for a Free and Open Internet (Statement)* <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality#section-read-the-presidents-statement>.

nuove regole sulla *net neutrality* nel pacchetto *Connected Continent*⁶⁴. La proposta della Commissione, infatti, è stata oggetto di sostanziali emendamenti in sede di approvazione parlamentare, votati in prima lettura nella primavera 2014, con il risultato di un complessivo irrigidimento delle regole in materia di *net neutrality*⁶⁵. In primo luogo, il testo modificato introduce una definizione di *net neutrality* corrispondente al principio «di eguale trattamento del traffico Internet, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze da parte dell'operatore di rete e dell'ISP», in virtù del quale sono vietate discriminazioni di traffico «in base all'origine, destinazione, tipo, contenuto, dispositivo, servizio o applicazione» utilizzate per finalità di comunicazioni attraverso Internet⁶⁶.

In base a questa definizione normativa di *net neutrality*, gli emendamenti introducono anche una definizione “circolare” del servizio di accesso a Internet, che sarebbe tale solo se rispondente alla definizione *net neutrality*. Anche la definizione normativa di “servizi specializzati” è più rigida di quella inizialmente prevista dalla Commissione in quanto, nell'ottica del Parlamento, i servizi specializzati sono esentati dall'applicazione del divieto di non discriminazione solo se richiedono livelli qualitativi più elevati e sistemi di accesso condizionato alla rete. Inoltre, la conclusione di accordi “pay for priority” per i servizi specializzati è autorizzata solo se non danneggia la disponibilità di capacità sufficiente per la fornitura di accesso a Internet a livelli qualitativi accettabili per la generalità degli utenti. La disposizione suggerisce che, anche sul fronte europeo, resta di fatto aperta la questione della qualificazione del servizio di accesso a Internet che, da un lato, non si vuole imbrigliare nel regime dei servizi pubblici o del servizio universale⁶⁷, ma, dall'altro, assume nella percezione collettiva rilevanza suffi-

⁶⁴ Sulla definizione normativa di servizi specializzati, si v. A. Savin, J. Trzaskowski, *Research Handbook on EU Internet Law*, in *Edward Elgar Publishing*, 2014, 55-59. Gli a. segnalano, peraltro, le difficoltà applicative della nozione in assenza di dati di monitoraggio sull'effettiva gestione del traffico di servizi forniti su reti logicamente o fisicamente distinte da quella di accesso a Internet in *best effort*.

⁶⁵ Parlamento Europeo, P7_TA-PROV(2014)0281, *Mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche*, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 3 aprile 2014 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce misure riguardanti il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso, recante modifica delle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE e dei regolamenti (CE) n. 1211/2009 e (UE) n. 531/2012 (COM(2013)0627 – C7-0267/2013 – 2013/0309(COD)) (Procedura legislativa ordinaria: prima lettura).

⁶⁶ La definizione è peraltro in linea con quella proposta dal Berec nel 2012 (per una sintesi cfr. *Summary of BEREC positions on net neutrality BoR (140) 12*).

⁶⁷ Sulla compatibilità tra i regimi in parola e la tutela della concorrenza nei mercati si

ciente perché siano comunque fissati livelli minimi essenziali a garanzia dell'effettiva accessibilità e fruibilità della rete⁶⁸.

Per quanto riguarda la tutela dei consumatori, gli emendamenti hanno definitivamente modificato lo statuto della *net neutrality* da "obiettivo della regolamentazione" a "diritto soggettivo" dell'utente di accedere liberamente a servizi, contenuti e applicazioni. Sono comunque previste eccezioni per garantire un bilanciamento tra *net neutrality* e altri interessi tutelati dall'ordinamento (dalla cyber-sicurezza alla gestione dei rischi di congestione del traffico nelle reti). Ciascuna pratica legittima di gestione della rete resta in ogni caso soggetta alla valutazione di legittimità e ragionevolezza dell'ANR, alla luce di un criterio di agnosticismo nelle discriminazioni tra servizi e applicazioni equivalenti⁶⁹.

L'irrigidimento delle regole sulla *net neutrality* ha trovato alcuni correttivi nel corso del semestre di Presidenza italiana dell'UE grazie all'adesione di un certo numero di Stati membri intorno alla posizione del Berec di fondare la politica del diritto della *net neutrality* su norme di principio, piuttosto che su regole e definizioni tecniche dettagliate⁷⁰. La proposta, volta a garantire maggiore flessibilità e adattabilità della regolamentazione all'esi-

rinvia, ex multis, a F. Giglioli, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 366, dove l'a. segnala che solo gli obblighi di servizio universale sarebbero compatibili con assetto concorrenziale del mercato in quanto non implicano il mantenimento di una riserva in capo all'impresa incaricata della fornitura delle prestazioni essenziali da garantire alla generalità degli utenti.

⁶⁸ Segnalando che il dibattito scientifico, soprattutto tra i costituzionalisti italiani, è ampio e controverso, e non può essere affrontato in questa sede, giova qui richiamare quella parte della dottrina che ammette la configurabilità dell'accesso a Internet come diritto sociale a prestazioni positive (Frosini) o "libertà positiva" strumentale all'eguaglianza sostanziale e alla libertà di espressione garantita dalle carte costituzionali (De Minico). T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in M. Pietrangelo (a cura di), *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 30, per la prima tesi e G. De Minico, *Uguaglianza e accesso a Internet*, 6 marzo 2013 (in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0394_de_minico.pdf), per la seconda.

⁶⁹ Si tratta di un criterio di valutazione suggerito dal Berec BoR (13) 142 BERECE views on the proposal for a Regulation «laying down measures to complete the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent». Per un commento all'impianto strategico proposto dal Berec e recepito nella proposta legislativa in esame, si v. anche Stocker, V. (2013) *On the weal and woe of internet traffic management in Europe: A critical appraisal from a network economic perspective*, 24th European Regional Conference of the International Telecommunication Society, Florence, Italy, 20–23 October 2013, 11.

⁷⁰ BoR (14) 42, *BEREC Statement on European Parliament's vote on Telecoms legislative proposals Document number* in reazione agli emendamenti adottati dal Parlamento UE in seduta plenaria.

genza di non interferire eccessivamente con le dinamiche competitive e tecnologiche di Internet che hanno garantito, sino ad oggi, vantaggi in termini di crescita e sviluppo dell'innovazione, non è stata accolta dal Consiglio europeo anche se il negoziato sulle nuove regole potrebbe continuare nel quadro dei rapporti tra Commissione e Parlamento per l'approvazione del testo legislativo in seconda lettura⁷¹.

Abstract

On January 14, 2014, the U.S. Court of Appeals of Washington D.C. issued a decision, Verizon v. FCC, which would drastically change the course of the net neutrality debate both in the US and in Europe. According to the judgement, the only option for maintaining the FCC's authority to impose non discrimination obligations on broadband providers is to reclassify them as "common carriers", that is to say broadband Internet access services are to be qualified as public utilities. As the policy implications of the court's decision have been discussed extensively among scholars of various disciplines, this Note focuses on legal issues arising in the aftermath of the Verizon decision, in an attempt at identifying common regulatory questions that telecom regulators are struggling to answer on both sides of the Atlantic. To this aim, Part I will discuss the court's decision in Verizon v. FCC starting with a brief summary of the FCC troubled history with net neutrality, and will outline the arguments made here and in previous case-law regarding the lack of authority to expanding regulatory power to broadband providers. By comparing regulatory frameworks, and the current state of broadband Internet access markets, Part II argues that the EU telecom legislation offers more solid grounds for regulating net neutrality. Nevertheless, in a context of (desirable) progressive reduction of ex ante regulation, regulators in Europe and in the US are taking a converging path of regulatory reform in search of good compromise between light touch regulation of broadband markets and such public service obligations as equal access in the scope of net neutrality. Hence, Part III seeks to analyze the post Verizon net neutrality debate through comparing the FCC public consultation launched in the summer 2014, and the parallel pending negotiations in Europe concerning the EU Commission proposal for a new regulatory framework on net neutrality.

⁷¹ Relazione conclusiva del Consiglio europeo del 28 novembre 2014, No. prev. doc.: 15541/14 TELECOM 207 COMPET 625 MI 886 CONSOM 241 CODEC 2252, nella versione ufficiale pubblicata all'URL http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/trans/145966.pdf.

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, sentenza 16 aprile 2014, n. 1863 – Pres. Maruotti – Est. Tarantino.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato conferma l'illegittimità dell'affidamento di una concessione di servizio pubblico alle cooperative sociali di tipo b) in via diretta, mediante la stipula di apposita convenzione di inserimento lavorativo nelle forme di cui all'art. 5, l. n. 381/1991.

In ordine all'affidamento di una concessione di servizio pubblico, non viene riconosciuta la possibilità di derogare all'obbligo, di matrice europea, di instaurare una procedura competitiva, anche a scapito di interessi generali di rilevanza costituzionale, quali quelli sottesi alla promozione umana ed all'integrazione sociale dei cittadini, posti, invece, alla base del modulo convenzionale italiano.

SALVATORE SORRENTINO

È POSSIBILE UN RAPPORTO “PREFERENZIALE” TRA ENTI LOCALI E COOPERATIVE SOCIALI NELL’AFFIDAMENTO DI CONCESSIONI DI SERVIZI PUBBLICI?

SOMMARIO: 1. La vicenda trattata in sentenza. – 2. Le cooperative sociali in Italia: disciplina normativa “di favore” e “ostacoli” di origine pretoria all’instaurazione di “corsie preferenziali” con la pubblica amministrazione. – 3. Gli “indici rivelatori” della concessione di servizio pubblico. Differenze con gli appalti di servizi pubblici. – 4. Nuova normativa europea in materia di concessioni di servizio pubblico. – 4.1 Precisazioni in merito agli elementi identificativi. – 4.2 Affidamento delle concessioni di servizi pubblici: procedure competitive riservate e *favor* per le c.d. imprese sociali. – 5. È possibile ed auspicabile un rapporto “preferenziale” tra cooperativa sociale ed ente locale nella gestione dei servizi pubblici.

1. La vicenda trattata in sentenza

Il comune di Paola disponeva l'affidamento in via diretta, ovvero senza il previo espletamento di una procedura competitiva, del servizio di tra-

sporto pubblico urbano ed extra urbano alla cooperativa sociale Lo.Fra.M., attraverso la stipula di una convenzione.

L'Autoservizi Preite srl ed il Consorzio Autoservizi dei due mari, già concessionari del comune per lo svolgimento del suddetto servizio per talune tratte parzialmente coincidenti, proponevano distinti ricorsi innanzi al TAR Calabria-Catanzaro per l'annullamento dei provvedimenti di affidamento in convenzione alla cooperativa Lo.Fra.M.

Il giudice calabrese, riuniti i ricorsi per identità dell'oggetto, dichiarava il ricorso dell'Autoservizi Preite srl inammissibile per difetto di legittimazione attiva, in quanto la stessa era già confluita nel su indicato consorzio, che aveva assunto la titolarità della gestione di tutte le tratte affidate, ed esaminava il ricorso del suddetto consorzio, ritenendolo infondato per diversi ordini di ragione¹.

Tra i motivi che inducevano il giudice di prime cure a ritenere legittimo l'operato dell'amministrazione comunale primeggiava l'immediato riscontro della fonte normativa dell'esercizio di potere: l'art. 5, l. n. 381/1991.

Più precisamente, veniva rilevato che la natura, non discussa, della cooperativa, corrispondente al tipo *b)* della l. n. 381/1991, consentiva all'ente locale di disporre, in favore della stessa, affidamenti diretti, per ragioni di tutela e sostegno delle fasce deboli della cittadinanza; ragioni queste che erano state puntualmente specificate dal comune nei provvedimenti impugnati.

Avverso la suddetta sentenza, le originarie ricorrenti presentavano appello, sostanzialmente riproponendo le medesime doglianze, tra le quali la violazione degli obblighi di evidenza pubblica che avrebbe viziato l'affidamento diretto. In particolare, la decisione comunale non poteva ritenersi giustificata – secondo le appellanti – neppure con il richiamo all'art. 5, c. 1, l. n. 381/1991, norma che, invero, avrebbe ad oggetto beni e servizi che l'amministrazione acquista per sé e non per terzi.

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato, da una parte, conferma la statuizione di primo grado nel riscontrare il difetto di legittimazione attiva della società Autoservizi Preite srl, in quanto confluita nel consorzio, dall'altra, ribalta completamente la decisione di prime cure, annullando tutti gli atti dispositivi dell'affidamento diretto in favore della cooperativa sociale.

Più precisamente, in accoglimento del gravame, il Consiglio di Stato rileva l'illegittimità dell'affidamento diretto per violazione degli obblighi di

¹ Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 8 aprile 2013, n. 381, in www.giustizia-amministrativa.it.

evidenza pubblica, in quanto la deroga, di cui all'art. 5, l. n. 381/1991, non risulta applicabile ai casi di affidamento di servizi pubblici.

La deroga agli obblighi di evidenza pubblica è consentita allorché la fornitura sia rivolta esclusivamente all'amministrazione per soddisfare una sua specifica esigenza, dietro pagamento di un corrispettivo a carico di quest'ultima, mentre il servizio pubblico, in quanto tale, presuppone una prestazione destinata ad una platea indifferenziata di utenti, che ne pagano almeno in parte il costo, e l'allocazione del rischio economico di gestione del servizio in capo al terzo concessionario.

L'affidamento dei servizi pubblici segue, pertanto, il paradigma concessorio, che non ammette deroghe agli obblighi – di matrice europea – di evidenza pubblica.

2. Le cooperative sociali in Italia: disciplina normativa “di favore” e “ostacoli” di origine pretoria all’instaurazione di “corsie preferenziali” con la pubblica amministrazione

In Italia, le cooperative sociali rivestono un ruolo fondamentale nello sviluppo economico e sociale delle comunità locali, prodigandosi nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'effettiva integrazione sociale delle fasce più deboli della cittadinanza, in conformità al dettato costituzionale².

In questo senso, esse sono tra i maggiori interlocutori degli enti locali nella produzione dei servizi alla persona e nelle attività finalizzate all'incremento dei livelli occupazionali per le categorie svantaggiate³.

In effetti, le cooperative sociali costituiscono società cooperative “speciali”, per la causa che le connota, ossia il perseguimento dell'interesse non dei soci (come in via generale previsto per le società cooperative), ma di una particolare categoria di persone (o di bisogni) e, per loro tramite, della collettività⁴.

Tale scopo istituzionale viene indicato dalla moderna scienza giuridica con il termine “mutualità esterna”, al fine di dare il giusto rilievo alla cir-

² Al riguardo, per un maggior approfondimento, A. Propersi, G. Rossi, *Gli enti non profit*, Milano, *Il Sole 24 Ore*, 2005, *passim*.

³ Sotto questo profilo, C. Spadoni, *Le cooperative sociali di inserimento lavorativo: un'opportunità di crescita collettiva*, in *Riv. coop.*, 2008, 4, 65-66.

⁴ In questa prospettiva, A. Fici, *Cooperative sociali e riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 75-94.

costanza che dette società si prodigano nel soddisfare bisogni di soggetti terzi, appartenenti ad una data categoria, attuando condizioni di favore o, comunque, cercando di appagare al meglio (e, dunque, anche a scapito del proprio utile) le esigenze che essi esprimono⁵.

Il carattere altruistico-solidaristico di tali cooperative si riscontra anche nella tipologia di attività svolte e nella natura dei beneficiari: si tratta, infatti, di attività che concernono con il miglioramento del benessere sociale di una comunità ed indirizzate alle fasce più deboli ed emarginate della medesima.

La cooperativa sociale, dunque, viene definita come cooperativa speciale a mutualità esterna sotto il profilo causale ed impresa sociale avuto riguardo all'attività condotta e ai beneficiari della stessa⁶.

Detta tipologia di cooperativa si articola, a sua volta, in due sottocategorie fondamentali: le cooperative di tipo *a*), aventi ad oggetto la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi, e quelle di tipo *b*), che svolgono attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate⁷.

Il perseguimento dei principi costituzionali di solidarietà sociale, di promozione del lavoro e del benessere delle persone svantaggiate non consente, di norma, alle cooperative sociali di concorrere sullo stesso piano degli operatori economici votati al lucro. Ne deriva la previsione di diverse agevolazioni e discipline di favore atte a compensare le difficoltà delle stesse a collocarsi nel mercato⁸.

Tra le varie misure di sostegno, va, senz'altro, ricompresa la disciplina di cui all'art. 5, c. 1, l. 8 novembre 1991, n. 381 (richiamato nella sentenza in esame), secondo la quale gli enti pubblici possono stipulare convenzioni con le cooperative sociali di tipo *b*, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi, in deroga alla normativa di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Tale deroga costituisce concreta attuazione di quanto stabilito dall'art. 45 Cost., secondo cui la Repubblica riconosce la funzione sociale della coo-

⁵ Tra le voci enciclopediche, F. Verrucoli, voce *Cooperative (imprese)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 549 ss.; G. Bonfante, *Imprese Cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-società editrice Il Foro Italiano, 1999, 86 ss.

⁶ Ancora sul punto, A. Fici, *Cooperative sociali e riforma del diritto societario*, cit., *passim*.

⁷ Al riguardo, si v. l'art. 1, l. n. 381/1991.

⁸ Tra i lavori più recenti, P. Minetti, *Affidamento diretto alle cooperative sociali nel quadro normativo attuale*, in *Comuni d'Italia*, 2008, 6, 45.

perazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità⁹.

Ai fini dell'applicazione della suddetta deroga, le cooperative sociali di tipo *b*) devono impiegare personale (lavoratori soci e non) costituito, almeno per il trenta per cento, da persone svantaggiate, come prescritto dall'art. 4 della legge citata¹⁰, ed essere iscritte in un apposito albo regionale, sulla base della ricorrenza di un insieme di elementi concernenti la capacità professionale ed economico-finanziaria¹¹.

Il modulo procedimentale da seguire per l'affidamento, in via diretta, della fornitura di beni e servizi consiste nella stipula di una convenzione c.d. di inserimento lavorativo ai sensi dell'art. 5, l. n. 381/1991.

In via generale, va chiarito che la convenzione costituisce un atto giuridico negoziale, bilaterale o plurilaterale, con il quale la pubblica amministrazione ed una o più controparti definiscono reciproche finalità ed impegni, assunti con comune sottoscrizione. L'accordo in essa contenuto regola complessivamente il soddisfacimento integrale di un interesse pubblico¹².

Nel caso in esame, secondo la scienza giuridica amministrativistica, la

⁹ In questa prospettiva, si veda anche determinazione AVCP 1° agosto 2012, n. 3, in www.avcp.it.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 4, l. n. 381/1991, si considerano "persone svantaggiate" gli invalidi civili, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa e in condizioni di difficoltà familiare, i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione.

¹¹ Si v. il parere precontenzioso AVCP n. 40 del 2 aprile 2009, in www.avcp.it. Tale parere chiarisce che l'iscrizione all'apposito albo regionale avviene a seguito di accertamento del possesso dei requisiti di cui agli artt. 1 e 4, l. n. 381/1991.

¹² Per un approfondimento del tema delle convenzioni negli appalti pubblici, S.Vuoto, *Diritto comunitario negli appalti pubblici e organizzazioni del terzo settore: primi appunti*, in *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, a cura di L. Brusaglia, E. Rossi, Milano, Giuffrè, 2000, 167 ss. Secondo l'Autore «La definizione più ampia del fenomeno delle convenzioni amministrative fa riferimento ad un "testo concordato tra una pubblica amministrazione e una controparte, contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione". Dalla nozione così delimitata possono essere desunti, quali elementi costitutivi della stessa, innanzitutto la forma scritta, come funzionale alla disciplina di rapporti dotati di una certa stabilità, e, poi, l'assunzione di impegni reciproci. Alla luce di tale ricostruzione, deve allora rilevarsi che lo strumento convenzionale può essere sussunto nel genere contrattuale di derivazione comunitaria, sia per il riferimento alla stipulazione per iscritto, sia anche per il titolo oneroso che qualifica l'accordo, laddove l'onerosità si concreta, nelle elaborazioni della dottrina privatistica, nel vantaggio – inteso in generico e, dunque, indipendente da qualsiasi incremento economico – che ciascuna parte riceve in corrispondenza della sua prestazione».

convenzione, così come disciplinata dall'art. 5, l. n. 381/1991, va ricondotta alla fattispecie degli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11, l. n. 241/1990. Secondo tale disposizione, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti di terzi e nel perseguimento del fine pubblico, accordi con i soggetti interessati con l'obiettivo di determinare il contenuto del provvedimento definitivo o in sostituzione del provvedimento definitivo medesimo. Ai sensi del c. 4-*bis*, introdotto dalla legge n. 15/2005, la stipulazione dell'accordo, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente ad adottare il provvedimento finale¹³.

In considerazione delle particolari finalità sociali, la convenzione di inserimento lavorativo ha natura "bivalente", giacché presenta un oggetto complesso inclusivo tanto della fornitura di beni e servizi, quanto della creazione di nuove opportunità di lavoro per soggetti svantaggiati¹⁴.

I limiti del ricorso alla convenzione espressamente desumibili dall'art. 5, c. 1, l. n. 381/1991 sono collegati, anzitutto, al valore dell'affidamento, che, in seguito alla novella apportata dalla l. n. 52/1996, deve necessariamente essere inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria¹⁵. Ciò significa che, per la fornitura di beni e servizi di valore superiore alla soglia comunitaria, non è mai consentito il ricorso al modulo convenzionale¹⁶.

Il rinvio alle soglie comunitarie ha carattere dinamico ed, allo stato, è da riferirsi alle soglie previste dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e dalla

¹³ In questa prospettiva, F. Dello Sbarba, *Illegittimo l'affidamento diretto mediante convenzione a cooperative sociali*, in *Urb. app.*, 8-9, 2013, 934.

¹⁴ Su questi profili, si legga la determinazione AVCP n. 3/2012, in *www.avcp.it*.

¹⁵ Ad ogni buon conto, anche nell'ipotesi di affidamento di un appalto sotto soglia comunitaria, occorre considerare quanto evidenziato dalla giurisprudenza secondo cui non può ammettersi che l'utilizzo dello strumento della convenzione possa consentire una completa deroga al generale obbligo di confronto concorrenziale: infatti, in caso di utilizzo di risorse pubbliche per l'individuazione di un soggetto privato a cui affidare lo svolgimento dei servizi per la pubblica amministrazione, occorre, comunque, il ricorso ad un confronto nel rispetto dei principi generali della trasparenza e della *par condicio*. Si veda, ad esempio, Tar Lazio Roma, sez. III *quater*, 9 dicembre 2008, n. 11093, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ Con riferimento agli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie è stata, invece, contemplata, con un nuovo quarto comma, la possibilità di inserire nei bandi di gara e nei capitolati d'oneri, fra le condizioni di esecuzione, quella di eseguire il contratto con impiego di persone svantaggiate (di cui all'art. 4, c. 1, l. n. 481/1991) e con l'adozione di specifici programmi di recupero e di reinserimento lavorativo.

direttiva 2014/23/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione¹⁷.

Inoltre, per espressa puntualizzazione del legislatore, la convenzione deve avere ad oggetto la fornitura di servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, i quali, oltre a costituire una specifica "prerogativa" delle cooperative sociali di tipo a, sembrano, comunque, prestarsi in misura ridotta ad attività disimpegnate da parte delle categorie di soggetti svantaggiati considerate dalla l. n. 381/1991.

Dal testo dell'art. 5, l. n. 381/1991 non sembrano desumibili ulteriori limitazioni in ordine all'operatività del modulo convenzionale.

Nondimeno, il quadro sopra descritto è stato messo in discussione da un orientamento ermeneutico più restrittivo, emerso in giurisprudenza, secondo il quale l'affidamento dei servizi pubblici – diretti a soddisfare i bisogni della collettività – deve inderogabilmente seguire le forme della gara pubblica, a tutela della concorrenza per il mercato.

In particolare, il suddetto indirizzo ermeneutico si è sviluppato a partire dalla sentenza del Tar Lombardia, Brescia, 30 marzo 2009, n. 719, secondo la quale l'identificazione di un determinato servizio come «servizio pubblico locale, rivolto all'esterno in quanto diretto a soddisfare i bisogni dell'intera collettività» comporta l'impossibilità di applicare l'art. 5, l. n. 381/1991, che «limita l'operare della deroga alle garanzie della gara pubblica, ai fini dell'affidamento del servizio, al solo caso in cui l'ente pubblico debba acquistare beni e servizi in proprio favore e non anche affidare a soggetti diversi lo svolgimento di servizi destinati a terzi».

Ha, quindi, concluso il Collegio di prime cure statuendo che: «l'art. 5, l. n. 381/1991 non è suscettibile di un'applicazione estensiva che ammetta la deroga ai principi nazionali e comunitari in materia di concorrenza anche con riferimento all'affidamento a soggetti terzi di servizi pubblici locali. Le, seppur meritevoli di attenzione, finalità di incremento dell'occupazione potranno fare ingresso nella procedura, mediante la previsione di apposite clausole nel capitolato di gara».

Il Consiglio di Stato (sez. V, n. 2829/2010), ha confermato la pronuncia di primo grado, precisando che «l'affidamento diretto dei servizi di raccolta differenziata dei rifiuti destinati al recupero e trasporto all'isola ecologica e di raccolta di rifiuti indifferenziati destinati allo smaltimento ed il trasporto presso i centri di raccolta autorizzati in favore delle cooperative

¹⁷ In particolare, per quanto riguarda gli appalti pubblici, le nuove soglie comunitarie vengono specificate all'art. 4, dir. 2014/24/Ue, mentre, in riferimento alle concessioni pubbliche, le soglie sono indicate all'art. 8, dir. 2014/23/Ue.

sociali aventi i requisiti di cui alla l. n. 381/1991 non può essere ricondotto alla previsione di cui all'art. 5, c. 1, della l. 381 cit. sull'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate».

Ciò in quanto tale disposizione, «nel riferirsi alla fornitura di beni e servizi, offre agli enti pubblici e alle società di capitali a partecipazione pubblica la possibilità di stipulare, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, con le cooperative che svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate, convenzioni aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi – diversi da quelli socio-sanitari ed educativi e di importo inferiore a quello preso in considerazione dalle direttive comunitarie in materia di appalti – in favore dell'amministrazione richiedente e non già l'affidamento di servizi pubblici locali»¹⁸.

L'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, aderendo a tale indirizzo interpretativo, ha escluso che l'istituto della convenzione diretta possa estendersi alle concessioni di servizio pubblico, per le quali la controprestazione consista nel diritto di gestire e di sfruttare economicamente il servizio, secondo lo schema di cui dall'art. 30 del Codice dei contratti. Le forniture di beni e servizi oggetto della convenzione rientrano nella più generale fattispecie di contratto di appalto¹⁹.

Anche la sentenza del Consiglio di Stato qui commentata si innesta nell'ambito del descritto orientamento giurisprudenziale, laddove sostiene che l'affidamento di un servizio pubblico (nella fattispecie, il servizio di trasporto pubblico locale) non può essere effettuato nelle forme di cui all'art. 5, l. n. 381/1991.

Ciò in quanto l'inclusione del servizio di trasporto pubblico locale all'interno del paradigma concessorio, piuttosto che nella diversa fattispecie di appalto, esclude *tout court* l'applicabilità della deroga contenuta nella norma su indicata²⁰.

¹⁸ Per un'ulteriore e più approfondita analisi si vedano, tra gli altri, Cons. St., sez.V, 11 maggio 2010, n. 2829, in www.giustizia-amministrativa.it e determinazione AVCP n. 3/2012, in www.avcp.it. In questi si afferma che, nonostante lo spettro delle attività suscettibili di essere svolte dalle cooperative sociali di tipo b sia più ampio, poiché l'art. 5, l. n. 381/1991 trova applicazione in caso di fornitura di beni e servizi, l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici, né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

¹⁹ Su questi aspetti, le determinazioni AVPC 12 settembre 2012 n. 147 e 9 marzo 2011, n. 34, in www.avcp.it.

²⁰ Per un approfondimento sulla natura del servizio di trasporto pubblico locale, A. Claroni, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, n. 96, 2011; M. Cammelli,

Il descritto orientamento ha generato, in concreto, nei rapporti tra pubblica amministrazione e cooperazione sociale, una sensibile compressione della possibilità per le cooperative di essere “preferite” direttamente, in luogo di una procedura di gara, per la quale – giova sottolineare – le medesime non sono state “progettate”²¹.

3. Gli “indici rivelatori” della concessione di servizio pubblico. Differenze con gli appalti di servizi pubblici

Come indicato al punto che precede, la pronuncia in esame ritiene illegittimo l'affidamento diretto di un servizio di trasporto pubblico, disposto nelle forme di cui all'art. 5, l. n. 381/1991, in quanto detta aggiudicazione costituisce una concessione di servizio pubblico, per la quale non è consentita la deroga agli obblighi di evidenza pubblica in favore delle cooperative sociali di inserimento lavorativo.

Atteso che il trasporto pubblico locale costituisce un servizio pubblico, rappresentando indiscutibilmente una attività rivolta a prestare alla collettività, globalmente considerata, beni e servizi essenziali per ciascuno dei suoi membri²², il passaggio determinante del percorso argomentativo del giudice amministrativo si radica nell'individuazione degli elementi identificativi della concessione di servizio pubblico.

In questa prospettiva, il Consiglio di Stato fornisce un chiarimento di indubbia rilevanza nell'individuazione dei confini del su indicato istituto giuridico.

Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale, in *Il Trasporto pubblico locale – Una prospettiva per l'Italia*, a cura di O. Bucci, Bologna, Il Mulino 2006, 81-82: «I trasporti pubblici locali si sono distinti per una serie di primati: sono stati il primo settore ad avere sperimentato gli effetti del federalismo amministrativo, attraverso l'innovativo riparto delle competenze delineato dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422; sono stati i primi servizi a subire il divieto di affidamenti diretti, alla scadenza di un dato periodo transitorio; sono stati i primi destinatari di una disciplina compiuta dei contratti di servizio, quale strumento di regolazione dei rapporti con il gestore; sono stati per primi toccati dall'obbligo di trasformare in società le aziende speciali e i consorzi di enti locali deputati allo svolgimento del servizio; sono stati la prima categoria per la quale è stata prevista l'esclusione dalle gare per l'aggiudicazione del servizio dei soggetti beneficiari di un affidamento diretto».

²¹ In questa ottica, tra i più recenti commenti, A. Santuari, *No all'affidamento del TPL alle coop. Sociali – Cons. St. 1863/2014*, in *www.personaedanno.it*, a cura di P. Cendon.

²² Sull'identificazione del servizio di trasporto pubblico locale quale servizio pubblico, si leggano, tra le voci enciclopediche, C. Venchi, *Trasporti in concessione* (voce), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1961, 1109; M. Colacito, *Autolinee* (voce), in *Enc. giur.*, IV, Treccani, Roma, 1988, 1.

La concessione è stata, dal punto di vista storico, la prima e più importante forma di gestione dei servizi pubblici²³. Ciò nonostante è stato estremamente difficile definire con esattezza che cosa debba intendersi per concessione di servizi pubblici e quali siano le differenze con altri istituti simili.

Senza ripercorrere le controverse questioni relative alla nozione oggettiva e soggettiva di servizio pubblico, alla natura pubblica o privata del titolo concessorio ed alla contrattualizzazione della concessione, in questa sede interessa evidenziare le caratteristiche essenziali della concessione di servizi pubblici e le differenze rispetto la figura affine dell'appalto di servizi pubblici²⁴.

In particolare, la concessione di servizio pubblico è stata tradizionalmente identificata con un procedimento per mezzo del quale l'autorità concedente affida ad una persona, fisica o giuridica, denominata concessionario, il compito di gestire un servizio pubblico, riservandosi la mera attività di controllo. Il concessionario viene remunerato, nella maggior parte dei casi, tramite i canoni percepiti dagli utenti del servizio²⁵.

La concessione, in linea di principio, costituisce lo strumento che consente la creazione del servizio pubblico senza comportare un costo per l'amministrazione²⁶.

I caratteri distintivi dell'istituto sono stati dalla scienza giuridica so-

²³ Al riguardo, per un maggior approfondimento, F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *La concessione di servizi pubblici*, Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna – Scuola di specializzazione in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, a cura di F. A. Roversi Monaco, Rimini, Maggioli, 1988, 26 ss.: A partire dall'Unità del Regno attraverso la concessione sono state costruite le ferrovie ed è stato gestito il servizio; si è provveduto all'utilizzazione delle acque pubbliche; alla realizzazione di centrali idroelettriche, alla pubblica illuminazione, ai trasporti comunali.

²⁴ Sulla natura del titolo concessorio, U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *jus*, Milano, Giuffrè, 1955, 394 ss.; id., *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964; E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol.VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 373 ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, 869; A. Romano, *In tema di concessioni contratto*, in *Foro amm.*, 1958, I, 2; V. Caianiello, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Nss.D.I., Appendice*, II Torino, 1980, 234. Va ricordato, inoltre, il contributo della giurisprudenza, nell'evoluzione dell'istituto della concessione: Cons. St., VI 22 gennaio 2001 n. 192, Ad. plen., 30 gennaio 2001, n. 1; VI, 02 marzo 2001, n. 1206; V, 15 marzo 2001, n. 1514; V, 9 maggio 2001, n. 2601 e n. 2605; VI, 7 giugno 2001, n. 3090; VI, 5 marzo 2002, n. 1303; V, 30 aprile 2002, n. 2294; VI 17 settembre 2002 n. 4711, e V 30 giugno 2003, n. 3864.

²⁵ Tra gli studi monografici, F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, cit., 27 ss.

²⁶ In questa prospettiva, B. Mameli, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, Giuffrè, 1998, 629.

stanzialmente ricondotti a tre: la particolare qualità dell'attività, idonea ad essere qualificata come servizio pubblico; l'oggetto dell'atto di affidamento, che è la gestione dell'attività di servizio pubblico, ed il rapporto con l'utenza²⁷.

La scienza giuridica tradizionale ha, inoltre, individuato la distinzione tra concessione e appalto di servizi pubblici facendo riferimento a molteplici criteri: la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; il carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, contrapposta all'attività di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse del committente pubblico; l'effetto accrescitivo della concessione che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica; il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, contrapposte alle prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico riconosciute all'appaltatore che non opera quale organo indiretto dell'amministrazione²⁸.

Il diritto comunitario, dal canto suo, in un primo momento, – antecedentemente alla pubblicazione delle direttive nn. 17 e 18 del 2004 – risultava carente di una formulazione scritta della definizione di concessione di servizi.

Soltanto con la Comunicazione interpretativa della Commissione Ue sulle concessioni nel diritto comunitario, adottata il 12 aprile 2000, venivano precisate le norme e i principi del trattato da applicarsi anche alle concessioni. Nello specifico, veniva chiarito che le norme previste dalla direttiva 93/37/Cee sugli appalti pubblici di lavori andavano applicate anche alle fattispecie di concessione di lavori pubblici²⁹.

La Commissione individuava l'elemento distintivo della nozione di concessione di lavori nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione. Il diritto di gestione consentiva al concessionario di percepire i proventi dell'attività svolta dall'utente per un periodo determinato di tempo.

²⁷ Tra i lavori più recenti, R. Cori, *La concessione di servizi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2007, *passim*.

²⁸ Per una trattazione generale, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., *passim*; U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, cit., *passim*.

²⁹ La Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata in G.U.C.E. del 29 aprile 2000, viene richiamata nella Circ. Pres. C.d.M. – Dipartimento per le politiche comunitarie, del 01.03.2002 n. 3944, rubricata: *Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori*.

In altri termini, nella concessione di lavori l'alea relativa alla gestione veniva trasferita al concessionario.

La Commissione identificava, poi, i tratti essenziali della concessione di servizi pubblici, fondandosi sugli elementi della concessione di lavori: nella concessione di servizi l'operatore si assumeva i rischi di gestione del servizio rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione del canone. La modalità di remunerazione dell'operatore era, come nel caso della concessione di lavori, l'elemento che permetteva di stabilire l'assunzione del rischio di gestione.

In seguito, con la pubblicazione delle direttive nn. 17 e 18/2004, il diritto comunitario adotta una definizione di concessione di servizi, caratterizzata dal rinvio alla definizione del contratto di appalto con l'ulteriore elemento dell'assunzione del rischio di gestione in capo al concessionario (art. 1, c. 4, Direttiva 2004/18/Ce).

Le direttive del 2004 fanno riferimento alle "concessioni di servizi" e non alle "concessioni di servizio pubblico", valorizzando l'accezione comunitaria di concessione che prescinde dall'oggetto e, quindi, dal tipo di servizio, rendendo suscettibili di affidamento in concessione tutti i servizi idonei ad essere gestiti economicamente con un accollo totale o parziale dei costi in capo all'utenza e con conseguente assunzione dei rischi di gestione in capo al concessionario³⁰.

La giurisprudenza europea, al fine di individuare un confine certo tra le due figure affini dell'appalto e della concessione di servizio pubblico, si sofferma sull'aspetto della diversa allocazione del rischio di gestione.

Più precisamente, il giudice europeo chiarisce che la differenza tra un appalto e una concessione di servizi pubblici risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi. Un appalto di servizi pubblici comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre si è in presenza di una concessione di servizi pubblici allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione³¹.

³⁰ In questa prospettiva, M.A. Quaglia, *Concessione di servizi nei settori ordinari e nei settori esclusi*, relazione al Convegno "La riforma degli appalti pubblici. Dalle direttive europee al Codice dei contratti pubblici", Roma, 20 e 21 marzo 2006.

³¹ Su questi aspetti, in particolare, le sentenze C. giust. Ue, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset spa/Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ato Idrico Ragusa+AA*, in Racc. 2009, I - 09913; 10 settembre 2009, causa C-206/08, *WAZV Gotha/ Eurawasser*, in Racc. 2009, I-8377; 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione/Italia*, in Racc. 2008I-00153;

cooperative sociali e affidamento di concessione

In altri termini, il *discrimen* tra gli istituti anzidetti va individuato nel “fattore rischio” connesso all’incertezza del ritorno economico dell’attività di gestione, che, nella concessione di servizi, grava sul soggetto concessionario, a fronte della richiesta di un prezzo all’utenza³².

Nell’ordinamento italiano, in attuazione delle direttive n. 17 e 18/2004, viene emanato il Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 163/2006) che, per primo, introduce definizioni puntuali delle suddette tipologie negoziali.

In sostanza, il Codice italiano riprende pedissequamente le definizioni dettate dall’Ue ed, in particolare, identifica gli appalti di servizi in contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante e uno o più operatori economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi come definiti nell’allegato II allo stesso codice, mentre la concessione dei servizi viene definita come un contratto che presenta le stesse caratteristiche del primo, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo³³.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, proprio in tema di elementi identificativi del paradigma concessorio, il passaggio dalle elaborazioni teoriche alla loro applicazione concreta ha visto frequenti tentennamenti in giurisprudenza, anche in considerazione della differenza tra i principi comunitari, che riconoscono nell’allocazione del rischio economico e nell’assunzione della correlativa responsabilità i tratti distintivi della concessione, rispetto ai principi derivati dalla tradizione nazionale, la quale vede piuttosto nell’ampliamento della sfera giuridica del concessionario e nell’attribuzione a quest’ultimo di pubblici poteri, quindi – in definitiva – nella natura surrogatoria dell’attività del concessionario, gli elementi caratterizzanti la fattispecie³⁴.

Come preannunciato, la sentenza in commento, partendo dal caso controverso attinente l’affidamento diretto di un servizio di trasporto pub-

13 settembre 2007, C-260/04, *Commissione/Italia*, racc. 2007I- 7083; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in Racc. I-8585.

³² Al riguardo, la Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, cit.

³³ Si veda l’ art. 3, c. 10 e 12, d.lgs. n. 163/2006. In sostanza, l’appalto pubblico di servizi viene ritenuto un contratto sinallagmatico avente per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato II del Codice, mentre, per quanto riguarda le concessioni di servizi, la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, così come precisato anche nell’art. 30 del medesimo codice.

³⁴ In questa prospettiva, R. Cori, *La concessione di servizi*, cit., *passim*.

blico, individua, in via generale, gli indici rivelatori della concessione di servizio pubblico.

In particolare, il giudice amministrativo d'appello precisa che si tratta di un servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali (nello specifico, trasporto pubblico finalizzato a migliorare il collegamento tra il centro abitato e le zone rurali), che prevede una prestazione a carico dell'utente (il costo del biglietto), con assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio (ossia, l'assunzione dei costi del carburante e della manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché della responsabilità all'uso e custodia dei mezzi, non connesse all'assicurazione), che ha come destinatari una platea indifferenziata di utenti (nel caso di specie, si tratta di un servizio diretto al pubblico, senza alcuna limitazione). Il rapporto tra l'amministrazione e l'erogatore del servizio prevede la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari (in particolare, dovevano essere rispettati i percorsi, le fermate e gli orari, nonché il prezzo del biglietto) e la possibilità per il medesimo gestore di effettuare scelte sulla organizzazione del servizio (come in merito alla gestione del personale e dei mezzi).

In sostanza, la pronuncia pone l'attenzione principalmente su due indici rivelatori della sussistenza, in concreto, della concessione di servizio pubblico: 1) l'allocazione, in capo al concessionario, del rischio economico relativo alla gestione del servizio; 2) la natura trilaterale del rapporto concessorio.

Il primo indice – come già ampiamente spiegato in precedenza – consiste nella circostanza che l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio, rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione del canone.

Il secondo indice, ossia la natura trilaterale del rapporto, costituisce non tanto un distinto elemento identificativo della fattispecie quanto una conseguenza ineludibile del primo indice, laddove, nell'appalto di servizi, il rapporto intercorre esclusivamente tra due soggetti (pubblica amministrazione ed appaltatore), essendo destinataria della prestazione solamente l'amministrazione, mentre, nella concessione di servizi pubblici, viene a formarsi un rapporto più complesso con la presenza di ben tre soggetti (pubblica amministrazione, concessionario ed utenza), atteso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti, che, almeno in parte, ne pagano il costo³⁵.

L'individuazione, nel caso concreto, dei due indici rivelatori, dunque

³⁵ Al riguardo, si legga anche nota a Cons. St., Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13, in *Foro amm.* – C.d.S., 2013, 1176.

– secondo la decisione in esame – dovrebbe eliminare ogni dubbio in merito alla corretta qualificazione della fattispecie posta all’attenzione dell’interprete.

4. Nuova normativa europea in materia di concessioni di servizio pubblico

La chiarezza della sentenza sugli elementi identificativi della concessione di servizio pubblico e sull’inderogabilità, per tale fattispecie, degli obblighi di evidenza pubblica offre l’occasione di formulare talune considerazioni in merito alla portata innovativa della recente direttiva 2014/23/UE in termini di definizione e modalità di affidamento dell’istituto in parola.

Ad una prima lettura, la nuova disciplina sembra, da un lato, confermare il precedente indirizzo giurisprudenziale in tema di indici rivelatori, e, dall’altro, poter determinare, a differenza di quanto sostenuto in precedenza, persino l’instaurazione di una vera e propria “corsia preferenziale” per le cooperative sociali di tipo *b*) nell’affidamento delle concessioni di servizi pubblici.

4.1. Precisazioni in merito agli elementi identificativi

In passato, a differenza di quanto già accadeva in Italia, le amministrazioni degli altri Stati europei, tradizionalmente, agivano come soggetti apaltanti di beni e servizi, pertanto, nel 2004, anno di emanazione delle precedenti direttive in materia di contratti pubblici, non era ancora emersa, con tale forza, l’esigenza di dare un *corpus* giuridico a una modalità di *procurement* che, allora, per la maggior parte dei Paesi, appariva marginale³⁶.

Con il passare degli anni, però, l’enfasi data al partenariato pubblico-privato e la grave crisi economica nell’eurozona hanno generato un più frequente ricorso all’istituto giuridico in esame.

Da qui la necessità di una regolamentazione più puntuale dell’istituto giuridico, adottata con la recente direttiva europea 2014/23/UE sull’aggiudicazione delle concessioni, approvata il 15 gennaio dal Parlamento, il 12 febbraio dal Consiglio europeo, pubblicata il 28 marzo sulla Gazzetta Ufficiale dell’UE, e da recepire con legge nazionale entro il 18 aprile 2016.

È di riscontro immediato che il legislatore europeo fornisce, per la

³⁶ Per un approfondimento maggiore, tra i lavori più recenti, R. Cori, *La concessione di servizi*, cit., *passim*.

prima volta, una definizione dell'istituto "concessione", senza rimandi alla definizione di "appalto", delineando, in modo puntuale, la concessione di lavori e la concessione di servizi.

Nello specifico, la nuova disciplina chiarisce che per "concessione di servizi" si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori affidano a uno o più operatori economici l'erogazione e la gestione di servizi, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo³⁷.

La prima necessità del legislatore europeo, quindi, è stata quella di superare le incertezze interpretative del concetto di concessione rispetto al concetto di appalto, incertezze che poi si riflettevano tra i soggetti operanti nel mercato dei contratti pubblici con il conseguente aumento di contenzioso presso la Corte di Giustizia Europea³⁸.

La questione è stata di particolare rilievo riguardo alle gare bandite per esternalizzare l'erogazione dei servizi piuttosto che la realizzazione di lavori, atteso che, per la concessione di servizi, la disciplina prevista era particolarmente scarna³⁹.

La nuova direttiva, pertanto, viene incontro ad esigenze di certezza del diritto, tramite l'introduzione di una regolamentazione dettagliata, la quale si prefigge di segnare una linea di demarcazione spessa tra l'istituto in parola e le altre figure affini, nonché di ridurre gli effetti distorsivi nel funzionamento del mercato.

In particolare, la normativa pone in rilievo come elemento di differenziazione della concessione di servizio pubblico rispetto all'appalto di servizio pubblico l'allocazione del c.d. "rischio economico operativo"⁴⁰.

Tale rischio ha natura economica e comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare

³⁷ Per le definizioni della concessione di servizi e della concessione di lavori, si v. l'art. 5, par. 1, lett. a) e b), dir. 2014/23/UE.

³⁸ In riferimento alle incertezze interpretative sul concetto di concessione ed al conseguente aumento di contenzioso, il primo Considerando della dir. 2014/23/UE.

³⁹ Al riguardo, sulla carenza di una disciplina più puntuale sulle concessioni di servizi a livello europeo, si v. il quarto Considerando della dir. 2014/23/UE.

⁴⁰ Al riguardo, l'atto di segnalazione AVCP 21 maggio 2014, n. 3, Direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in www.avcp.it, *passim*.

i servizi in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice⁴¹.

Segnatamente, il "rischio operativo" comprende un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta oppure entrambi.

Per "rischio sul lato della domanda" si intende il rischio associato alla domanda effettiva di servizi, oggetto del contratto. Lo stesso trae origine dalla variabilità della domanda, non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal concessionario, ma da altri fattori, quali, a titolo meramente esemplificativo, la concorrenza da parte di altri operatori che operano nel mercato di riferimento.

Il "rischio sul lato dell'offerta", invece, deve essere inteso come il rischio associato all'offerta dei servizi, oggetto del contratto, in particolare, come il rischio che la fornitura di servizi non soddisfi la domanda⁴².

Cristallizzando l'orientamento della Corte di Giustizia Ue in una norma di diritto, il legislatore europeo dà enfasi al concetto di "rischio operativo", elevandolo ad elemento idoneo a chiarire lo stesso concetto di concessione e, dunque, capace di delinearne chiaramente i tratti distintivi di tale istituto giuridico rispetto all'appalto.

Difatti, la direttiva chiarisce che il rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori dal controllo delle parti. I rischi, collegati ad una cattiva gestione, ad inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o, comunque, causati da forza maggiore, non sono decisivi per classificare un contratto come concessione, di cui all'art. 5, par. 1, direttiva 2014/23/Ue, poiché rischi del genere sono insiti in ogni contratto, a prescindere che sia un appalto o una concessione⁴³.

In ordine al trasferimento di detto rischio, la suddetta normativa introduce, anche a livello normativo, l'obbligo di allocarlo in capo al concessionario⁴⁴.

Del resto, l'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione delle concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da ogni perdita potenziale, garantendogli un introito minimo, pari o superiore

⁴¹ Per un approfondimento di questi profili, M. Provenzano, *Osservazioni a margine dell'approvazione delle nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2014.

⁴² Si v. l'art. 5, par. 2, dir. 2014/23/Ue.

⁴³ In questa prospettiva, per un maggior approfondimento, si v. il ventesimo Considerando della dir. 2014/23/Ue.

⁴⁴ In questa ottica, si v. l'art. 5, par. 1, dir. 2014/23/Ue.

agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto.

4.2 Affidamento delle concessioni di servizi pubblici: procedure competitive riservate e favor per le c.d. imprese sociali

Con la direttiva 2014/23/UE sulle concessioni, il legislatore europeo prescrive una regolamentazione dell'istituto, funzionale al perseguimento della Strategia Europa 2020, dettata dalla Commissione europea⁴⁵, con la previsione di misure di sostegno allo sviluppo dei livelli occupazionali ed alla lotta contro l'esclusione sociale.

In sostanza, l'Europa promuove i c.d. acquisti sociali ovvero la scelta della amministrazioni di effettuare operazioni di acquisto non strettamente

⁴⁵ Al riguardo, va precisato che la strategia Europa 2020, proposta dalla Commissione nei primi mesi del 2010 come strategia dell'Unione per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, rispondeva all'esigenza di rendere l'Unione più competitiva, seppur mantenendo il suo modello di economia di mercato sociale, e migliorare notevolmente l'efficienza delle sue risorse. Al momento del lancio, la strategia Europa 2020 era all'avanguardia nel promuovere un modello di crescita che non si limitasse semplicemente a far crescere il PIL. Oggi molti organismi promuovono una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva quale fattore essenziale dello sviluppo economico. La strategia Europa 2020 è stata lanciata per far fronte a un rallentamento della crescita e a livelli di produttività inferiori rispetto ad altri paesi industrializzati e in risposta a un rapido deterioramento del contesto economico e sociale a seguito di una delle più gravi crisi finanziarie mondiali mai conosciuta prima dall'Unione. La strategia ricalcava le orme dal suo predecessore, la strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, lanciata nel 2000, rinnovata nel 2005 e attuata fino al 2010. Nel documento di base si legge a chiare lettere che «la [...] priorità a breve termine è superare con successo la crisi», ma che «per conseguire un futuro sostenibile» l'Europa deve «sin d'ora guardare oltre il breve termine» e «ovviare alle proprie carenze strutturali». L'ambizione è «uscire più forti dalla crisi e [...] trasformare l'Ue in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.» Concepita sotto forma di partenariato tra l'Unione e gli Stati membri, la strategia stabilisce una serie di obiettivi, incentrati sulle priorità della crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, e prevede un sistema specifico per la sua realizzazione. Europa 2020 individua cinque obiettivi principali, tra essi collegati, in materia di occupazione, ricerca e sviluppo (R&S), cambiamenti climatici e energia, istruzione e lotta contro la povertà e l'esclusione sociale, che l'Ue si propone di realizzare entro il 2020. Lungi dall'essere limitativi questi obiettivi sono un esempio del tipo di cambiamento dinamico che la strategia propugna. Per dinamizzare i progressi a livello dell'Unione, la Commissione ha definito sette iniziative faro (un'agenda europea del digitale, l'Unione dell'innovazione, *Youth on the Move*, un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse, politica industriale, un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro, piattaforma europea contro la povertà), con programmi di lavoro specifici in settori individuati quali importanti leve della crescita.

incentrate solo sui requisiti economici, ma dando anche un peso rilevante all'impatto sociale, economico ed ambientale del contratto.

È ovvio che il mercato unico è lo strumento fondamentale per realizzare un'economia sociale di mercato altamente competitiva, in quanto accresce la competitività europea nel mercato mondiale e la complementarietà delle politiche interne ed esterne che favoriscono gli scambi e la crescita⁴⁶.

Tra le azioni a sostegno della crescita e dell'occupazione, indicate come prioritarie, sono state inserite la revisione delle direttive Ue in materia di appalti e l'introduzione di una specifica direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione⁴⁷.

La nuova normativa sulle concessioni, infatti, accentua la tutela delle esigenze sociali, ambientali ed occupazionali, elevandole al rango di interessi pubblici primari, con l'effetto di porre, in determinate circostanze, le esigenze sottese alla tutela della concorrenza in posizione recessiva.

Lo strumento normativo principale, con il quale viene reso recessivo il *favor* per la massima partecipazione e la libera concorrenza, è costituito dalla facoltà concessa alla pubblica amministrazione di stipulare "contratti riservati" con determinati operatori economici⁴⁸.

In particolare, si tratta della possibilità, riconosciuta agli Stati membri, di riservare il diritto di partecipare alle procedure di aggiudicazione delle concessioni – aventi valore pari o superiore alla soglia comunitaria – alle c.d. imprese sociali, le quali perseguono l'obiettivo dell'integrazione sociale e professionale di persone disabili e svantaggiate⁴⁹.

Tali imprese, per beneficiare della riserva, devono impiegare personale costituito, almeno per il trenta per cento, da disabili o persone svantaggiate⁵⁰.

⁴⁶ Al riguardo, si legga anche la comunicazione del 3.10.2012 della Commissione europea *Atto per il mercato unico II – Insieme per una nuova crescita*, in www.ec.europa.eu.

⁴⁷ In particolare, nell'impianto normativo delle nuove Direttive trovano riscontro due diverse linee conduttrici: da un lato, quella che permea l'intero testo normativo volta a tutelare maggiormente le esigenze ambientali, sociali ed occupazionali e, dall'altro, quella fondata sulla necessità di non imbrigliare la libertà degli Stati membri nel dettare disciplina in quei settori in cui le scelte normative dipendono fortemente dal contesto e dalle tradizioni culturali, determinando, per tali settori che hanno una dimensione transfrontaliera limitata, come ad esempio alcuni servizi sociali, sanitari o educativi, un regime giuridico parzialmente diverso da quello previsto ordinariamente per le altre tipologie di prestazioni.

⁴⁸ Per un maggiore approfondimento di tali aspetti, L. Arcelli, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove direttive in materia di contratti pubblici*, cit., *passim*.

⁴⁹ Al riguardo, sulla facoltà della amministrazione pubblica di indire gare riservate alle imprese sociali, si legga l'art. 24, dir. 2014/23/Ue in tema di concessioni riservate.

⁵⁰ In questa prospettiva, veda l'atto di segnalazione AVCP 21 maggio 2014, n. 3, avente

All'interno dei suddetti parametri, rientrano anche le cooperative sociali di cui all'art. 1, lett. b), l. n. n. 381/1991, in quanto – per espressa previsione di legge – hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini, svolgono attività agricole, industriali, commerciali o di servizi ma comunque finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate⁵¹ e, per quanto riguarda i dipendenti, devono rispettare una percentuale minima di assunzione di persone svantaggiate, fissata anch'essa al trenta per cento⁵².

Il semplice raffronto delle disposizioni italiane di vent'anni prima con le nuove previsioni normative europee evidenzia chiaramente che l'operatore economico europeo, con finalità di inserimento lavorativo delle fasce deboli, è stato costruito sul modello del cooperativismo sociale italiano che ha dato un contributo notevole allo sviluppo dei livelli occupazionali nelle zone maggiormente degradate⁵³.

Con un pizzico di orgoglio nazionale, dunque, può sostenersi che l'Ue abbia riconosciuto l'efficacia della disciplina italiana ed intenda diffonderne l'applicazione anche negli ordinamenti degli altri Stati membri, quale strumento per arginare la crisi economica ed occupazionale che interessa attualmente il continente.

La facoltà di riserva potrà, dunque, determinare, in favore delle imprese sociali (ivi comprese le cooperative sociali di tipo *b*), una vera e propria "preferenza" per l'affidamento delle concessioni di servizi pubblici, di rilevanza comunitaria.

ad oggetto le Direttive n. 2014/24/Ue sugli appalti pubblici, n. 2014/25/Ue, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/Ue sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in www.avcp.it.

⁵¹ Per quanto riguarda la definizione di cooperative sociali, si veda l'art. 1, l. n. 381/1991.

⁵² In ordine ai requisiti previsti per le cooperative sociali di tipo *b* e per la stipula della convenzione di affidamento si vedano gli artt. 4 e 5 l. n. 381/1991.

⁵³ In questa ottica, si legga A. Propersi, G. Rossi, *Gli enti non profit*, cit., *passim*; C. Spadoni, *Le cooperative sociali di inserimento lavorativo: un'opportunità di crescita collettiva*, in *Riv. coop.*, 2008, 4, 65-66.

5. È possibile ed auspicabile un rapporto “preferenziale” tra cooperativa sociale ed ente locale nella gestione dei servizi pubblici

La sentenza in commento, nella parte in cui nega l'applicazione della deroga di cui all'art. 5, l. n. 381/1991 per l'affidamento di un servizio di trasporto pubblico, seppur sotto soglia comunitaria, va collocata nell'alveo di un indirizzo ermeneutico sviluppatosi in un quadro normativo europeo, informato alla rigorosa tutela della concorrenza per il mercato.

Tale orientamento giurisprudenziale, a mio avviso, a seguito dei nuovi interventi normativi, può essere oggetto di parziale revisione, in un'ottica di maggior rafforzamento, proprio in ambito europeo, della dimensione sociale del mercato connessa allo sviluppo dei livelli occupazionali.

Gli obblighi comunitari dell'evidenza pubblica risultano, infatti, sensibilmente ridimensionati dai recenti interventi normativi, al fine di favorire una crescita occupazionale nell'Unione e così contrastare la grave crisi economica attuale.

In particolare, come sottolineato in precedenza, per l'aggiudicazione di concessioni di servizi pubblici, di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, viene concessa alle pubbliche amministrazioni la facoltà di indire gare riservate alle sole imprese sociali – tra le quali sono comprese anche le cooperative sociali di tipo b – con conseguente attenuazione del principio della concorrenza.

Al riguardo, va precisato che la direttiva in parola, nel limitare il proprio campo di applicazione alle sole concessioni di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, lascia ampi margini di autonomia agli Stati membri per strutturare diversamente le modalità di affidamento di quelle sotto soglia sulla base delle esigenze e degli interessi locali⁵⁴.

Da ciò consegue che, se per le concessioni di servizi pubblici di rilevanza comunitaria è possibile indire procedure di gara riservate alle sole cooperative sociali, in deroga ai principi di massima concorrenza, non si ravvisano le ragioni per cui non sia possibile procedere, per le concessioni di valore inferiore alla soglia, ad un affidamento diretto alle medesime cooperative sociali, tramite stipula di una convenzione di inserimento lavorativo ai sensi della l. n. 381/1991.

Del resto, una rilettura della deroga, di cui all'art. 5, l. n. 381/1991, orientata alla promozione dei livelli occupazionali delle persone svantag-

⁵⁴ In riferimento alla delimitazione del campo di applicazione della nuova disciplina sulle concessioni, si leggano il ventritreesimo Considerando e gli artt. 1 e 8, dir. 2014/23/Ue.

giate⁵⁵ anche nel più ampio settore dei servizi pubblici, risulterebbe maggiormente rispettosa del dettato costituzionale, in quanto, ai sensi dell'art. 41 Cost., ben possono essere posti limiti alla libera iniziativa economica (come, nel caso di specie, sarebbe la facoltà di affidare in via diretta un servizio pubblico, tramite stipula di una convenzione di inserimento lavorativo, anziché esperire una gara pubblica per l'aggiudicazione dello stesso), laddove questo sia necessario per fini di utilità sociale o per salvaguardare la libertà e la dignità delle persone⁵⁶.

In tale prospettiva, l'oggetto del rapporto con la cooperativa non è più immediatamente la fornitura del servizio, per la quale sono impiegate le persone svantaggiate, ma l'attività di inserimento di queste ultime nel mondo del lavoro.

Del resto, la cooperativa risulta coinvolta non nella semplice esecuzione di una prestazione contrattuale, ma nell'esercizio di una vera e propria funzione amministrativa, ossia l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Al riguardo, va evidenziato che la suddetta funzione amministrativa, avendo come fine lo sviluppo economico e sociale di una comunità, costituisce uno dei compiti principali assegnati agli enti locali, come dimostra emblematicamente la definizione di comune di cui all'art. 3, d.lgs. n. 267/2000 (T.U. sull'ordinamento degli enti locali): «Il Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo».

Il nuovo contesto normativo, pertanto, potrà determinare, diversamente da quanto, sino ad oggi, sembrava ammissibile, l'instaurarsi di un rapporto "preferenziale" tra le cooperative sociali e gli enti locali, che, anzi, diviene auspicabile, attesa l'identità dei compiti istituzionali dei medesimi.

Abstract

Judgement n. 1863 of 16 April 2014, issued by the Italian Council of State, confirms the illegitimacy of direct award procurement awarding public service con-

⁵⁵ Per un maggior approfondimento, A. Fici, *Cooperative sociali e riforma del diritto societario. La disciplina delle cooperative sociali nella riforma del diritto societario*, cit., *passim*.

⁵⁶ Per un maggior approfondimento, F. Perrini, *Le convenzioni di inserimento lavorativo*, in *Appalti, Concessioni, e Convenzioni tra enti Pubblici e Terzo Settore*, Milano, *Il Sole 24 Ore*, 2005, *passim*.

cooperative sociali e affidamento di concessione

cessions – in the form of special agreement under art. 5 L. 381/1991 – to social cooperatives that are classified by Law as “B type”.

With regard to the award of public service concession, no right is recognized to derogate from the obligation to establish a competitive procedure, set out by the EU Law, even where this may jeopardize general interests of constitutional significance, such as the social integration of citizens, on which the Italian conventional module is based.

The recent adoption of Directive 2014/23/EU – with its expressed objective of further strengthening social objectives of the European Union – may establish, contrary to that which has, up until now, appeared to be permissible, the possibility of setting up a “fast track” for social cooperatives in the awarding of public services.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

DARIO DAMIANO è cultore della materia in Diritto amministrativo presso l'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

MARCO DUGATO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

FABIO ELEFANTE è professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Economia e diritto dell'Università di Roma La Sapienza.

FIRENZO LIGUORI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli.

ELISENDA MALARET I GARCIA è cattedratica di Diritto amministrativo presso l'Universitat de Barcelona.

MARIA LUCE MARINIELLO è funzionario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

SALVO SORRENTINO è avvocato del Foro di Torre Annunziata.

GIAN CLAUDIO SPATTINI è professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento dei beni culturali e dello spettacolo dell'Università di Parma.

MUNUS
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI
INDICE ANNUALE 2014

Editoriali

GIACINTO DELLA CANANEA, *I rapporti di complementarità tra la Corte dei conti e le istituzioni regionali e locali*

n. 1, pp. v-vii

MARCO DUGATO, *La Città metropolitana tra servizi pubblici e governo del territorio*

n. 3, pp. v-viii

Saggi

EMANUELE BOSCOLO, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*

pp. 165-198

Lo studio ricostruisce l'evoluzione del sistema delle azioni nelle scuole per bambini disabili e che abbisognano di speciale modalità educative. Si esamina il fondamentale ruolo della Corte costituzionale sul tema: essa ha affermato, a fronte dei ritardi e dell'inerzia dell'amministrazione, l'obbligo costituzionale di soddisfare il diritto di istruzione delle persone disabili. Questo diritto, d'altra parte, è soggetto alle limitazioni di sistema, correlate alle carenze finanziarie e organizzative, alle quali l'amministrazione scolastica si trova a dover fare fronte nel momento in cui deve assegnare gli insegnamenti di sostegno e prevedere le altre misure di cui gli studenti necessitano. Lo studio dimostra come, a fronte delle descritte inefficienze, i giudici amministrativi adottino sentenze orientate al massimo grado di effettività, che affermano, in relazione a singoli casi, la non comprimibilità del diritto (fondamentale) all'istruzione e, grazie agli strumenti processuali previsti nel codice del processo amministrativo, ingiungono all'amministrazione di approntare, senza ritardi, gli strumenti necessari allo scopo.

MONICA COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittim affidamento*

pp. 37-68

Lo scritto si interroga sui regimi di sostegno alle fonti rinnovabili intro-

dotti in questi anni dal legislatore nazionale per adempiere agli obblighi europei di promozione di queste fonti di energia.

Dopo aver analizzato, nella prima parte e in generale, i pregi e i difetti del ricorso a meccanismi di mercato o a strumenti amministrativi al fine di sostenere la produzione di tali fonti di energia, ci si interroga sulla qualità e intensità dell'intervento pubblico destinato a supportare i meccanismi di mercato. Si suggeriscono, in tale prospettiva, i possibili correttivi da introdurre perché tale intervento non supplisca al funzionamento stesso del mercato annullando i segnali che questo trasmette ma si limiti, in coerenza con il principio di proporzionalità, a correggere i suoi stessi fallimenti, in modo che questo sia in grado di raggiungere il livello ottimale di incentivazione.

Ci si interroga, infine, sul susseguirsi di nuovi regimi di incentivazione che talora ha influito sulla durata, inizialmente prevista, di quelli già vigenti e sulla possibile lesione delle aspettative degli operatori economici, alla luce del principio del legittimo affidamento del cittadino.

ELISENDA MALARET, *Autoridades independientes de regulación y transparencia*

pp. 311-380

Le autorità indipendenti si collocano al di fuori del classico modello dell'amministrazione democratica, che è basata sulla centralità parlamentare e sulla responsabilità dell'esecutivo. Al fine di rompere la "catena della legittimazione democratica" il loro livello di giuridico di azione potrebbe risultare insufficiente in riferimento agli standard giuridici delle costituzioni democratiche. Peraltro, questo articolo suggerisce che esse devono essere accompagnate con le necessarie garanzie procedurali.

In questo contesto, la trasparenza acquisisce la sua centralità. La trasparenza intesa in senso forte, oltre alla pubblicazione dei provvedimenti e all'accesso ai documenti amministrativi, prevede la pubblicità e la apertura dei processi decisionali, entrambi in termini di attori che hanno partecipato ai fatti, argomenti e criteri che sono stati utilizzati. La trasparenza serve non soltanto per difendere i diritti degli individui ma anche per perseguire altri doveri correlati alla vita democratica e per garantire la rispondenza al principio di legalità.

Questo contributo studia come il principio di trasparenza si rifletta in relazione al grado dei diversi strumenti, alla loro rilevanza nel processo decisionale e specialmente al loro impatto sul disegno istituzionale dei regolatori indipendenti. Il processo di determinazione dell'interesse pubblico richiede la partecipazione dei differenti soggetti interessati in un processo aperto, volto ad assicurare che i diversi argomenti, opinioni e fatti siano presentati in un modo comprensibile per raggiungere la formazione di un'opinione pubblica capace di dirigere e controllare il processo di decisione pubblica. Lo scopo dello studio è di verificare come il funzionamento di un regolatore indipendente di-

venga gradualmente più trasparente. A questo fine sono stati criticamente analizzati i segni particolari che caratterizzano tali soggetti rispetto al modello tipico di pubblica amministrazione: a) il procedimento di nomina e la composizione di un corpo improntato al *decision-making*; b) la pubblicazione delle *dissenting opinion*; c) l'attività del *board*, specialmente qualora non abbia alcun potere decisionale e riguardi la fornitura di rilevanti informazioni; d) l'estensione della trasparenza alle attività informali e alle attività di programmazione delle istituzioni.

FRANCESCO MIDIRI, *Il servizio pubblico dell'istruzione universitaria nella legge di riforma*

pp. 1-36

Questo studio, in primo luogo, analizza la disciplina della riforma universitaria contenuta nella c. d. "Riforma Gelmini" e nel decreto legislativo n. 19 del 2012, ponendo in evidenza i fondamentali principi del servizio pubblico della normativa, quali il principio di uniformità, di eguaglianza, di efficacia, di responsabilità, etc. In secondo luogo, lo studio esamina i differenti canoni di applicazione dei medesimi principi per le università statali e per le università non statali. Infine, lo studio considera la nuova concezione, nell'ordinamento italiano, del servizio pubblico universitario, che sta divenendo un servizio pubblico "soggettivo" piuttosto che un servizio pubblico "oggettivo".

GIAN CLAUDIO SPATTINI, *Regolazione, partecipazione e «contenzioso» nell'AEEGSI: quale democrazia per le autorità indipendenti?*

pp. 381-414

Lo studio consiste in un'analisi critica delle delibere AEEG e AEEGSI che hanno implementato meccanismi molto avanzati di partecipazione dei privati alla formazione degli atti amministrativi generali di loro competenza, e delle recenti controverse tendenze della giurisprudenza del Consiglio di Stato che ne sarebbero state una delle cause. La non condivisione degli scopi e dei mezzi di queste procedure, a prescindere da un loro eventuale scopo deflattivo, viene inquadrata nell'ambito di un rapido esame della natura delle Autorità amministrative indipendenti e dell'affermazione della loro piena legittimazione democratica su base tecnica riconosciuta dalla legge in ossequio al principio di separazione dei poteri. Essa viene altresì radicata pure nella negazione sia della necessità e opportunità di visioni diverse della democrazia liberale e rappresentativa, che della proposta di soluzioni lontane dalla regolazione del mercato come l'ideologia dei «commons», nonché di strumenti alternativi al classico sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti delle *authorities* quali l'*alternative dispute resolution*.

RICCARDO URSI, *Il governo del gruppo pubblico locale al tempo della spending review*
pp. 415-444

Nella recente legislazione sul contenimento della spesa pubblica si sono riscontrati numerosi interventi destinati alla revisione in termini qualitativi e quantitativi delle società partecipate degli enti territoriali. Tale modello organizzativo dopo avere goduto di un ampio *favor* sembra configurarsi come il principale fattore distorsivo degli equilibri finanziari del sistema locale. La rivisitazione in chiave riduttiva del fenomeno dell'azionariato pubblico ha spinto verso una ridefinizione del suo ambito operativo ed una precisazione dei rapporti gestionali che legano l'impresa alla proprietà pubblica. In questa prospettiva, si è assistito alla definitiva emersione a livello normativo del gruppo pubblico locale, nel quale, in un'ottica di consolidamento dei conti, si è compendiato il modello di governo da parte del socio, o dei soci, pubblici. L'attività di indirizzo e la predeterminazione di un assetto organizzativo unitario, secondo le intenzioni del legislatore, deve condurre ad un più efficiente utilizzo dello strumento societario per il perseguimento dei fini istituzionali. Tale scelta, se da una parte va salutata come formale positivizzazione di una situazione di fatto già riscontrabile sul piano economico ed aziendale, dall'altra continua a perpetuare alcune ambiguità relative al regime giuridico applicabile il quale, seppur rimanendo pienamente nell'ambito privatistico, si contamina sempre più di contenuti di stampo pubblicistico. Il presente saggio intende offrire un'analisi ricostruttiva delle conseguenze che l'emersione normativa del gruppo pubblico locale determina sul governo dell'impresa in un'ottica di *spending review*.

Articoli

FULVIO CORTESE, *Le infrastrutture per le città*

pp. 69-92

Il tema delle infrastrutture urbane è altamente complesso. Ciò dipende non soltanto dalla difficoltà che ogni città ha di identificare le infrastrutture più adeguate; ma la difficoltà deriva anche dal fatto che la materia è tradizionalmente e logicamente ripartita tra il livello locale e quello centrale. L'equilibrio tra questi due distinti poli può rinvenirsi esclusivamente nella consapevolezza che, da un lato, la "città" non corrisponde soltanto all'estensione della municipalità e, dall'altro, che ogni intervento statale o regionale dovrebbe tenere in conto e incoraggiare autonomi processi di ricomposizione del tessuto urbano.

DARIO DAMIANO, *Le società partecipate e gli obblighi di trasparenza finalizzati a scongiurare il verificarsi di fenomeni corruttivi*

pp. 487-532

Il principio di trasparenza è espressamente annoverato dal legislatore italiano tra quelli generali dell'azione amministrativa. Ciò dovrebbe logicamente comportare la sua operatività nei confronti di tutti i soggetti riconducibili al genus "ente pubblico".

Se così stanno le cose, la risoluzione dell'annosa questione della natura giuridica delle società partecipate è suscettibile di rivestire un'importanza primaria sotto questo aspetto, determinando la sottoposizione o, al contrario, legittimando l'esclusione di questi soggetti dal relativo campo di applicazione.

Tuttavia, l'evoluzione che ha subito il principio di trasparenza negli ultimi dieci anni ne ha progressivamente travisato le iniziali connotazioni, avvicinandolo in qualche modo al concetto di pubblicità. Proprio tale trasformazione sconsiglia di procedere ad applicazioni generalizzate di questa nuova forma di trasparenza, stante la relativa inconciliabilità con le istanze sottese alle caratteristiche intrinseche dell'assetto societario. Qualsiasi valutazione, pertanto, non dovrebbe prescindere da un'attenta valutazione in concreto costi-benefici.

L'analisi dell'ambito di applicazione degli adempimenti pubblicitari imposti dalla l. n. 190/2012, prima, e dal collegato d.lgs. n. 33/2013, poi, dimostra che il legislatore è ben conscio della situazione e che ha ragionevolmente cercato di limitare quanto più possibile gli inconvenienti di un'estensione incondizionata dei relativi oneri pubblicitari. Le indicazioni provenienti da alcune recenti interpretazioni ufficiali, tuttavia, sembrano attestarsi su una diversa posizione.

FRANCESCA DI LASCIO, *Trasparenza e controlli sulle imprese*

pp. 235-260

Il contributo ha ad oggetto la relazione che intercorre tra il principio di trasparenza e i controlli amministrativi condotti sulle imprese private. L'analisi prende spunto da alcune previsioni contenute nel d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33, per poi valutare in che modo l'applicazione del principio di trasparenza può condizionare e conformare le singole fasi dell'azione conoscitiva di cui costano i controlli. Si sostiene, in particolare, che la trasparenza, intesa come pubblicità dei dati ai sensi del d.lgs. n. 33/2013, è funzionale a rendere più efficace l'azione amministrativa a monte dell'avvio della procedura di controllo e nella fase pre-ispettiva. La nuova disciplina, però, non si incide sulla fase svolgimento del controllo, né su quella della sua rendicontazione. Qui, invece, dovrebbe essere esplicitato l'obbligo della conoscibilità dei poteri riconosciuti agli ispettori da parte delle imprese rispetto sia al singolo accesso, sia allo specifico oggetto del controllo. Inoltre, dovrebbero essere individuate le ipotesi in cui sottoporre

a pubblicità gli atti di registrazione delle risultanze ispettive, soprattutto quando correlate con eventi di particolare rilevanza per l'opinione pubblica e la dimensione sociale. Si pone, quindi, la necessità di contemperare l'istanza ad un'accessibilità totale di cui è portatore il d.lgs. n. 33/2013, con la verifica della misura e delle modalità con cui tale accezione della trasparenza sia applicabile alle procedure di controllo sulle imprese, che constano anche di attività amministrativa materiale, e con la diffusione, pubblicazione e conoscibilità dei risultati del controllo, che potrebbe cagionare danni agli interessi di cui sono portatori le imprese e i soggetti terzi coinvolti dall'attività conoscitiva.

FABIO ELEFANTE, *Società pubbliche e normativa anticorruzione*

pp. 467-486

Questo studio intende illustrare le carenze della l. n. 190/2012 e, specificamente, i limiti di una estesa interpretazione della finalità della disciplina anticorruzione.

Partendo dall'analisi delle funzioni e dalle forme di responsabilità del responsabile dell'anticorruzione, l'autore, da un lato, mostra come sia difficile applicare la disciplina anticorruzione alle società pubbliche e, dall'altro, solleva dubbi sulla legittimità del Piano Nazionale Anticorruzione.

Infine, questo studio sottolinea il bisogno di una nuova legislazione avente lo scopo di fornire al Piano Nazionale Anticorruzione un reale supporto normativo e, similmente, per risolvere problemi pratici relativi alla responsabilità dei soggetti responsabili dell'anticorruzione, che, laddove irrisolti, potrebbero determinare incertezze interpretative o inefficacia della regolazione anticorruzione.

FIorenzo LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*

pp. 445-466

Lo studio analizza il ruolo – ancora in parte da definire – che le città metropolitane sono chiamate a svolgere nella turbolenta area dei servizi pubblici locali.

Le nuove funzioni del nuovo ente vengono poste a confronto con le previsioni normative in tema di individuazione degli ambiti territoriali ottimali e di scelta delle modalità gestionali dei servizi, sottolineando come, alla maggiore flessibilità e alla riespansione dell'autonomia locale che si registra su quest'ultimo fronte dopo gli interventi della Corte Costituzionale, faccia riscontro una disciplina uniforme della città metropolitana, solo in parte differenziabile a livello locale.

Lo studio prefigura non solo la tendenziale coincidenza degli enti di governo degli ambiti con i nuovi enti di area vasta ma individua anche nel con-

creto esercizio delle significative funzioni in tema di servizi attribuiti alle città metropolitane una occasione da non sprecare per la ricerca di un nuovo equilibrio tra dimensione sociale dei servizi ed esigenze di tutela della concorrenza.

MARCO MACCHIA, *La Cassa Depositi e Prestiti tra i diritti e le reti di nuova generazione*

pp. 93-112

L'effettività dei "nuovi" diritti sociali, come la telemedicina, il telelavoro, la tele-istruzione, volti ad assicurare ai cittadini un grado di educazione, di benessere e di sicurezza sociale commisurato agli elevati *standards* attuali, impone investimenti nelle reti di nuova generazione. Non bastano aggiustamenti o investimenti marginali, serve realizzare una nuova architettura di rete, strutturata sulla banda larga. A chi spetta tale onere? Agli operatori di servizi di telecomunicazioni o ad investitori infrastrutturali che operano con capitali "pazienti", come la Cassa depositi e prestiti? In quest'ultimo caso, potrebbe l'organo di indirizzo politico, nella veste di azionista di controllo, imporre tale scelta di investimento? L'articolo tenta di rispondere a questi interrogativi, dopo aver esaminato i rami di attività esercitati da Cassa depositi e prestiti, nonché i corrispettivi modelli di *governance* e i meccanismi di controllo delle scelte aziendali.

ENRICO TRENTI, *La disciplina delle società regionali fra "statuto speciale" ed esigenze di contenimento della spesa*

pp. 199-234

Nell'articolo viene descritto il complesso e disorganico assetto legislativo delle società regionali, delineatosi nell'ultimo quinquennio a fronte dell'incessante produzione normativa avente ad oggetto obiettivi diversificati e non sempre coerenti, le cui principali direttrici sono il contenimento dei costi legati al funzionamento delle società pubbliche, attraverso la dismissione delle relative partecipazioni, e la promozione della concorrenza "per" il mercato nel settore dei servizi "strumentali" e in quello dei servizi di interesse generale.

Gli interventi del legislatore statale hanno, peraltro, determinato la progressiva erosione degli spazi di autonomia riservati alle Regioni. Detto fenomeno è stato arginato, ma non risolto, dalle sentenze (nn. 199/2012 e 229/2013), con cui la Corte Costituzionale ha arrestato i percorsi di riforma dettati dal legislatore statale.

In questo contesto è, da ultimo, intervenuta l'approvazione della legge di stabilità 2014, che ha introdotto rilevanti novità per le società partecipate dagli enti territoriali ed ha, altresì, operato una significativa revisione della precedente disciplina, nell'ottica della semplificazione del quadro normativo esistente.

GIANLUCA ZARRO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale a sostegno dell'opportunità di equilibri congiunturali*

pp. 113-140

L'istituto giuridico del "contratto di disponibilità" viene ricondotto dallo stesso legislatore nella più generale categoria dei «contratti di partenariato pubblico privato».

La sostanziale innovazione rispetto alle altre soluzioni di *partnership* regolate dal codice (per tutti, si pensi al *project financing*) è rinvenibile nella previsione per cui nel contratto in esame, l'affidatario assume il rischio della costruzione (comprensivo della progettazione e dello sviluppo della gara) e della gestione tecnica dell'opera anche per il periodo della messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice.

In proposito, alcuni punti fermi che ci sentiamo di poter condividere vanno centrati sulla necessità di salvaguardare la differenza legata alla struttura trilaterale della fattispecie di leasing finanziario, laddove il contratto di disponibilità non richiede la figura del terzo finanziatore. In ogni caso, è stato sottolineato che un profilo differenziale tra il contratto di disponibilità ed il leasing finanziario è dato dalla componente gestionale delle prestazioni affidate al privato, che sarà necessariamente presente e caratterizzante nel contratto di disponibilità, mentre risulta puramente accessoria nel contratto di leasing.

Opinioni

SERGIO MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*

pp. 261-268

Il documento predisposto da Carlo Cottarelli, commissario straordinario per la *spending review* e intitolato "Piano per la razionalizzazione delle società pubbliche", considera la privatizzazione e il ricorso al mercato l'unica soluzione per il miglior funzionamento dei servizi pubblici locali. Queste conclusioni sono basate quasi esclusivamente sui rendimenti dei capitali investiti dai privati e dalle società pubbliche nel settore dei servizi pubblici locali. Le specifiche caratteristiche di questo Settore, che ancora svolge un importante ruolo nell'assicurare la qualità minima della vita dei cittadini in alcune parti della Nazione, non sono state affatto tenute in considerazione.

Note a sentenza

CLAUDIO CATALDI, *La liberalizzazione "debole" del trasporto ferroviario*

pp. 269-288

La sentenza della Corte di giustizia fa il punto sullo stato di liberalizza-

zione del trasporto ferroviario in Italia. Il sistema italiano non assicura, secondo la Corte di giustizia, la necessaria «indipendenza di gestione» del gestore dell'infrastruttura, visto che la determinazione del livello dei diritti di accesso alla rete avviene di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. La sentenza non affronta, tuttavia, il tema dell'effettiva indipendenza del gestore appartenente al medesimo gruppo societario della principale impresa di trasporto ferroviaria. Le direttive comunitarie non hanno individuato, infatti, i parametri per valutare l'indipendenza organizzativa e decisionale del gestore rispetto all'impresa di trasporto: la liberalizzazione del settore è «debole», perché ancorata al solo dato formale dell'indipendenza giuridica.

MARIA LUCE MARINIELLO, *Net neutrality e qualificazione dei servizi di accesso alla banda larga dopo il caso Verizon: quale lezione per l'Europa?*

pp. 533-564

Il 14 gennaio 2014, Corte d'Appello di Washington DC ha emanato la sentenza *Verizon v. FCC*, destinata a incidere fortemente sull'evoluzione del dibattito in materia di *net neutrality* sia negli USA che in Europa. Secondo il giudice, l'unica via per legittimare la competenza della FCC nell'imporre obblighi di non discriminazione ai fornitori di accesso alla banda larga è di qualificarli come "common carriers" – cioè vettori di un servizio di trasporto (di segnali di telecomunicazioni) che, in quanto tale, è da qualificarsi come servizio di pubblica utilità. Mentre le implicazioni della sentenza sono state ampiamente discusse tra gli studiosi di varie discipline, questa nota si concentra sulle questioni giuridiche emerse all'indomani della sentenza *Verizon*, tentando di identificare problemi comuni a cui i regolatori sulle due sponde dell'Atlantico faticano a dare risposta. A tal fine, la prima parte commenterà la sentenza nel caso *Verizon v. FCC*, muovendo da una breve ricostruzione della travagliata vicenda regolamentare della FCC in materia di *net neutrality* e illustrando le argomentazioni formulate in questo caso e in alcuni precedenti giurisprudenziali con riguardo alla carenza di potere regolamentare nei confronti dei fornitori di accesso alla banda larga. Attraverso un confronto tra l'impianto normativo e l'attuale struttura dei mercati della banda larga, la parte seconda evidenzia che il *framework* europeo offre basi giuridiche più solide per l'imposizione di obblighi regolamentari a tutela della *net neutrality*. Tuttavia, nel contesto di una progressiva (e auspicabile) riduzione della regolamentazione *ex ante*, i regolatori europei e statunitensi hanno intrapreso un convergente percorso di riforma del quadro regolatorio alla ricerca di un compromesso soddisfacente tra l'alleggerimento delle regole nei mercati della banda larga e obblighi di accesso assimilabili al contenuto del servizio pubblico per la garanzia della neutralità di Internet. A fronte di questo dato, la terza parte analizza l'impatto della sentenza sul dibattito in materia di *net neutrality*, con-

frontando la consultazione pubblica lanciata dalla FCC nel 2014 e il negoziato europeo che si è svolto in parallelo nell'ultimo anno in relazione alla proposta della Commissione per un rafforzamento delle regole in materia di *net neutrality*.

SALVATORE SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*

pp. 565-588

Con la sentenza 16 aprile 2014, n. 1863, il Consiglio di Stato ha confermato l'illegittimità dell'affidamento di una concessione di servizio pubblico alle cooperative sociali di tipo b) in via diretta, mediante la stipula di apposita convenzione di cui all'art. 5 della legge n. 381/1991.

In ordine all'affidamento di una concessione di servizio pubblico non viene riconosciuta la possibilità di derogare all'obbligo, di matrice europea, di instaurare una procedura competitiva, anche a scapito di interessi generali di rilevanza costituzionale, quale l'integrazione sociale dei cittadini, posto, invece, alla base del modulo convenzionale italiano.

La recente approvazione della direttiva 2014/23/UE – con la finalità espressa di rafforzare maggiormente gli obiettivi sociali dell'Unione Europea – potrà determinare, diversamente da quanto sino ad oggi sembrava ammissibile, la possibilità di instaurare una corsia preferenziale per le cooperative sociali, nell'affidamento dei servizi pubblici.

STEFANO VACCARI, *Il metodo tariffario del servizio idrico alla luce del primo contenzioso*

pp. 289-310

Il presente lavoro intende offrire un commento sistematico alle principali questioni giuridiche affrontate dalle sentenze del Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, nn. 779 e 780, aventi ad oggetto l'impugnazione del «Metodo tariffario transitorio», emanato dall'AEEGSI (quale nuovo regolatore di livello centrale del servizio idrico integrato), per pretesa contrarietà dello stesso agli esiti referendari del 12 e 13 giugno 2011. In particolare l'autore, traendo spunto da alcune questioni cardine del contenzioso *de qua*, riflette su alcune problematiche centrali della regolazione tariffaria del servizio idrico integrato quali il rapporto tra esiti referendari, intenzioni dei promotori e vincolo per il giudice derivante dalla normativa di risulta; la possibilità o meno di realizzare profitti nel settore alla luce della qualifica dello stesso quale servizio pubblico locale di rilevanza economica e degli esiti referendari ed, infine, l'indagine sulla voce «oneri finanziari» inserita nel citato metodo tariffario al fine di comprendere se sia o meno un canale per una reintroduzione/riproposizione, secondo diversa

veste formale, di una «remunerazione del capitale investito» vietata dall'intervento di abrogazione referendaria.

BENEDETTA VIVARELLI, *La natura giuridica di CONI Servizi S.p.a.: profili organizzativi, funzionali e costituzionali*

pp. 141-164

Le leggi n. 311/2004 e n. 196/2009 hanno fissato limiti di spesa per le pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato, demandando a un provvedimento annuale dell'ISTAT l'individuazione dei soggetti giuridici sottoposti ai limiti medesimi. Con la sentenza n. 6014/2012 il Consiglio di Stato ha dichiarato legittima l'inclusione di C.O.N.I. Servizi S.p.A. nell'elenco ISTAT, affermandone altresì la natura giuridica pubblica. La pronuncia offre l'occasione per delineare, sulla base del controverso discrimine tra enti pubblici ed enti privati, i tratti fondanti delle società pubbliche. L'analisi proposta si concentra su un doppio livello critico. Anzitutto, l'individuazione delle caratteristiche di C.O.N.I. Servizi S.p.A. ne evidenzia la dubbia collocazione pubblicistica. In secondo luogo, il legame funzionale e strutturale tra la società di servizi e il C.O.N.I. permette di rilevare le criticità della categoria dell'ente pubblico associativo, alla luce del principio democratico e del principio pluralistico.

MUNUS
PUBLIC SERVICES LAW REVIEW
TABLE OF CONTENTS - YEAR IV - 2014

Editorial

GIACINTO DELLA CANANEA, *Complementarity between the Italian Court of Audit
Corte dei conti and regional and local authorities*

n. 1, pp. v-vii

MARCO DUGATO, *Public services and land use in the new governance Metropolitan
Cities*

n. 3, pp. v-vii

Essays

EMANUELE BOSCOLO, *Education and Inclusion: Case Law on the Effectiveness of Wel-
fare Rights*

pp. 165-198

The study re-produces the evolution of the system of actions about school with profit for the pupils disabled and with special education needs. We must take a look at the definitive role of jurisprudence of the Constitutional Court that says, in front of delays, and scholastic administration inactivity, the obligatory of constitutional rules that guarantee the instruction right to disabled people. That right, otherwise, is subjected to systematic limitations and by consequence some financial and organizational limits that the school administration meets during the assignment of the support teachers, and the prevision of other measures with profit for all needy students. The study states how, in front of those incompetence, administrative judges, go to sentences with maximum effects, that contains the affirmation, in the single case, of the non-comprimibility of the right (fondamental) at the instruction and, thanks to processual instruments preview by the administrative process code, orders the sentence at the administration to distribute, without delays, the performances one- time which are necessary.

MONICA COCCONI, *Incentive mechanisms for renewable energy development and new
legal policy criteria in the light of simplification and proportionality principles*

pp. 165-198

This essay analyses the support schemes on renewable energies that have

been introduced by the national legislator in order to fulfill the obligations under European law about the promotion of these sources of energy.

In the first part, the Author examines the strengths and weaknesses of the utilization of market instruments and administrative tools to enhance the production of renewable energies. Moreover, the essay questions the quality and the level of public support of market trends. The Author suggests some changes that could prevent public intervention from substituting and voiding the market rules; in particular, public intervention should be consistent with the principle of proportionality, and should only correct market failures, in order to let the market reach the optimal level of incentive.

Finally, the essay analyzes the continuous changes that have occurred in the support schemes. This frequent modification sometimes has affected the duration of the support schemes already existing; hence, the expectations of stakeholders could have been prejudiced by these alterations, in contrast with the principle of fairness towards the citizens.

ELISENDA MALARET, *Independent authorities for market regulation and transparency*
pp. 311-380

Independent authorities fall outside the classic model of democratic administration, which is based on parliamentary direction and accountability of the executive. By breaking “the chain of democratic legitimacy” their legal grounds of action might result insufficient in meeting the legality standards of democratic constitutions. Therefore, this article suggests that they must be complemented with procedural guarantees.

In this context, transparency acquires its centrality. Transparency understood in a strong way, beyond the publication of decisions or access to administrative files, understood as publicity and openness of government processes, both in terms of actors who have participated as to the facts, arguments and criteria that have been used. Transparency serves not only to defend the rights of individuals but also to fulfill other duties pertaining to democracy and to guarantee compliance with the Rule of Law.

This paper examines how the principle of transparency is reflected in the rate of various instruments, their relevance in the process of decision making and especially its impact on the institutional design of independent regulators. The process of determining the public interest requires participation of different stakeholders in an open process to ensure that the various arguments, opinions and facts are presented in a comprehensible way to allow the formation of public opinion capable of directing and controlling public process-decision making. The aim of this study is to see how the functioning of independent regulatory authorities gradually becomes more transparent. In this respect we have critically analyzed aspects of particular uniqueness compared to the typical

model of public administration and its regular task: i) the procedure to appointment and the composition of the decision-making body; ii) the publication of dissenting opinion; iii) the activity of the board, especially one that has no decision power and involves the provision of relevant information and iv) the extension of transparency to the informal activity and planning tasks of the institution.

FRANCESCO MIDIRI, *The public service of higher education in the recent legal reform*
pp. 1-36

This paper deals with the discipline of university, as modified by the «Gelmini Reform» and by the Legislative Decree n. 19 of 2012. Firstly, the Author pinpoints the fundamental principles of public service that are contained in these laws, such as the principles of uniformity, equality, efficacy and accountability, etc. Secondly, the essay examines how those principles regarding public service are applied, trying to detect the differences between state and non-state universities. Finally, the Author analyses the new conception, in Italian law, of university public service, which is becoming a “subjective” public service rather than an “objective” public service.

GIAN CLAUDIO SPATTINI, *Regulation, participation and “dispute resolution” by the Italian Regulatory Authority for Electricity, Gas and Water Services (AEEGSI): what democracy for independent authorities?*
pp. 381-414

This essay is a critical analysis of decisions issued by the Italian Regulatory Authority for Electricity Gas and Water (AEEGSI, former AEEG) that have introduced very advanced mechanisms of public participation in the adoption of general administrative acts. The article focuses on recent controversial case law of the Italian State Council. The purposes and administrative tools of these procedures – regardless of their possible deflationary aim – is framed in the context of legal analysis of the nature of Independent Administrative Authorities and the assumption that their full democratic legitimacy is based on technical expertise, as it is recognized by law in accordance with the principle of separation of powers. It is also well rooted in the denial of both the needs and opportunities of different views of liberal and representative democracy, and the proposal for solutions far from regulation of the market, as the ideology of the «commons», as well as alternatives to the classic judicial review on the legality of acts of Independent Authorities, such as alternative dispute resolution.

RICCARDO URSI, *The governance of local public holdings in a time of spending review*
pp. 415-444

In recent legislation to limit public spending, there have been numerous

measures regarding companies owned by local authorities. Efforts to restrict public shareholdings focus on redefining the operating scopes of ownership schemes of this kind and setting in stone the management relationship between companies and their public owners. Against this backdrop, the concept of “local public groups” has become well established in the regulations. These entities encapsulate the management models employed by the public shareholder(s), in an attempt to consolidate the finances. The aim of legislators is for the steering activities and the introduction of a predetermined, unified organizational structure to lead to more efficient utilization of companies to achieve institutional goals. This paper will present a reconstructive analysis of the inclusion of “local public groups” in legislation and its impact on business management, with the intention of conducting a spending review.

Articles

FULVIO CORTESE, *Infrastructures for the cities*

pp. 69-92

The theme of urban infrastructures is a highly complex topic. This depends not only on the difficulty that every city has to face in identifying the most appropriate infrastructures; the complexity derives also from the fact that the matter is traditionally and logically sought after by both the local level of governments and the central one. The equilibrium between these two distinct poles can only derive, on the one hand, from the awareness that “the city” does not always correspond to the extension of the municipality and that, on the other hand, any state or Regional intervention should take into account and boost autonomous processes of recomposition of the urban texture.

DARIO DAMIANO, *Government controlled companies and transparency requirements against corruption*

pp. 487-532

The transparency principle is expressly listed by the Italian legislator among the general principles administrative Law. This should logically imply its involving action towards all subjects related to the genus: “public body”.

Hence, the resolution of the long, dated back legal issue regarding the public nature of partnership companies is susceptible of having major importance under this aspect, determining the subjection or, on the contrary, legitimizing the exclusion of these subjects from the relative field of application.

Yet, the evolution the transparency principle of transparenance has been undergoing for the last ten years has progressively altered its initial connotations, drawing it, in some way, near the conceit of publicity. This transformation ad-

vises against proceeding to generalized applications of this new form of transparency, seen as relative incompatibility with the underlying rationale of legal requirements for the partnership companies. Any evaluation, then, should not leave out of consideration a very careful assessment of costs-benefits.

The analysis of publicity obligations imposed by the law 190/2012 before, and by the linked Law act (Legislative Decree) 33/2013 then, shows that the legislator is fully aware of the situation and that he has reasonably tried to limit as much as possible the disadvantages of an unconditioned extension of transparency requirements. Yet the indications coming from some recent official interpretations seem to set on a different position.

FRANCESCA DI LASCIO, *Transparency and Administrative Checks on Enterprises*

pp. 235-260

The paper describes the relation between the transparency principle and administrative controls on privately-owned companies. The analysis is inspired by some of the provisions set out in the Italian Code of Transparency (adopted by Legislative Decree no. n. 33/2013, and it questions if the application of the principle of transparency may affect the single steps of the audit proceedings. It is argued, in particular, that transparency, intended as dissemination of information and data to the public in accordance with the new Code, is functional to a more effective initial phase, including preliminary investigations, in audit proceedings. The article shows that the code of transparency, however, does not affect the performance of the control phase, nor on that of his reporting. In this field, there is still the need to make explicit at companies the powers granted to inspectors with respect to the individual access, as well as the specific object of control. Moreover, the results of inspections should be subject to publication, especially in cases where related to events of major importance for the public and the social dimension. Hence, it could be inferred the need to balance the matter to the full accessibility with the level of transparency applied to the control procedures and to the production, publication and disclosure the results of control. This is an important decision that could result in harm to the interests of companies and of third parties involved in the administrative action.

FABIO ELEFANTE, *Public companies and anti-corruption legislation*

pp. 467-486

This study intends to illustrate the inconsistencies of Law No. 190/2012, and, specifically, the limits of a wide interpretation of the scope of the Anti-corruption regulation.

Starting from the analysis of the functions and of the liability of the person responsible for Anti-corruption prevention, the Author, on one side, repre-

sents how difficult applying the Anti-corruption regime to state-owned companies is, and, at the same time, raises doubts about the legitimacy of the Anti-Corruption National Plan itself.

Remarks offered in this study only in part have found answer in or have been confirmed by the document that ANAC jointly with the Ministry of Economy and Finance prepared during the draft of this study. The other part has been sidestepped instead.

Finally, this study emphasizes on the need of a new legislation aimed to give to the Anti-Corruption National Plan a real legislative support and, similarly, to solve practical problems inherent to the liability of the person in charge of Anti-corruption prevention that, where not solved, may determine uncertainty in interpreting the law or the ineffectiveness of the Anti-corruption regulation.

FIorenzo LIGUORI, *Main players and management systems of local public utilities in the Metropolitan Cities*

pp. 445-466

This essay analyzes the role, still to be defined, assigned to Metropolitan Cities in the local public utilities sector.

The functions of such new entities have been assessed in the light of the provisions related to the identification of ATOs and to the choice of the different tools to provide public services. The survey emphasizes that higher flexibility and enhancement of local autonomy, resulting also from constitutional court case law, reflects common uniform rules for Metropolitan Cities set out by national legislation, which allow only for limited differentiation at the local level.

The study also foresees the likely coincidence of bodies of ATOs government with the new entities named as authorities of “wide area”, and identifies an opportunity to find a new balance between the social relevance of services and market competition stemming from the actual performance of Metropolitan Cities’ statutory duties in the sector of public services.

MARCO MACCHIA, *The Cassa Depositi e Prestiti between new generation’s rights and networks*

pp. 93-112

The effectiveness of “new” social rights, such as telemedicine, tele-working, tele-education – aimed at ensuring citizens a degree of education, welfare and social security commensurate with the high current standards – requires investments in next generation networks. Small arrangement or fringe investments are not enough, it needs to create a new network architecture, structured on broadband. Who is responsible for this cost? Communications services companies or qualified investors who operate with long term capital, like Cassa de-

positi e prestiti? In the latter case, might political body in his capacity as controlling shareholder burden that choice of investment? The article attempts to answer these questions after reviewing business branches of activity carried out by Cassa depositi e prestiti, their respective models of governance as well as the control mechanisms of corporate decisions.

ENRICO TRENTI, *Legislation on Regional Companies Between “Special Status” and Need for Budgetary Restraints*

pp. 199-234

The essay examines the complex and fragmented legislative framework of the regional companies, which has emerged in the recent years, as a consequence of the incessant production of rules concerning diversified, and not always consistent, objectives. The main lines are the containment of costs related to the operation of public companies, through the sale of the shareholdings and the promotion of competition “for” the market in the “instrumental” services sector and in the services of general interest.

However, the national legislative interventions have led to the gradual erosion of the spaces reserved for autonomy to the regions. This phenomenon has been contained, but not solved, by the decisions (no. 199/2012 and no. 229/2013), in which the Constitutional Court stopped the paths of reform of the state legislator.

In this context, the “stability” law of 2014 introduced important innovations to the companies held by the local authorities, and made also a significant revision of the previous rules, with the aim of simplifying the existing legal.

GIANLUCA ZARRO, *Availability contract: a new negotial model sustaining the opportunity for economic balances*

pp. 113-140

The legal concept of “contract of availability” is brought back by the legislature in the more general category of “public private partnership contracts”.

The main innovation compared to other solutions partnership governed by the Code (for everyone, think about the project financing) is to be found in the prediction that the contract at issue, the Trustee assumes the risk of the building (including the design and development of the race) and the technical management of the work for the period of the provision of the contracting authority.

In this regard, some points that we would like to be able to share should be centered on the need to safeguard the difference related to the tripartite structure of the case of a finance lease, if the contract does not require the availability of the third figure lender. In any case, it was pointed out that a profile difference between the contract and the availability of finance lease is given by

the management component of the services entrusted to the private sector, which will necessarily be present and characterizing the contract of availability, while it is purely ancillary to the lease contract.

Opinions

SERGIO MAROTTA, *Spending Review in Local Public Services: Need to Rationalize and Willingness to Privatize*

pp. 261-268

The document drafted by the Special Commissioner for the Spending Review, Carlo Cottarelli, bears the title of “Local Company Rationalization Plan” and considers privatization and recourse to the market as the only options for better functioning of local public services. These conclusions are based almost exclusively on the analysis of the yield of capitals invested by private and public companies in the sector of local public services. However they lack consideration of the specific characteristics of local public services, which still play an important role in ensuring the minimum quality of life for citizens in some areas of Italy.

Comments

CLAUDIO CATALDI, *The ‘Weak’ Liberalization of Rail Transport*

pp. 269-288

The judgment of the Court of Justice reports on the state of liberalization of rail transport in Italy. The Italian system does not ensure, according to the Court of Justice, the necessary managerial independence of the infrastructure manager, as the setting of charges for access to the infrastructure is done in cooperation with the Ministry of Infrastructure and Transport. The ruling does not address, however, the issue of the effective independence of the infrastructure manager belonging to the same corporate group as the main train operating company. The EU directives have not identified, in fact, standards for evaluating organizational independence and the manager’s decision with respect to the transport: the liberalization of the sector is «weak» because only anchored to the given formal legal independence.

MARIA LUCE MARINIELLO, *Net Neutrality and the qualification of broadband access services: a commentary of the Verizon v. FCC case from the European perspective*

pp. 533-564

On January 14, 2014, the U.S. Court of Appeals of Washington D.C. is-

sued a decision, *Verizon v. FCC*, which would drastically change the course of the net neutrality debate both in the US and in Europe. According to the judgement, the only option for maintaining the FCC's authority to impose non discrimination obligations on broadband providers is to reclassify them as "common carriers", that is to say broadband Internet access services are to be qualified as public utilities. As the policy implications of the court's decision have been discussed extensively among scholars of various disciplines, this Note focuses on legal issues arising in the aftermath of the Verizon decision, in an attempt at identifying common regulatory questions that telecom regulators are struggling to answer on both sides of the Atlantic. To this aim, Part I will discuss the court's decision in *Verizon v. FCC* starting with a brief summary of the FCC troubled history with net neutrality, and will outline the arguments made here and in previous case-law regarding the lack of authority to expanding regulatory power to broadband providers. By comparing regulatory frameworks, and the current state of broadband Internet access markets, Part II argues that the EU telecom legislation offers more solid grounds for regulating net neutrality. Nevertheless, in a context of (desirable) progressive reduction of *ex ante* regulation, regulators in Europe and in the US are taking a converging path of regulatory reform in search of good compromise between light touch regulation of broadband markets and such public service obligations as equal access in the scope of net neutrality. Hence, Part III seeks to analyze the post Verizon net neutrality debate through comparing the FCC public consultation launched in the summer 2014, and the parallel pending negotiations in Europe concerning the EU Commission proposal for a new regulatory framework on net neutrality.

SALVATORE SORRENTINO, *Is a privileged legal relationship between local authorities and cooperative welfare societies allowable in public service procurement?*

pp. 565-588

Judgement n. 1863 of 16 April 2014, issued by the Italian Council of State, confirms the illegitimacy of direct award procurement awarding public service concessions – in the form of special agreement under art. 5 L. 381/1991 – to social cooperatives that are classified by Law as "B type".

With regard to the award of public service concession, no right is recognized to derogate from the obligation to establish a competitive procedure, set out by the EU Law, even where this may jeopardize general interests of constitutional significance, such as the social integration of citizens, on which the Italian conventional module is based.

The recent adoption of Directive 2014/23/EU – with its expressed objective of further strengthening social objectives of the European Union – may establish, contrary to that which has, up until now, appeared to be permissible,

the possibility of setting up a “fast track” for social cooperatives in the awarding of public services.

STEFANO VACCARI, *The Method for Setting Tariffs of Water Service in the Light of the First Case Law*

pp. 289-310

This work aims to provide a systematic review of the main legal issues discussed by the judgments of the T.a.r. of Lombardy (Milan), March 26, 2014, nn. 779 and 780, relating to the appeal of the «Temporary price-related method», issued by the Italian «Authority for electricity, gas and water services» (as the new central level regulatory authority of the water service), to claim the contrasts of it with the results of the 12 and 13 June 2011 referendums. The Author, based on the key issues of this litigation, examines some of the main price-related regulation questions of water service such as the relationship between the outcomes of the referendums, intentions of the promoters and normative limits for the court; the possibility or not to make profits in the water service sector interpreted as a public local service with economic relevance and with the outcomes of the referendums and, finally, the analysis of the item «financial charges» included in the «Temporary price-related method» in order to understand if it may represent a subliminal reintroduction of capital invested remuneration prohibited by the referendum's results.

BENEDETTA VIVARELLI, *The legal qualification of CONI Servizi S.p.a.: organisational, functional and constitutional aspects*

pp. 141-164

In order to meet the European requirements concerning public finance, two legislative measures – laws no. 311 of 2004 and no. 196 of 2009 – have imposed spending limits on all the public administrations included in the consolidated income statement, and have entrusted the Italian Institute of Statistics (ISTAT) with the task to define the list of public entities that, from year to year, have to be subjected to those limitations. With the judgement no. 6014 of 2012, the Council of State held that the inclusion in the ISTAT list of a public-owned company – C.O.N.I. Servizi S.p.A. – is consistent with the substantive public nature of that entity. The decision of the Council of State provides an opportunity to reconsider the distinction between public and private entities and to detect the distinguishing features of public-owned companies. Moreover, by focusing on the organizational and functional relationship between the company (C.O.N.I. Servizi S.p.A) and the public entity controlling it (C.O.N.I.), the decision highlights how difficult is to ascertain the legal natures of ‘hybrid’ companies and how relevant are, in that context, the constitutional principles.

Finito di stampare nel mese di aprile 2015
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

