

Quaderno della Rivista  
Diritti Lavori Mercati



# Liberalizzazioni

Istituzioni, dinamiche economiche  
e lavoro nel diritto nazionale ed europeo

*a cura di*

FIRENZO LIGUORI

CARLA ACOCELLA

Editoriale Scientifica



Il volume raccoglie gli esiti della ricerca “*Le liberalizzazioni tra legge e amministrazione*” promossa dall’Istituto di Studi Politici ‘San PioV’ di Roma, presentati al Convegno “*Liberalizzazioni. Indirizzi generali e politiche di settore*” svoltosi presso l’Università Federico II di Napoli il 18 marzo 2015.

I contributi sono sottoposti alla valutazione di referee, secondo i criteri accreditati nella comunità scientifica dei giuristi italiani.

© Copyright ottobre 2015

Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-815-5

# indice

## presentazione

- 9 FIORENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA

## sezione prima

### Attività liberalizzate e nuovo ruolo dell'amministrazione

- 13 MARCELLO CLARICH  
*Introduzione al tema*
- 19 FIORENZO LIGUORI  
*L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*
- 63 CARLA ACOCELLA  
*Modelli organizzativi e gestionali dei servizi sociali e sanitari e logiche di mercato*
- 129 FORTUNATO GAMBARDELLA  
*Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione: il contratto di disponibilità*
- 179 RENATA SPAGNUOLO VIGORITA  
*Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione*
- 197 SILVIA TUCCILLO  
*Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione*
- 233 GIULIO NAPOLITANO  
*Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*
- 241 FRANCO GAETANO SCOCA  
*Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni*

**sezione seconda**

**Il caso dei servizi di pubblica utilità**

- 247 ALESSANDRO AULETTA  
*Determinazione dei costi minimi dell'autotrasporto di merci per conto terzi: una vicenda paradigmatica dei diversi volti della liberalizzazione*
- 273 PÁL BELÉNYESI  
*Analisi dei servizi idrici in Ungheria alla luce del quadro regolamentare recentemente modificato*
- 305 MARCO CALABRÒ  
*Riflessioni in tema di liberalizzazione e settore farmaceutico*
- 321 BIAGIO GILIBERTI  
*Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato*
- 355 GIUSEPPE PIPERATA  
*Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato*
- 369 ENRICO ZAMPETTI  
*Liberalizzazione e trasporto ferroviario: questioni ancora aperte*

**sezione terza**

**Il mercato del lavoro nell'età delle liberalizzazioni**

- 391 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO  
*Libera circolazione dei servizi e diritto del lavoro alla luce della più recente giurisprudenza europea*
- 421 MARTA GIACONI  
*La gestione dei servizi pubblici locali: esigenze di mercato e tutela delle istanze sociali*
- 451 *Notizie sugli autori*
- 453 *Abbreviazioni*

# table of contents

## presentation

- 9 FIORENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA

## first section

### Deregulated activities and new public administration role

- 13 MARCELLO CLARICH  
*Introduction to the subject*
- 19 FIORENZO LIGUORI  
*Market access: from ex ante to ex post control*
- 63 CARLA ACOCELLA  
*Management models for social and health-care services and market dynamics*
- 129 FORTUNATO GAMBARDELLA  
*Public private partnerships and policy of liberalization: the contract of availability*
- 179 RENATA SPAGNUOLO VIGORITA  
*Public contracts: market opening and fight against the corruption*
- 197 SILVIA TUCCILLO  
*The achievable liberalization in building regulation and the role of public administration*
- 233 GIULIO NAPOLITANO  
*Liberalization between market dynamics and strategies of administrative reform*
- 241 FRANCO GAETANO SCOCA  
*Concluding remarks about legal institutes and liberalization*

**second section**

**The case of new public utilities**

- 247 ALESSANDRO AULETTA  
*The determination of minimum cost in the road transport for hire and reward: a significant example of the diversified liberalization process*
- 273 PÁL BELÉNYESI  
*An outlook to regulation of water services in the light of the recently modified regulatory framework in Hungary*
- 305 MARCO CALABRÒ  
*Reflections on liberalization in the pharmacy sector*
- 321 BIAGIO GILIBERTI  
*Heterogeneity of legislative models: waste management between public service obligations and competition in the market*
- 355 GIUSEPPE PIPERATA  
*Liberalization and general interest: the integrated water service provision*
- 369 ENRICO ZAMPETTI  
*Liberalization and railway transportation: pending issues*

**third section**

**Labour market in the age of liberalization**

- 391 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO  
*Free movement of services and national labour law in the light of the most recent European case law*
- 421 MARTA GIACONI  
*Local public services management: market efficiency and social needs*
- 451 *Authors' information*
- 453 *Abbreviations*



**Fiorenzo Liguori  
e Carla Acocella**

Liberalizzare – ma con intensità e livelli diversificati in ragione dei settori incisi – è l’obiettivo dichiarato di una produzione normativa ultraventennale orientata a ridimensionare il ruolo dell’amministrazione e dei suoi poteri di disciplina, conformazione e controllo delle attività economiche, ma anche, in definitiva, a ridisegnare la fisionomia stessa dell’azione amministrativa – e delle regole che ne definiscono la latitudine<sup>1</sup> – in coerenza con il rovesciamento dei paradigmi tradizionali e con una visione caratterizzata dalla prevalenza della dimensione della libertà individuale piuttosto che del potere pubblico<sup>2</sup>.

La continuità con cui il tema della liberalizzazione delle attività economiche compare nell’agenda politica del governo italiano degli ultimi due decenni<sup>3</sup> giustifica l’opportunità di un’indagine volta anzitutto ad individuare i nodi intorno a cui ruotano tali processi, e a consentire in tal modo, anche, di isolare le ipotesi – non marginali in numero e significato – che rivelano elementi di contiguità rispetto al fenomeno considerato, ma non sono ad

<sup>1</sup> Sulla prevalenza del *nomos* sulla *lex* colta in corrispondenza dell’affermazione di un’amministrazione al servizio delle libertà personali e sociali, si veda PUGLIESE, *Scritti recenti sull’amministrazione consensuale: nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013.

<sup>2</sup> La configurabilità dell’amministrazione in termini di spazio d’azione libero in ragione del suo collegamento con la società, piuttosto che come potere dello Stato in funzione servente della decisione politico-governativa è stata teorizzata da BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, p. 395 ss.

<sup>3</sup> Si vedano le considerazioni di BASSANINI, *Prefazione*, in MATTARELLA, NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, p. 11 che definisce il capitolo delle politiche di liberalizzazione un “passaggio obbligato” da vent’anni, “independentemente dal ciclo economico e dal colore politico delle maggioranze parlamentari”.

esso concettualmente sovrapponibili; nonché di misurare il grado di coerenza e di efficacia delle misure adottate rispetto a propositi di autentica apertura concorrenziale dei settori di volta in volta presi in esame.

È noto poi che le politiche di liberalizzazione si prestino ad attrarre nel proprio raggio di azione – e quindi a servire – un ampio spettro di obiettivi (in linea di principio tutti quelli che si aprono nel solco della promozione della libertà di impresa e della concorrenza). La “polivalenza” del modello, che sovente vale a conferire al fenomeno in parola un carattere indeterminato, ed in più di qualche occasione – per esempio per l’aspirazione a costruire liberalizzazioni dalla portata universalizzante<sup>4</sup> – a determinarne l’insuccesso, contribuisce, d’altro canto, a garantirne la perdurante attualità. Nonostante l’avvicendamento, originato anche dalla crisi-economico finanziaria, delle priorità nei programmi di governo, tale da ridurre le energie investite nelle politiche di concorrenza<sup>5</sup>, testimonia che il fenomeno è tutt’altro

<sup>4</sup> Il pregiudizio ideologico favorevole alle liberalizzazioni, alla base della recente produzione normativa in tema di attività economiche che ha eletto ad elemento caratterizzante la riduzione dei limiti all’esercizio della libertà di impresa e la preferenza per il modello del controllo successivo da parte dell’autorità pubblica, è sotteso anche al (fallito) tentativo di riforma costituzionale (d.d.l. cost. n. 4144) operato nel corso del 2011, teso ad introdurre nel testo dell’art. 41 Cost. la formula a mente della quale “l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”. Per la caratterizzazione delle disposizioni in parola (successivamente trasfuse in normativa di rango non costituzionale: cfr. per esempio l’art. 3, c. 1, d.l. n. 138/2011) in termini di “liberalizzazioni-manifesto” si veda RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *DE*, 3/2012, pp. 507-528, spec. pp. 521-522. Sugli aspetti critici sollevati dalla scelta di individuare nel legislatore il ruolo di decisore di ciò che è vietato (e di converso, di tutto ciò che, non essendo vietato, è consentito), con la possibile vanificazione della stessa tutela costituzionale dell’iniziativa economica, sia consentito rinviare a LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in questa rivista, 2011, p. 445 ss. Si riferisce alla disciplina in esame come esemplificativa della tendenza – dannosa oltre che inutile – a liberalizzare con norme generali, piuttosto che con misure di carattere settoriale basate su una conoscenza delle peculiarità dell’attività da liberalizzare e della sua disciplina, MATTARELLA, NATALINI, *Introduzione*, in MATTARELLA, NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., p. 22.

<sup>5</sup> Su questo punto si veda, proprio in questo volume, la riflessione di NAPOLITANO, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, secondo il quale “Da un’analisi anche comparata, emerge chiaramente come le politiche impiegate sulla liberalizzazione e sulla concorrenza, pur continuando a occupare un posto non trascurabile nei programmi, non sono più issate come un vessillo dell’impegno riformatore dei governi”, anche in conseguenza della diminuzione di fiducia nel mercato prodottasi a seguito della crisi economico-finanziaria. Sulla individuazione della crisi economica come “finestra di opportunità per attuare politiche di liberalizzazione”, e sulle contraddizioni caratterizzanti le scelte operate sulla

che archiviabile l'esercizio di periodica revisione (nella forma di una verifica di necessità) dei regimi amministrativi esistenti cui gli Stati membri sono stati chiamati dalla Direttiva servizi 2006/123/CE, e l'individuazione nella legge annuale per il mercato e la concorrenza, di un veicolo "naturale" – concepito come strumento di interlocuzione permanente, ancorché finora non utilizzato<sup>6</sup> – di introduzione di misure di liberalizzazione. Resta tuttavia impregiudicata una verifica dei contenuti definiti dal legislatore, al di là dei proclami e delle dichiarazioni di principio, rispetto alle categorie dogmatiche implicate.

Nel magma di liberalizzazioni antiche e moderne, di liberalizzazioni più o meno auspicabili, di liberalizzazioni vere e false, la ricerca promossa dall'Istituto di Studi Politici San Pio V di Roma, di cui in questo volume si raccolgono gli esiti, è stata condotta con l'obiettivo di ricostruire lo stato dell'arte in punto di liberalizzazioni (mai passate di moda per quanto si è fin qui cercato di dire) intorno alle "invarianti" del fenomeno. In questa prospettiva si è inteso individuare, sia con analisi di carattere trasversale che con studi di settore (sanità, contratti pubblici, edilizia), gli spazi di azione del singolo nelle maglie della dialettica, alla quale il titolo della ricerca – "*Le liberalizzazioni tra legge e amministrazione*" – allude, tra sistema normativo e natura dei controlli svolti dell'autorità pubblica, considerato anche il carattere non univoco della relazione che lega le regole e gli ambiti in cui le libertà si esercitano, posto che le stesse regolazioni alimentano in qualche caso l'emersione di nuovi mercati.

Nel volume confluiscono inoltre i risultati di una riflessione in ordine all'area dei servizi di pubblica utilità, presentati, assieme a quelli della ricerca annuale, nel corso di un convegno – su "*Liberalizzazioni: indirizzi generali e*

base di tale prospettazione, si veda ancora MATTARELLA, NATALINI, *Introduzione*, in MATTARELLA, NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, cit., p. 31.

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 47, c. 2, l. 23.7.2009, n. 99 che dispone che ogni anno il Governo presenti alle Camere un d.d.l. per il mercato e la concorrenza, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata (Stato-città-autonomie locali e Stato-regioni), tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, nonché di promuovere lo sviluppo della concorrenza e garantire la tutela dei consumatori, su cui si veda la Segnalazione dell'AGCM, AS988 *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, anno 2013*, del 2.10.2012, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Cfr. il d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza n. AC 3012 presentato alla Camera il 3.4.2015, approvato il 7.10.2015 e ora in corso di esame al Senato (AS 2085).

*politiche di settore*” – svoltosi presso l’Università di Napoli Federico II il 18 marzo 2015. Tali indagini, da un lato, sono state condotte anch’esse con la finalità di individuare le ipotesi di liberalizzazione verace tra i molteplici interventi ascrivibili alla polisemica nozione, prima ancora che con l’intento di verificare l’utilità delle stesse rispetto ai terreni d’impiego, dall’altro lato, hanno mostrato come la sponda del diritto euro-unitario non possa essere sempre utilmente invocata al fine di legittimare la spinta verso una piena apertura del mercato<sup>7</sup>.

Il volume si chiude con contributi orientati, nello spirito della rivista che ospita il lavoro, a cogliere i riflessi dei processi di liberalizzazione sul mercato del lavoro e sui relativi istituti giuridici.

<sup>7</sup> In particolare ci si riferisce alle argomentazioni svolte da C. cost. 17.11.2010 n. 325 ove, con riguardo alla prospettazione secondo la quale la disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all’art. 23 bis, d.l. n. 112/2008 avrebbe costituito una obbligatoria applicazione del diritto dell’UE, è stato puntualizzato che “le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un’applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l’evocato primo comma dell’art. 117 Cost.”. Si veda anche C. cost. 20.7.2012 n. 199 che, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la disciplina interna (art. 4, d.l. n. 138/2011) nella misura in cui riproponeva nella sostanza quella colpita dalla consultazione referendaria del 12-13 giugno 2011, ha evidenziato il maggior rigore caratterizzante la normativa interna rispetto a quella europea in punto di promozione della concorrenza nell’affidamento della gestione dei servizi di interesse generale.

**Marcello Clarich**  
Introduzione al tema

A partire dagli anni '90 – cioè dall'emanazione della legge antitrust n. 287/1990, dalla quale un lungo tratto di percorso è stato compiuto – gradatamente è mutato il paradigma interpretativo nei rapporti tra Stato e mercato, ambito che costituisce la cornice generale del tema delle liberalizzazioni.

Già a metà degli anni '80, Massimo Severo Giannini, nella propria analisi dell'architettura costituzionale italiana, partiva dal presupposto implicito che l'intervento dello Stato fosse pienamente legittimato in base ad una determinata lettura della Costituzione, in particolare dell'art. 41, commi 2 e 3.

Il paradigma fondamentale dell'epoca, non solo della dottrina, ma anche del legislatore e, forse, della stessa Corte Costituzionale – che in quegli anni operò un controllo molto blando sulle leggi istitutive di regimi di intervento e di controllo sulle attività private – era che l'intervento dello Stato non necessitava di giustificazioni particolari, di tipo teorico o giuridico. Ciò alla luce di una certa lettura del quadro costituzionale, secondo cui la libertà dell'impresa e dei privati era un elemento residuale rispetto al potere di intervento che lo Stato esercitava con tutti gli strumenti a disposizione. A tale riguardo, si pensi alle nazionalizzazioni operate per legge in base all'art. 43 della Costituzione e all'istituzione di regimi di pianificazione e contingentamento delle autorizzazioni, mediante legge di pianificazione nazionale e di programmazione economica. In particolare, la pianificazione intesa in quanto tale, concetto che è stato *in auge* a partire dagli anni '60, è un modello con cui, per tanti anni, la dottrina, ma anche il legislatore, si è confrontata, sulla base del convincimento che lo Stato, attraverso i suoi strumenti, può condizionare l'attività dei privati senza alcun limite giuridico apprezzabile.

Quindi, la pianificazione, le leggi di nazionalizzazione e il sistema delle

concessioni discrezionali costituivano strumenti per così dire naturali per porre le regole di accesso ai mercati. Pensando al settore bancario, la Banca d'Italia aveva la possibilità di negare l'accesso di un'impresa al mercato, ma anche l'espansione degli sportelli nell'intero territorio nazionale o nei territori contigui, in quanto la concorrenza nel settore bancario era vista come un pericolo per la stabilità del sistema come interesse pubblico fondamentale. Era quindi prevista l'autorizzazione discrezionale, sia per l'accesso al mercato, sia per l'espansione nel mercato, secondo un modello che si colloca agli antipodi rispetto al paradigma attuale.

Negli ultimi venticinque anni, infatti, soprattutto a seguito delle direttive di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici di interesse economico generale, abbiamo assistito ad un vero e proprio mutamento del paradigma interpretativo.

Il paradigma nuovo si fonda sulla priorità del mercato rispetto allo Stato e sull'idea che, quando si analizzano gli strumenti di regolazione di intervento pubblico, occorre partire dall'ipotesi di un mercato efficiente e che si autoregola sulla base del diritto comune, quindi del diritto dei contratti e della responsabilità civile, oltre che della tutela giurisdizionale, senza dimenticare il diritto antitrust, se s'intende inserire anche questo come nozione di mercato efficiente, con riferimento all'abuso di posizione dominante o ai limiti delle concentrazioni che determinano intese restrittive della concorrenza.

Se è tale il paradigma di riferimento, gli interventi statali, anche nelle forme previste dal diritto amministrativo – si pensi ai controlli *ex ante* – presuppongono che vi sia una situazione definita dagli economisti politologi di “fallimento del mercato”, che può essere tradotta in termini giuridici come insufficienza del diritto privato a curare interessi pubblici.

Un esempio è rappresentato dalla tutela del diritto dell'ambiente che, abbandonata al diritto comune, può determinare gravi problemi di inidonea tutela del bene pubblico “ambiente”. In tale ambito, nemmeno lo strumento della responsabilità civile o la disciplina codicistica delle immissioni sono sufficienti ad assicurare una tutela efficace all'interesse pubblico. Pertanto, solo in presenza di una crisi, per mancanza o insufficienza del diritto comune, è giustificato un intervento pubblico intenso.

A regolare i rapporti tra libertà presupposta ed intervento pubblico è il principio di proporzionalità, che si trova enunciato nei Trattati istitutivi dell'Unione Europea e in numerose direttive settoriali. Il concetto fondamentale alla base di tale principio è che l'intervento pubblico deve essere selettivo

riguardo agli strumenti e deve ottemperare a un onere di giustificazione – ora non più scontato, come ritenuto dalla dottrina degli anni '60 e '70 – per cui si deve dimostrare non solo l'esistenza di una situazione di fallimento del mercato, ma anche il motivo per cui la misura prescelta, rispetto ad una pluralità di strumenti alternativi, realizza al meglio la tutela dell'interesse pubblico, senza eccedere nell'intrusione della libertà dei privati.

Il cambio fondamentale di paradigma passa anche attraverso una rilettura della Costituzione conformata ai principi dell'ordinamento europeo. Sappiamo quanto anche la nostra dottrina costituzionalistica abbia fatto fatica a reinterpretare la Costituzione economica, come desunta dalla Carta del '48, ai principi che discendono dall'ordinamento europeo, in particolare dai Trattati. Si sono registrate una frizione evidente e anche una resistenza ad aggiornare la lettura della Carta ai parametri della Costituzione europea.

All'interno di questo quadro di riferimento concettuale si pone la c.d. direttiva servizi (Direttiva 2006/123/CE), sui servizi nel mercato interno, che per la prima volta ha previsto una disciplina generale del sistema delle autorizzazioni, che chiarisce e sviluppa il concetto della libertà dei privati e dell'intervento pubblico sottoposto al principio di proporzionalità. Ad esempio, in questa direttiva è chiaramente enunciato il principio per il quale il controllo *ex post* va preferito in tutti i casi in cui si riveli sufficiente; quello *ex ante* (autorizzazioni o concessioni) deve invece essere giustificato, nel senso che il legislatore deve spiegare perché il controllo *ex post* (SCIA) non è sufficiente a garantire la tutela dell'interesse pubblico. Dunque, tra le autorizzazioni vincolate e le concessioni discrezionali vanno preferite le prime, laddove è possibile individuare parametri oggettivi per il rilascio delle autorizzazioni, perché quelle vincolate sono viste come una barriera di entrata più bassa rispetto alla concessione discrezionale.

Non è difficile scorgere in questo modello la priorità della libertà rispetto all'autorità. Tuttavia, anche il regime delle concessioni non è libero; invero, ove si rileva un problema di risorse scarse – ad esempio, per l'etere non possono esservi più di un certo numero di concessioni o atti autorizzativi per gli operatori delle telecomunicazioni – il principio generale è quello della cd. concorrenza per il mercato, che comporta l'obbligo di esperire una gara che simula il mercato. Ciò vale anche per le concessioni dei beni demaniali e per numerosi altri casi. A fronte di una scarsa risorsa pubblica che può essere assegnata ad uno solo o a pochi soggetti privati sussiste l'obbligo di gara.

È interessante osservare come le nuove prospettive illustrate taglino in orizzontale la distinzione tra servizi di interesse economico generale e non; pertanto, anche nei settori come i servizi sociali, ad esempio la sanità, va effettuato un ripensamento sulla necessità o meno di un monopolio dell'offerta pubblica. In molti contesti, incluso, entro certi limiti, quello italiano, il sistema dell'accREDITAMENTO delle cliniche private e dell'inserimento delle stesse nella programmazione regionale ha permesso di creare meccanismi di mercato all'interno di un settore dove predomina un interesse pubblico forte, di rango costituzionale elevatissimo, ascrivibile al diritto alla salute delle persone.

Il paradigma cui si è fatto riferimento trova sviluppi anche in settori, come quello dei servizi di tipo sociale e quello, molto rilevante, degli appalti pubblici: le commesse pubbliche, dal punto di vista della quantità di risorse che le pubbliche amministrazioni mettono in campo per acquistare beni e servizi e realizzare opere, costituiscono un mercato enorme, le cui regole devono favorire la concorrenza.

In conclusione, non si può parlare tecnicamente di liberalizzazioni, sebbene i saggi in tema di appalti pubblici si diffondano su vari concetti e distinzioni. Non si tratta di un problema di liberalizzazione, ma di creazione di un mercato artificiale con regole che consentano l'accessibilità, assicurando parità di concorrenzialità, che si inseriscono nella logica di rendere più efficiente il sistema degli appalti pubblici.

Molti passi devono essere ancora compiuti verso questa direzione, anche sul piano legislativo. Dalla lettura dei recenti disegni di legge – il disegno di legge Madia (d.d.l. n. 1577 sulla Riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche, attualmente all'esame del Senato), ma anche l'ultimo che si ispira alle segnalazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato (c.d. d.d.l. concorrenza, n. C. 3012, che deve ancora essere approvato dalla Camera dei Deputati) – si rilevano numerosi interventi nella direzione di eliminare regimi autorizzatori o di alleggerire il carico di regole.

Il nuovo paradigma, dunque, che continua ad affermarsi gradualmente e necessita di ulteriori passaggi, si mostra molto più coerente con l'intera architettura della regolazione pubblica proveniente dal diritto europeo.



## **Abstract**

La cornice generale in cui si situano le liberalizzazioni è rappresentata dal graduale mutamento, registratosi a partire dagli anni '90 del XX secolo e non ancora compiuto, del paradigma interpretativo dei rapporti tra Stato e mercato, fondato non più sulla presunzione di legittimità dell'intervento dei poteri pubblici nei confronti delle attività private, ma piuttosto sulla priorità del mercato rispetto allo Stato, di guisa da elevare i fallimenti del mercato e quindi l'insufficienza del privato nella cura degli interessi pubblici, a presupposto degli interventi statali, da valutare alla luce del principio di proporzionalità. La prospettiva di preminenza della libertà rispetto all'autorità ha una portata trasversale alla distinzione tra rilievo economico e non delle attività, trovando espressione anche in settori come quello dei servizi sociali.

The general framework of liberalization processes is represented by the gradual (and not completed yet) change in the interpretation of the relationship between State and market, so as to make market failures the main reason of state intervention, to be assessed in the light of proportionality principle. The primacy of freedom over authority is valid with regard to both activities of economic and non-economic interest, so as to apply even to social services.

## **Key words**

Stato, mercato, libertà, autorità, concorrenza, proporzionalità.

State, market, freedom, authority, competition proportionality.



**Carla Acocella**

**Modelli organizzativi e gestionali  
dei servizi sociali e sanitari e logiche di mercato**

**Sommario:** **1.** Ambito e ragioni dell'indagine: i servizi sociali e la liberalizzazione. **1.1.** La nozione di servizi sociali. **1.1.1.** Servizio pubblico e servizio sociale: la relativizzazione della distinzione. **2.** Liberalizzazioni e "retorica liberista". Il posizionamento dei servizi sociali (e sanitari) rispetto alla liberalizzazione. Un'introduzione. **2.1.** Le due prospettive del diritto euro-unitario. La tutela dei diritti sociali al di fuori dello spazio di garanzia delle libertà economiche: il progetto di un'integrazione sociale. L'ancoraggio della rilevanza economica del servizio per l'applicazione delle regole del mercato interno e della concorrenza. La libertà di concorrere nell'affidamento dei servizi alla persona. **3.** Il caso dei servizi sociali. Gli strumenti di inserimento nella rete di erogazione dei servizi: regolazione e concorrenza. **3.1.** La presa in carico. **3.2.** L'iscrizione in albi dei soggetti del Terzo Settore. **3.3.** Autorizzazione e accreditamento. **4.** Il caso dei servizi sanitari. **4.1.** Il rapporto fra mercato e intervento pubblico come strumento di classificazione dei diversi modelli organizzativi di assistenza sanitaria. **4.2.** La presenza del privato nel comparto salute: la libera offerta delle prestazioni e la partecipazione, su base consensuale, all'attività di servizio pubblico. L'apertura agli erogatori privati e la libera scelta dell'utente nel solco della distinzione tra le funzioni di erogazione e committenza dell'azienda territoriale. Dal sistema di accreditamento aperto alla programmazione regionale come strumento di controllo dell'offerta. **4.2.1.** L'attività libera e le autorizzazioni. **4.2.2.** L'attività di servizio pubblico: accreditamento e accordi contrattuali.

*1. Ambito e ragioni dell'indagine: i servizi sociali e la liberalizzazione*

Il titolo della relazione propone un accostamento tra servizi sociali e sanitari e logiche di mercato, inscrivendosi nell'ambito di una ricerca che mette a confronto, tentando di verificarne la portata, il processo di liberalizzazione con la fornitura al pubblico di prestazioni che siano variamente riconducibili alla nozione di servizi sociali. Dar conto delle ragioni sottese all'orientamento di una ricerca e alla scelta del campo di indagine appare

consuetudine ancor più opportuna ove dell'accostamento si avverta, sin da subito, come probabilmente accade nel caso di specie, la complessità, ed in certa misura il carattere improbabile, trattandosi, in una parola<sup>1</sup>, di prestazioni rispetto alla quali a presentarsi problematica è la stessa configurazione del mercato, e quindi, in linea di principio, il presupposto della realizzazione e del funzionamento di dinamiche concorrenziali. I motivi che hanno indotto a privilegiare proprio l'area dei servizi sociali nell'ampio spettro di scenari schiusi dall'impiego di politiche liberalizzatrici nei diversi settori dell'economia, sono riconducibili alla percezione di quanto i primi definiscano un formidabile terreno di dialogo tra questioni cruciali. Tra queste, il bilanciamento tra il diritto costituzionalmente protetto di accedere a tali servizi e la sostenibilità economico-finanziaria della loro garanzia<sup>2</sup>; il condizionamento che la necessità di perseguire il descritto equilibrio spiega, nel senso della loro compressione, sulle normali dinamiche concorrenziali e di mercato<sup>3</sup>; l'attualità della tradizionale distinzione concettuale tra diritti di libertà e diritti sociali come fattore che guida la conformazione dei modelli organizzativi dei servizi sociali e si riverbera sulla qualificazione e sul dimensionamento della pretesa soggettiva all'erogazione nonché sul piano della sua esigibilità; infine, l'esigenza di dosare pubblico e privato, qui complicata inevitabilmente dalle coordinate costituzionali dell'analisi, che, per un verso, rappresentano in termini di doverosità l'azione pubblica diretta alla protezione di beni come salute, assistenza, istruzione<sup>4</sup>, e

<sup>1</sup> Sul punto si tornerà più diffusamente *infra* nel corso del par. 2.

<sup>2</sup> Si tratta di un equilibrio tradizionalmente avvertito come nodo problematico: sul punto cfr. *ex multis* PIOGGIA, *Introduzione*, in AA.VV., *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011, p. 12. Tratteggia nitidamente il processo di "moltiplicazione degli interessi" a soddisfazione necessaria e le ripercussioni del medesimo sulla spesa pubblica oltre che sulla "dimensione quantitativa degli organismi volti a soddisfare" i primi, nel senso di una "condizione strutturale di deficit dei bilanci pubblici" G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 62.

<sup>3</sup> Sul punto anche CAVO, *Impiego di farmaci off-label e razionalizzazione della spesa*, in RTDP, 4/2014, p. 1071 ss.

<sup>4</sup> Sulla riconducibilità delle prestazioni volte alla realizzazione dei diritti riconosciuti dalla Costituzione agli articoli 32, 33, 34 e 38 alla nozione di «servizi sociali», ove di quest'ultima si accogla un'accezione lata, si veda MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in DE, 2/2013, pp. 475-476. In ordine alle caratteristiche comuni delle norme costituzionali in tema di sanità, istruzione, assistenza e previdenza si veda CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, p. 35 ss.

alla “provvista”<sup>5</sup> dei relativi servizi, per altro verso, prescrivono la salvezza della presenza dei privati. Tale ultimo profilo è suscettibile di essere riferito, in corrispondenza delle diverse sensibilità messe in campo dagli interpreti, da un lato, al problema dei limiti entro i quali va circoscritta l'immissione del privato nel sistema di offerta delle prestazioni in esame, e, secondo prospettiva speculare, al nodo della (costituzionalmente) “accettabile” estensione dell'ambito dell'intervento pubblico in questi settori. Il riferimento è, in primo luogo, alla sussistenza di eventuali ragioni pregiudiziali che escludano l'utilizzazione di soggetti privati nell'esercizio di attività idonee a soddisfare i bisogni dei cittadini qualificati in termini peculiari dagli articoli 32, 33, 34 e 38 della Costituzione, o alle implicazioni di un simile impiego ai fini del suo riconoscimento come attività di servizio pubblico<sup>6</sup>. La seconda chiave di lettura del rapporto pubblico-privato

<sup>5</sup> Sulla differenza tra la nozione di «provvista», attività che, sulla base delle previsioni costituzionali di cui si discorre, “esige un protagonista pubblico”, ed attività di erogazione, per la quale non sempre e non necessariamente la presenza pubblica è richiesta, si veda MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, in MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., p. 11 ss. spec. 21. Sul punto si rinvia anche alla posizione espressa da G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *DP*, 1998, p. 661 ss., spec. p. 662 che, con riferimento all'affidamento di servizi pubblici a privati, sottolinea come tale ipotesi, lungi dall'implicare un disconoscimento della meritevolezza di tutela degli interessi sottesi, presupponga esclusivamente la valutazione del carattere non necessario della presenza pubblica al fine di garantire i medesimi.

<sup>6</sup> In tale prospettiva, e con riferimento specifico al servizio di istruzione, si rinvia alle riflessioni svolte da MARZUOLI, *op. ult. cit.*, p. 19 ss. che, muovendo dalle caratteristiche dell'istruzione pubblica, ovvero la sua connotazione in senso neutrale, in sostanza garantita dalla saldatura alla libertà di insegnamento, esclude che un'attività “puramente privata di istruzione”, cui l'ordinamento riconosce piena libertà (economica e non) di esercizio, possa automaticamente rilevare ai fini dell'adempimento dell'obbligo scolastico e dei titoli di studio, ed esclude parimenti che, quand'anche essa rilevi a tali fini, nella forma della c.d. “istruzione privata con privilegio”, possa essere sostenuta con finanziamenti pubblici. Tale ultima eventualità è, invece, prospettabile nell'ipotesi in cui il privato, anche ove agisca per fini di lucro, sia chiamato a svolgere un servizio pubblico. Tali argomenti conducono pertanto l'A. ad affermare che “è possibile immaginare un privato che organizzi un'attività di istruzione nel rispetto e in attuazione della libertà di insegnamento”, e che “un privato che opera a fini di lucro parrebbe pienamente inseribile nel sistema, dal momento che il fine di lucro non è certo di per sé contrastante con i servizi alla persona”. Per tale via viene affermata la illegittimità costituzionale della legge. n. 62/2000, “non perché immette il privato nel sistema pubblico dell'istruzione, ma perché vi immette un privato privo dei requisiti costituzionalmente necessari” in quanto “privato di tendenza”. La lettura in chiave di ammissibilità della cura da parte dei privati di interessi quali sanità, istruzione, previdenza e assistenza si trova anche in CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, cit., p. 35. Per una compiuta ricostruzione degli strumenti giuridici attraverso cui si declina, nell'offerta dei servizi sanitari, la tendenza alla liberalizzazione dell'attività e all'inserimento del-

alla quale si faceva riferimento è, invece, quella che sottolinea la consistenza di “diritto di libertà” della iniziativa dei privati nei settori considerati, e giunge ad affermare che la stessa non si atteggi come una “mera integrazione dell’iniziativa pubblica”, relegata in posizione ancillare rispetto a quest’ultima, ma che piuttosto ad essa spetti un’autonomia nella determinazione del proprio spazio di espressione<sup>7</sup>. Le implicazioni di un simile argomento non appaiono esclusivamente di ordine economico. Queste ultime consentono di affermare, non senza qualche puntualizzazione nel segno della cautela<sup>8</sup>, che a doversi ritirare è il pubblico “laddove l’offerta privata del servizio (sanitario, previdenziale, assistenziale, scolastico) sia ampia o addirittura esaustiva”<sup>9</sup>. Percorrendo invece l’altro versante dell’analisi, non può non tenersi conto delle riflessioni che, nel tentativo di superare la pretesa diversità strutturale tra diritti di libertà e diritti sociali<sup>10</sup> e valorizzando il nesso funzionale tra principio di uguaglianza sostanziale – che i secondi sarebbero idonei ad attuare – e

l’impresa privata – che realizza un “ritorno” oltre che una “espansione del privato” nel settore – si rinvia a LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996. Per uno sviluppo della riflessione intorno al rapporto pubblico-privato nel comparto sanitario si veda altresì LIGUORI, *Flessibilità e modelli organizzativi del S.S.N.*, in LIGUORI, ZOPPOLI, *La sanità flessibile*, Napoli, 2012, p. 3 ss.

<sup>7</sup> Così, CORSO, *op. ult. cit.*, p. 36.

<sup>8</sup> Il tentativo di circoscrivere la portata del principio di sussidiarietà emerge nell’analisi di MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 21 – secondo il quale “si deve sì favorire l’iniziativa dei privati, ma se e finché questa non trasforma la qualità del servizio che il potere pubblico deve rendere” – nonché di ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, p. 109 che sottolinea la necessità di operare una lettura sistematica degli artt. 117, c. 2, lett. m) Cost. (sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni) e 118, di guisa da “escludere che si possa desumere dal principio di sussidiarietà l’ipotesi di una presenza soltanto residuale dell’intervento pubblico nelle materie che incidono sui diritti civili e sociali”.

<sup>9</sup> In questi termini ancora CORSO, *op. ult. cit.*, p. 37; l’A. nella prospettiva ermeneutica di cui si discute sottolinea anche che “il *proprium* del privato, in ciascuno dei settori considerati (assistenza, previdenza, sanità, istruzione), è che egli esercita il suo diritto (di libertà) nella forma del mercato: o come impresa (sanitaria, scolastica) o come professionista (medico, insegnante autonomo, ecc.)”.

<sup>10</sup> La teorizzazione del superamento della distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà è compiutamente delineata da una letteratura alla quale in questa sede non può operarsi più che un cenno: si vedano MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, (voce) in *ED*, XII, Milano, 1963, p. 802 ss., spec. p. 805; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, p. 103; dello stesso A., *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione*, in *RCDP*, 1985, p. 71; MODUGNO, *La tutela dei “nuovi diritti”*, in *AA.VV.*, *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano, 1991, p. 95.

principio personalista, hanno messo in luce il valore strumentale assunto dai diritti sociali rispetto allo sviluppo della persona umana<sup>11</sup>, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, posto che “la genesi dei diritti sociali si radica nei gruppi prima ancora che negli individui”<sup>12</sup>. Sicché, semplificando molto su questo punto, il primo orizzonte in cui collocare il principio personalista nonché quello pluralista sembra riguardare gli attori delle prestazioni, ed è cioè rappresentato dalla possibilità che soggetti privati – attraverso molteplici forme di interlocuzione con l’intervento dei pubblici poteri<sup>13</sup> – innanzitutto eroghino prestazioni di rilevanza sociale a favore della collettività, ed in secondo luogo giungano persino ad orientare le scelte in punto di programmazione ed erogazione dei servizi con una funzione di selezione degli interessi generali<sup>14</sup>. Il nesso di complementarità opportunamente istituito da tale orientamento interpretativo tra articoli 2 e 3 della Costituzione viene, evidentemente arricchito, dall’ulteriore (classico) riferimento al principio di solidarietà, che illumina la soddisfazione dei diritti sociali attraverso la predisposizione dell’offerta di servizi – sociali appunto – almeno in due diverse prospettive. Ad una solidarietà manifestata dall’azione pubblica, “solidarietà paterna”, si affiancherebbe la solidarietà – ed è quella che maggiormente rileva ai fini della presente indagine – che chiama in

<sup>11</sup> Cfr. BIFULCO, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 3 ss. Per una analitica ricostruzione dei passaggi attraverso cui la letteratura in argomento ha evidenziato come il principio di uguaglianza sostanziale operi quale presupposto essenziale per l’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti dall’art. 2 Cost., si veda ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali*, cit., p. 43 ss. Una critica alla riflessione giuridica intorno all’istruzione fondata sulla centralità dell’art. 3 Cost. e dell’eguaglianza sostanziale, piuttosto che sull’art. 2, si legge in FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, p. 32 e spec. p. 40 ss. che rileva: “muovendo dalla premessa secondo cui nel settore scolastico occorre perseguire l’obiettivo di sviluppare la persona, non si può non rilevare come a questi fini appaia insufficiente l’azione volta a *rimuovere gli ostacoli* che impediscono l’eguaglianza”. Sul rilievo dello sviluppo della persona umana anche nell’espressione della dimensione doverosa in materia di istruzione veda A. SANDULLI, *Scuola e università tra concorrenza ed eguaglianza sociale*, in AA.Vv., *L’attuazione del Titolo V della Costituzione*, Atti del 50° Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione, Varenna, Milano, 2005.

<sup>12</sup> ORSI BATTAGLINI, *L’“astratta infeconda idea”*. *Disavventure dell’individuo nella cultura giuridicistica*, in AA.Vv., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, p. 59.

<sup>13</sup> Nel senso dell’integrazione o dell’intervento autonomo.

<sup>14</sup> Si riferisce a tal riguardo alla “capacità normativa” dei gruppi e ne prefigura il contrasto con il principio democratico, ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali*, cit., p. 64. L’A. a questo proposito qualifica tale strumento come prioritario nell’ottica del pluralismo, laddove sottolinea, invece, il carattere ovvio del riferimento della partecipazione e del pluralismo alla possibilità per i privati di svolgere a vario titolo attività di interesse generale.

causa l'intervento degli individui e delle formazioni sociali (atte ad assorbire, per esempio, il contributo del c.d. terzo settore) in cui gli stessi si riconoscono al fine di realizzare i diritti sociali, e che, collocandosi su un piano orizzontale, viene per converso qualificata come "solidarietà fraterna"<sup>15</sup>. Il principio così inteso presenta punti di convergenza con quello di sussidiarietà orizzontale, e consente, come il secondo, di decifrare il rapporto tra intervento pubblico e intervento privato nel settore in esame<sup>16</sup>. È un fatto, peraltro, che la solidarietà arricchisca la prospettiva personalista nella misura in cui rende le formazioni sociali, veicolo attraverso il quale la prima naturalmente si esprime, parte integrante del progetto di invero dei diritti sociali<sup>17</sup>, non senza il rischio, paventato da taluno, di offuscare il soggetto individualmente considerato all'interno della comunità<sup>18</sup>. Le considerazioni sino a questo punto condotte consentono, in definitiva, di rinvenire nelle disposizioni della parte della Costituzione dedicata ai principi fondamentali, e di attribuire di conseguenza, un fondamento assiologico preciso (principio personalista, principio pluralista, principio solidarista) ad un dato empiricamente accertato, coincidente col fatto che l'offerta di servizi assistenziali – ma si tratta di un modello sostanzialmente valido per i servizi sociali globalmente considerati – risulta sin dalle origini caratterizzata da una diffusa presenza dei privati mossi da motivazioni non economiche, ma solidaristiche ed etiche.

<sup>15</sup> Le due accezioni vengono isolate nell'analisi di GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *DSoc.*, 1996, p. I ss., e riprese da ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 69 ss. al fine di valorizzare una prospettiva di impiego della solidarietà fraterna, inclusiva dell'attività del settore *non profit*, solo prefigurata dal primo A., che identifica la medesima sostanzialmente nella solidarietà politica in senso stretto.

<sup>16</sup> Nel senso della convergenza dei due principi v. PASTORI, *Il terzo settore nelle tendenze attuali dell'ordinamento*, in *La società italiana verso il 2000: opportunità e prospettive del terzo settore*, Milano, 1998, p. 52; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, p. 129 che identifica nel principio di sussidiarietà un "criterio ordinatore tra solidarietà pubblica e privata". Sulla cura di interessi pubblici da parte dei privati per il tramite dell'esercizio di diritti di libertà si veda F.G. COCCA, *Principio di sussidiarietà e giustizia amministrativa*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2005.

<sup>17</sup> La solidarietà è al centro del modello di azione positiva dell'individuo "che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte di una comunità" delineato dalla C. cost. nella decisione del 28.2.1992 n. 75 con riguardo al volontariato che esprimerebbe la vocazione sociale dell'uomo, che deriva a sua volta dalla "identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità". Per il nesso tra formazioni sociali e diritti sociali si rinvia ancora a F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit.

<sup>18</sup> Si vedano in tal senso le considerazioni di FERRARI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *GCost.*, 1992, p. 2251.



Come prima accennato, la centralità della persona contribuisce a definire una ulteriore coordinata di indagine dell'area dei servizi sociali rispetto alla liberalizzazione: essa va, in tale secondo senso, declinata in relazione al titolare della pretesa erogativa. Nella varietà di argomenti che concorrono a delinearne la fisionomia, appare particolarmente efficace quello che coglie il coinvolgimento della personalità dell'individuo nella fruizione della prestazione, e la funzione strumentale di quest'ultima rispetto alla comprensione stessa da parte del primo del suo stato di bisogno<sup>19</sup>. Si tratta, come è noto, di un fattore che condiziona i modelli organizzativi ed erogativi dei servizi sociali – ed anzi è coerente con la locuzione “servizi alla persona” che attualmente descrive sanità, istruzione e assistenza<sup>20</sup> – non solo, nel senso della non standardizzabilità delle prestazioni – che invero riguarda in modo peculiare i servizi assistenziali nell'ambito di quelli sociali, e che si declina rispetto ai primi prevalentemente in termini di personalizzazione delle prestazioni<sup>21</sup> – ma anche ed in maniera qualificante nel senso della necessità di tutelare il complesso di valori (culturali, ideologici, politici, religiosi, etc.)

<sup>19</sup> MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 13, eleva tale caratteristica a fattore che accomuna la materia sanitaria, l'assistenza sociale e l'istruzione; ALBANESE, MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003. Nella stessa direzione si muove PIOGGIA, *Introduzione*, cit., che sottolinea la “centralità in entrambi gli ambiti, quello sanitario e quello sociale, della persona, prima ancora che della malattia e del bisogno dei quali è portatrice”.

<sup>20</sup> Si fa riferimento alla maggiore capacità semantica dell'espressione “servizi alla persona” rispetto a quella di servizi sociali, che, come si dirà più diffusamente *infra* (cfr. par. 1.2.), a seguito dell'intervento del d.lgs. n. 112/1998, è circoscritta a prestazioni assistenziali.

<sup>21</sup> Cfr. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, p. 76: “Il sistema è un insieme costituito da azioni ed interventi che corrispondono solo in parte a prestazioni di base (in specie di natura economica) a carattere minimo ed uniforme e per il resto corrispondono in maniera preferenziale e privilegiata a modalità di intervento personalizzate sulla base di ‘progetti individuali’”. Attributo che consentirebbe di distinguere in modo netto le prestazioni erogate nell'ambito dei servizi sociali da quelle che costituiscono oggetto dei servizi c.d. industriali per ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 133. L'A., dopo aver infatti osservato che la non standardizzabilità delle prestazioni, ovvero la necessità che esse siano personalizzate, è in linea di principio elementare tipizzante l'intera tipologia dei servizi sociali, la qualifica come “tratto che connota in modo molto netto e specifico proprio le prestazioni assistenziali (per la verità tanto sociali quanto sanitarie), anche rispetto ad altre tipologie di servizi pur definiti ‘alla persona’: in relazione ai servizi sociali ciò è inscindibilmente legato alla finalizzazione di tali servizi ... a rimuovere e superare le situazioni di bisogno che la persona incontra nella vita”.

nei quali si riconosca l'utente, nella fase di accesso alla prestazione, senza sentirsi discriminato<sup>22</sup>, e senza che la sua personalità, piuttosto che svilupparsi attraverso la prestazione, ne risulti compressa. Ed alla luce di tali considerazioni si giustifica l'aspirazione alla neutralità – da intendersi non in senso assoluto, come opportunamente avvertito, ma quale effetto, per così dire, aggregato di sistema<sup>23</sup> – nell'esercizio delle attività che caratterizzano i servizi sociali, ed è, quindi, sulla base di tali rilievi che il pluralismo dal lato dell'offerta si salda al pluralismo dal lato della domanda, di tal ché la libertà dei destinatari viene declinata come libertà del prestatore del servizio<sup>24</sup>. Tale assunto appare peraltro coerente con il noto schema in base al quale ciascuna delle due libertà trae dalla presenza dell'altra un naturale limite alla propria esplicazione<sup>25</sup>. Detto in altri termini si tratta di esaltare il valore della diversità non solo, come prima accennato, nella prospettiva di chi eroga la prestazione<sup>26</sup> – di frequente peraltro nell'esercizio di azioni solidali – ma anche nell'ottica

<sup>22</sup> In questo senso MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 14 osserva: “il paziente non deve insomma sentirsi a disagio quando entra nella struttura sanitaria in conseguenza delle eventuali ispirazioni o simboli ideologici di quella struttura”.

<sup>23</sup> La “grande” questione della neutralità è nitidamente tratteggiata da CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, cit., p. 43, che dopo aver sottolineato come “la libertà di insegnamento trae con sé l'impossibilità di occultare nel contatto quotidiano con gli allievi i propri orientamenti”, aggiunge che “la scuola pubblica è laica non perché è neutrale (dal punto di vista politico, ideologico, religioso) ma perché registra la compresenza di una pluralità di orientamenti di segno opposto che globalmente (a livello di sistema complessivo) tendono a bilanciarsi, ma che nella singola scuola si presentano spesso squilibrati (in una direzione o nell'altra)”. Secondo FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., pp. 84-85, “la neutralità, intesa come affrancamento da opinioni personali, non può essere imposta: le libertà non sono condizionabili dall'esterno. L'unico limite che incontra la libertà di insegnamento è il rispetto della personalità dell'alunno; non vi è traccia di vincoli finalizzati a garantire una (impossibile) neutralità”; e ancora “se va dunque bollata come illusione l'idea che configura il ‘luogo pubblico’ come dimensione della rigorosa neutralità ..., nell'ambito delle scuole soggettivamente private la tendenza assume specifico spessore giuridico, tanto da poter addirittura rilevare nell'ambito del complesso rapporto giuridico che lega docenti, scuola e alunni-famiglie”.

<sup>24</sup> ZANNOTTI, *La libertà di insegnare nella scuola che cambia*, in MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., p. 261 ss.

<sup>25</sup> Il settore dell'istruzione risulta anche in questo caso particolarmente esemplare: MATTONI, *Insegnamento (libertà di)*, in DDP, VII, Torino, 1993, p. 424 ss.

<sup>26</sup> A tal riguardo MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 18 osserva: “siccome non è possibile impedire alla gente di sentire e di pensare (per fortuna), l'unica forma di neutralità attuabile sta nel garantire la libertà di ogni tecnico dell'insegnamento”; v. altresì CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, cit.

del destinatario<sup>27</sup>, come differenza dei punti di partenza che evidentemente è suscettibile di avere riflessi anche sul piano economico<sup>28</sup>. I vantaggi tradizionalmente ascritti (per lo più sulla base di considerazioni di natura economica<sup>29</sup>) alla sussistenza di una effettiva competizione tra i soggetti erogatori si arricchiscono in questo quadro, sul cui sfondo si muove appunto il pluralismo, di ulteriori significati: l'esercizio da parte dell'individuo del potere di scelta in ragione delle diverse caratteristiche che contraddistinguono l'offerta (pubblica e privata, e variamente connotata nell'ambito di tale seconda area) si rivela per questi, infatti, funzionale allo sviluppo e alla realizzazione della propria personalità<sup>30</sup>.

### 1.1. La nozione di servizi sociali

Al fine di delimitare il campo di indagine il primo passaggio da compiere è rappresentato dall'individuazione del settore di attività cui riferire le tendenze, oggetto di verifica, al rafforzamento della libertà di impresa e alla espansione della presenza del privato. Da quanto sin qui osservato è possibile ricavare una prima indicazione sui tratti distintivi della categoria dei servizi sociali<sup>31</sup>; nondimeno l'ampiezza semantica acquisita nel tempo dalla relativa locuzione impone di svolgere alcune precisazioni, recuperando i termini es-

<sup>27</sup> La necessità di alimentare e valorizzare le diversità "inevitabili" tra le persone cui il servizio scolastico è rivolto è sottolineata da FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., p. 49, che muove dalla chiave solidaristica di lettura della predisposizione delle prestazioni personali – in cui il servizio si sostanzia – e recupera la dimensione etica del tema attraverso il richiamo a LEVINAS, *Etica e infinito. Il volto dell'altro come alterità etica e traccia dell'infinito*, Roma, 1984, per estendere tale visione anche agli altri servizi in cui si esprimono azioni di solidarietà rivolte "al volto dell'altro" in FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2003.

<sup>28</sup> Tanto da giustificare "un trasferimento di risorse anche inversamente proporzionato rispetto al tasso di talento iniziale": FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, cit., p. 51.

<sup>29</sup> In particolare il benessere dei consumatori in termini di 'efficienza allocativa' (nel senso che questi ottengono la quantità di beni e servizi desiderata al prezzo che sono disposti a pagare), di 'efficienza produttiva' (i beni e i servizi vengono offerti a prezzi che tendenzialmente non superano il relativo costo di produzione), e da ultimo di 'efficienza dinamica' (nella misura in cui la concorrenza innesca un fattore di innovazione e di ampliamento dell'offerta a vantaggio dei destinatari): per una sintesi in materia si veda WHISH, *Competition law*, Londra, 2003, p. 3 ss.

<sup>30</sup> Sul collegamento dei valori di pluralismo e rispetto della persona umana alla "scelta dei soggetti deputati a svolgere i servizi sociali" cfr. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 54.

<sup>31</sup> Cfr. *supra* par. 1, in particolare note 2-5.

senziali del dibattito sul punto. In questo senso è utile prescindere per un momento dai criteri che hanno guidato le alternative ipotesi ricostruttive – a titolo esemplificativo, la scelta di costruire la nozione intorno al concetto di diritto sociale, o piuttosto intorno al profilo della doverosità<sup>32</sup> – e di prendere le mosse dall’esito di quelle stesse riflessioni. In particolare rileva la fondamentale distinzione tra una nozione ampia di servizio sociale, idonea a contenere le prestazioni “imposte” dai già citati articoli 32, 33, 34 e 38 della Costituzione, dunque la sanità, l’istruzione, l’assistenza e la previdenza, ed una nozione più ristretta, sostanzialmente coincidente con l’ambito oggettivo di applicazione della legge n. 328 del 2000, “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”, e quindi circoscritta all’area dell’assistenza sociale<sup>33</sup>. Le riflessioni svolte nella parte centrale di questo lavoro intorno alla relazione tra mercato e responsabilità pubblica delle prestazioni, saranno principalmente incentrate sulla categoria dei servizi sociali enucleabile sulla base di tale seconda (e più limitata) accezione, nonché sui servizi sanitari. Non stupisce che una serie di connotati siano comuni ad entrambi gli ambiti, in primo luogo in ragione del fatto che, come si è sin qui cercato di dire, gli stessi condividono una peculiare collocazione nell’architettura costituzionale, ovvero il rilievo funzionale rispetto all’attuazione del principio personalistico e di eguaglianza sostanziale<sup>34</sup>; il che vale peraltro a giustificare l’ascrivibilità alla medesima (estesa) nozione di servizi sociali, aspetto su cui si tornerà oltre. A ciò si aggiunge il rilievo che il legame tra salute e assistenza – di qui, anche, l’opportunità di considerare ai fini della presente indagine congiuntamente i due settori – è stato dal legislatore gra-

<sup>32</sup> Le due prospettive si pongono in termini alternativi nell’analisi di MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *DE*, 2004, p. 95 ss. che ha ravvisato uno dei principali nodi problematici delle tesi fautrici della riconducibilità della nozione di servizio sociale ai diritti sociali nella “molteplicità di situazioni soggettive in cui la categoria, in ragione del suo carattere ‘finanziariamente condizionato’ si dissolve”, e ha quindi indicato quale strumento per superare tale *impasse* la scelta di focalizzare il concetto sul profilo della doverosità.

<sup>33</sup> Nel senso della classificazione delle diverse accezioni di servizio sociale in base alla latitudine delle medesime si veda MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *DE*, 2/2013, p. 476.

<sup>34</sup> A tal proposito osserva, infatti, PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, Torino, 2014, 2, che i diritti sociali contemplati dagli articoli 32, 34, 35, 38 “trovano fondamento, ancor prima che negli specifici articoli che li contemplano e disciplinano espressamente, nei principi fondamentali del nostro testo costituzionale e in particolare nel principio personalistico e nel principio di eguaglianza sostanziale, rispettivamente sanciti dagli articoli 2 e 3”.

dualmente positivizzato in termini di necessaria “coordinata” convivenza delle prestazioni afferenti a ciascuna delle due aree. Ci si riferisce evidentemente allo strumento dell’integrazione socio-sanitaria che, nata quale mera “giustapposizione” di prestazioni sociali e sanitarie in una prospettiva di soddisfazione dei diritti connotata ancora da un approccio “marcatamente categoriale”<sup>35</sup> degli interventi, si è progressivamente mossa verso la garanzia di una effettiva integrazione del sistema sanitario con quello socio-assistenziale, consacrata, in un primo tempo, almeno in termini di obiettivo, dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale<sup>36</sup>, e riavviata, dopo una battuta d’arresto impressa dal d.lgs. n. 502/1992<sup>37</sup>, con l’intervento di razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale recato dal d.lgs. n. 229/1999<sup>38</sup>. La qualificazione dello strumento in parola come il tentativo più avanzato di “tradurre il principio personalistico [...] in indicazioni organizzative di portata strutturale”<sup>39</sup>, e quindi come istituto permeato dalla centralità della persona con-

<sup>35</sup> Sull’assenza del principio universalistico nella organizzazione di servizi sociali e sanitari fino alla fine degli anni ’70 si veda ancora PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 231 ss. Esempio della prospettiva categoriale è l’ipotesi disciplinata dalla l. n. 137/1952 in materia di assistenza a favore dei profughi, che affianca alle provvidenze sociali erogate a questi ultimi la concessione di assistenza sanitaria e ospedaliera. Passaggio intermedio nell’*iter* di progressiva affermazione dell’integrazione socio-sanitaria viene individuato nell’art. 25 del d.P.R. n. 616/1977 che affida alla regione la determinazione con legge degli ambiti territoriali concernenti “contestualmente la gestione dei servizi sociali e sanitari”.

<sup>36</sup> Cfr. la legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 1, c. 4 a mente del quale: “Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività”.

<sup>37</sup> Le previsioni recate dal d.lgs. n. 502/1992 rappresentano un passo indietro rispetto alla concentrazione in capo ai comuni delle funzioni sociali e sanitarie, rimettendo alle aziende sanitarie la possibilità di assumere, su delega degli enti locali interessati, la gestione di attività o servizi socio-assistenziali, a carico degli stessi enti.

<sup>38</sup> In primo luogo rileva l’art. 3, c. 3 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 che introduce nel d.lgs. n. 502/1992 l’art. 3 *septies* che definisce la nozione di integrazione socio-sanitaria (cfr. *infra* nota 41), e sul piano più generale il coinvolgimento dei comuni nel processo di approvazione dei piani sanitari e di verifica della loro attuazione. In seguito alle modifiche apportate dall’art. 2, c. 1 dello stesso d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, l’art. 2 del d.lgs. n. 502/1992 definisce, infatti, un sistema di programmazione sanitaria e socio-sanitaria regionale basato sull’intervento della Conferenza permanente per la programmazione sanitaria e socio-sanitaria regionale in sede di approvazione del Piano sanitario regionale, nonché in sede di verifica della realizzazione del Piano attuativo locale e dei piani attuativi metropolitani.

<sup>39</sup> PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 209. L’A., nell’affrontare il tema della incidenza esercitata dal principio personalistico sul modo di essere dell’organizzazione deputata alla soddisfazione dei diritti sociali alla salute e all’assistenza, sottolinea, infatti, il carattere paradigmatico dell’integra-

siderata nella sua complessità, consente di recuperare il senso autentico dell'amministrazione di servizio<sup>40</sup>, tale che le prestazioni e la valutazione dei bisogni precedano (e non viceversa) l'organizzazione degli apparati preposti a soddisfarli. In tal senso l'integrazione tra le strutture che erogano prestazioni sanitarie e sociali risponde all'esigenza di integrare le relative prestazioni, una volta operata una considerazione complessiva dei bisogni del destinatario. Una simile prospettazione inoltre, per un verso, appare coerente con una nozione ampia di salute – la stessa sottesa alla definizione in sede normativa di “prestazione socio-sanitaria”<sup>41</sup> – che, lungi dallo sminuire o fagocitare il di-

zione socio-sanitaria quale “risposta organizzativa all'esigenza di farsi carico non solo della malattia, da un lato, o del bisogno, disagio, difficoltà, dall'altro, ma della persona che, nonostante gli ostacoli fisici, economici e sociali, ha comunque diritto a realizzare sé stessa”.

<sup>40</sup> La contrapposizione tra un'amministrazione propriamente funzionale “caratterizzata dall'ordinarsi e coordinarsi di una serie di attività intorno ad un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro ente pubblico” ed un'amministrazione consistente in attività “ordinate direttamente alla prestazione di utilità” si trova già in MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *NDI*, 1961, p. 686. Per una ricostruzione delle ragioni della revisione critica cui da tempo risulta sottoposta la rigida distinzione tra funzione amministrativa e funzione di servizio – tema su cui la letteratura è sterminata – e segnatamente in ordine al superamento della condizione, che in parte giustificava tale separazione, per cui la società è “luogo di svolgimento di rapporti economici e di soddisfacimento di bisogni” laddove il potere amministrativo appare “come perdurante espressione ... di una volontà trascendente, che si impone autoritativamente”: SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto univo dell'amministrazione*, in *DA*, 2/2004, p. 297 ss. Con riguardo alla necessaria strutturazione in termini di “organizzazione variabile” dell'amministrazione di servizio in coerenza con il dettato dei primi cinque articoli della Costituzione e in particolare con il fine del pieno sviluppo della personalità umana si veda ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, p. 11, che nel riprendere BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1967, p. 43 ss., sostiene che “Lo Stato possiede determinati compiti e per essi si qualifica. I compiti dello Stato sono felicemente espressi dalla Costituzione, nella maniera più diretta, più esplicita e consapevole, attraverso le formulazioni riccamente orchestrate dagli artt. 2 e 3” che, rinviando alla “garanzia e perfezionamento dei diritti dell'uomo, della dignità e dello sviluppo della persona, considerata singolarmente e nei gruppi in cui si organizza”, consentono di individuare quale “grande compito a cui partecipa l'amministrazione “ quello di “servire gli uomini”. Sul nesso tra l'organizzazione amministrativa e l'obiettivo, costituzionalmente imposto, del pieno sviluppo della persona umana, si veda pure R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in MAZZAROLLI E AL. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, I, p. 426.

<sup>41</sup> Cfr. art 3 *septies*, d.lgs. n. 502/1992 – aggiunto dall'art. 3, c. 3 del d.lgs. n. 229/1999 – *integrazione socio-sanitaria*: “si definiscono prestazioni socio-sanitarie tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire, anche nel lungo periodo, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione”. Le prestazioni sanitarie sono poi classificabili in tre particolari tipologie: a) le prestazioni sanitarie a rilevanza

ritto all'assistenza, ne mette in rilievo la valenza di pretesa soggettiva “di chiusura”<sup>42</sup>, per altro verso, è in linea con il dato storico-evolutivo rappresentato dall'affermazione del principio universalistico quale fattore determinante nella prospettiva di effettiva garanzia dei diritti di cui si discorre. È un fatto che il *welfare* universalistico, che appunto si contrappone a concetti di *welfare* “categoriali” (occupazionali, minimali) in quanto modellati su specifiche categorie di destinatari e quindi su specifiche situazioni di bisogno, si rivolga alla persona umana<sup>43</sup>.

Ora la dimensione universalistica dei diritti, ove ricondotta alla centralità della persona umana in quanto tale, riporta la riflessione sulle questioni semantiche segnalate in premessa. L'approdo della evoluzione in senso restrittivo della nozione di servizi sociali è, infatti, rappresentato dal d.lgs. n. 112 del 1998 che, all'art. 128, definisce i servizi sociali come “tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia”.

sociale (finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite e acquisite); b) le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (attività del sistema sociale che hanno l'obiettivo di supportare la persona in stato di bisogno, con problemi di disabilità o di emarginazione condizionanti lo stato di salute); c) le prestazioni socio-sanitarie ad elevata integrazione sanitaria (caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, ed attinenti prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da HIV e patologie in fase terminale, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative).

<sup>42</sup> Sul carattere “residuale” o “di chiusura” del diritto all'assistenza – inteso principalmente come pretesa che protegge quanto necessario al conseguimento di una esistenza dignitosa “escluso soltanto quanto è già oggetto degli altri diritti sociali” – e sulla relazione tra quest'ultimo, anche in termini di strumentalità, e gli altri diritti sociali si veda ancora PIOGGIA, *op. ult. cit.*, spec. p. 28, 71 e p. 212. Cfr. pure GUALDANI, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007.

<sup>43</sup> I termini della contrapposizione sono sintetizzati da MOLASCHI, *Universalità e selettività del sistema integrato di interventi e servizi sociali: riflessioni sulle criticità di un difficile equilibrio*, in *www.giustamm.it*, 11/2012, 3. Sull'estraneità all'impianto costituzionale italiano della filosofia welfaristica fondata sulla universalità e gratuità delle prestazioni volte a soddisfare i diritti sociali si veda CORSO, *Conclusioni*, in LIGUORI, ZOPPOLI, *La sanità flessibile*, cit., p. 192 che, riferendosi ai diritti sociali disciplinati nella prima parte della Costituzione, osserva: “I titolari del diritto appartengono ad una cerchia limitata di persone, caratterizzata dalla povertà”.

La definizione, successivamente trasfusa nella già cit. legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali – l. n. 328/2000 – attraverso il rinvio operato dal comma 2 dell’art. 1 di quest’ultima, se, da un lato, appare chiaramente orientata da un approccio universalistico del sistema di offerta delle prestazioni, correlato ad una “visione olistica della persona”<sup>44</sup>, dall’altro lato, esclude in maniera risoluta l’attrazione nell’ambito della categoria in parola di settori di attività tra loro disomogenei, quali la beneficenza pubblica, l’assistenza scolastica, la polizia urbana e rurale, l’assistenza sanitaria e ospedaliera, l’istruzione artigiana e professionale, i beni culturali<sup>45</sup>. Tali materie appaiono in linea di principio tuttora sussumibili all’interno della nozione di servizi sociali – se non altro per il fatto che il diritto positivo ha per il passato avallato tale opzione – a patto che ci si intenda preliminarmente sulla latitudine delle accezioni impiegate, e la nozione venga interpretata in senso ampio. In tal senso il quadro appare semplificato dall’impiego della locuzione “servizi alla persona” in termini alternativi rispetto a quella di servizi sociali<sup>46</sup>, utilizzata nell’evoluzione normativa successiva al 1998 per designare prestazioni essenzialmente riferite al comparto assistenza. A ben vedere, sono molteplici le questioni di ordine applicativo destinate ad emergere per effetto della impossibilità, che in concreto sovente si verifica, di tracciare una linea di confine netta tra gli ambiti che convivono nella categoria latamente intesa dei servizi sociali. Basti qui fare riferimento alle conseguenze, non solo teoricamente prospettabili ma realmente affiorate nel contenzioso costituzionale in materia, in corrispondenza delle alternative opzioni accolte dalla Consulta nel ricondurre ad un preciso titolo competenziale gli interventi legislativi nelle materie di volta in volta prese in considerazione. L’individuazione del soggetto titolato a legiferare ha, tra l’altro, assorbito parte significativa della riflessione giurisprudenziale in punto di diritti sociali<sup>47</sup>, ed occasionato una serie di acquisizioni

<sup>44</sup> Così MOLASCHI, *Universalità e selettività del sistema integrato* ..., cit., p. 5.

<sup>45</sup> Cfr. infatti l’art. 17 del d.P.R. n. 616/1977 che, in sede di trasferimento di funzioni a regioni ed enti locali, ha disposto che “sono trasferite alle regioni le funzioni amministrative dello Stato e degli enti di cui all’art. 1 nelle materie ‘polizia locale urbana e rurale’, ‘beneficenza pubblica’, ‘assistenza sanitaria e ospedaliera’, ‘istruzione artigiana e professionale’, ‘assistenza scolastica’, ‘musei e biblioteche di enti locali’, come attinenti ai servizi sociali della popolazione di ciascuna regione”.

<sup>46</sup> Cfr. *supra* nota 20. Sulla maggiore rispondenza della locuzione “servizi alla persona” ai precetti costituzionali si veda DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale*, Milano, 2004, p. 53 ss. Sul punto si veda altresì ALBANESE, *Diritto all’assistenza e servizi sociali*, cit., pp. 134-135.

<sup>47</sup> A questo proposito osserva infatti ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 14: “la definizione degli ambiti



rilevanti, come quella per esempio in tema di distinzione tra assistenza sociale e beneficenza<sup>48</sup>, fondata sulla natura, discrezionale o vincolata, delle valutazioni effettuate dall'organo erogante le prestazioni<sup>49</sup>, e successivamente stemperata dall'intervento legislativo delegato in sede di trasferimento di funzioni alle Regioni, attraverso l'ampia definizione di beneficenza pubblica tratteggiata dal d.P.R. n. 616/1977<sup>50</sup>. Gli esiti non univoci dell'operazione di cui si

rispettivi dell'assistenza e della beneficenza, pertanto, è stata trattata non al fine di individuare i diritti di cui i soggetti sono titolari, quanto ancora una volta per ragioni di tipo organizzativo, ossia per operare la distribuzione delle competenze fra soggetti pubblici chiamati a prestare e attività relative a tale materia”.

<sup>48</sup> Sulla quale cfr. *infra*. In ordine alla distinzione tra assistenza e previdenza, e alla sua perdurante attualità, si rinvia alla sintesi operata da PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, cit., 33 ss. La formulazione dell'art. 38 Cost. diede luogo a due orientamenti contrapposti, il primo incline a ricondurre a presupposti e destinatari differenti assistenza e previdenza, il secondo fondato su una interpretazione unitaria dei due commi della disposizione, entrambi tesi a delineare un sistema di sicurezza sociale. Tra le posizioni che hanno respinto una lettura “atomistica” dell'art. 38 Cost., sebbene sulla base di presupposti differenti, si vedano PERSIANI, *Commento all'art. 38 Cost.*, in *Comm. Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 232 ss. e GUARINO, *Brevi osservazioni in tema di Costituzione e previdenza sociale*, in GUARINO, *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, vol. II, Napoli, 1994, p. 235 ss. secondo il quale: “da una parte la Costituzione prende atto del sistema in vigore e, influenzata dall'orientamento dominante, considera complessi normativi separati quello attinente agli enti nazionali di previdenza e quello attinente agli enti locali di beneficenza e assistenza. Dall'altra parte la Costituzione, tralasciando ogni ulteriore considerazione dello stato presente, traccia le linee per una ricostruzione unitaria del fenomeno, secondo un piano generale nel quale la distinzione fra cittadino e lavoratore viene elisa perché superata”.

<sup>49</sup> È noto l'orientamento assunto dalla Consulta con la decisione n. 139 del 1.3.1972, nella quale, muovendo dalla diversa competenza, statale per l'assistenza e regionale per la beneficenza, sostenne che quest'ultima fosse caratterizzata dalla natura discrezionale delle prestazioni da erogare, e rivolta a “singoli individui che versino in stato di bisogno ... a prescindere da particolari status o qualifiche”, laddove l'assistenza sociale, da erogare da parte dello Stato a favore di categorie di soggetti determinate, si sostanziava in un'individuazione dei destinatari delle prestazioni basata su criteri oggettivi tali da “eliminare o ridurre entro limiti rigorosi ... la discrezionalità degli organi od enti erogatori così da rendere progressivamente concreto ed esigibile il relativo diritto. Rilievi critici alla decisione furono mossi da GIANNINI, *Il riordinamento normativo dell'assistenza*, in *RIMP*, 1975, p. 49; BASSANINI, *Per una politica regionale dei servizi sociali*, in ZUCCONI (a cura di), *I servizi sociali*, Milano, 1974, p. 146 ss. La sentenza rappresenta un *revirement* rispetto alle decisioni del 1965 (n. 27) e del 1968 (n. 29) in cui la Corte costituzionale aveva affermato che la “beneficenza e assistenza pubblica”, materia di competenza regionale, fosse finalizzata a favorire chiunque si trovasse in condizioni di bisogno a prescindere da particolari qualità personali, e che il medesimo contenuto dovesse essere attribuito all'art. 38, c. 1 Cost.

<sup>50</sup> Cfr. art. 22 del d.P.R. n. 616/1977 che riconduce alla beneficenza pubblica “tutte le attività che attengono, nel quadro della sicurezza sociale, alla predisposizione ed erogazione

discute, anche per la non agevole collocazione di alcuni ambiti materiali<sup>51</sup>, vanno contestualizzati in un quadro di distribuzione delle competenze legislative difforme rispetto a quello operante nel passato, contraddistinto dalla scomparsa della beneficenza pubblica dalla formulazione dell'art. 117 Cost. successiva alla riforma del Titolo V<sup>52</sup>; dall'assenza dell'assistenza sociale tra le materie espressamente contemplate come oggetto di potestà legislativa statale esclusiva o concorrente, e quindi dall'attrazione della stessa nella potestà legislativa residuale delle regioni; ed infine, dalla sottrazione allo Stato del potere di regolamentare i profili fondamentali della materia, se non attraverso la competenza esclusiva in materia di "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" e l'attuazione diretta, con legge, di principi costituzionali<sup>53</sup>.

di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche, sia in denaro che in natura, a favore dei singoli o di gruppi, qualunque sia il titolo in base al quale sono individuati i destinatari, anche quando si tratti di forme di assistenza a categorie determinate, escluse soltanto le funzioni relative alle prestazioni economiche". La definizione, "tale da ricongiungere beneficenza e assistenza, superando la lettura limitata e categoriale del relativo diritto" e rafforzarne il legame con l'eguaglianza sostanziale (PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, cit., 32), sottoposta allo scrutinio della Consulta (sent. n. 174/1981), per un preteso contrasto con le norme costituzionali che affidano allo Stato compiti di assistenza, oggetto appunto di trasferimento alle Regioni con il d.P.R. n. 616/1977, è stata giudicata legittima per il fatto che "lo Stato è in grado di incidere profondamente sull'attuazione" di questa nuova politica di linea sociale "sia con l'adozione di una legge-quadro sull'assistenza, sia, e soprattutto, con l'integrazione finanziaria degli organi ed istituti che debbono provvedere ai compiti previsti nell'art. 38".

<sup>51</sup> Si pensi alla produzione normativa in tema di asili nido, in passato ascrivita alla materia "assistenza e beneficenza pubblica" di competenza regionale (C. cost. n. 139/1985, in *FI*, 1986, I, 45) e successivamente ricondotta alla competenza concorrente in materia di istruzione (C. cost. n. 370/2003, in *LR*, 2004, p. 743 ss. con nota di FERIOLI, *Esiti paradossali dell'innovazione legislativa regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*).

<sup>52</sup> L'art. 117 nella formulazione precedente all'intervento di modifica recato dalla l. cost. n. 3/2001 contemplava la beneficenza pubblica quale materia accanto all'assistenza sanitaria e ospedaliera oggetto di competenza regionale concorrente. La stessa beneficenza non era dunque, a differenza della assistenza sociale, qualificata espressamente in termini di diritto sociale nella Parte Prima della Costituzione.

<sup>53</sup> È il caso della legge quadro n. 328/2000 cit. che ha nei fatti condizionato la produzione normativa regionale. In questo senso si vedano le considerazioni svolte da MATTIONI, *La legge-quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 3 ss.: "risulta ora utile l'analisi di quali siano gli istituti disciplinati dalla legge-quadro che dalla Costituzione sono direttamente o indirettamente imposti perché ciò si traduce oggettivamente nella ricerca di principi destinati comunque ad imporsi alla legge regionale, anche quando essa sia espressione di competenza

I profili qualificanti, ai quali si è fatto riferimento in precedenza<sup>54</sup>, si ripropongono in ogni caso nello studio di entrambe le accezioni di servizi sociali<sup>55</sup>: in primo luogo l'attivazione necessaria dei pubblici poteri per l'offerta delle relative prestazioni; la garanzia dell'intervento privato per ragioni che trascendono il riconoscimento della libertà di iniziativa economica e vanno, invece, ricondotte ad una dimensione solidaristica e personalistica; nonché la personalizzazione degli interventi. Appare così ancora valida l'individuazione di regole comuni a tutti i servizi sociali consistenti nell' "obbligo della collettività in primo luogo e corrispondente pretesa della persona in secondo luogo in ordine ai bisogni ritenuti essenziali dall'ordinamento, infine garanzia della presenza dei privati negli interventi relativi ai medesimi bisogni"<sup>56</sup>. Sullo sfondo di tale inquadramento continua a muoversi evidentemente la garanzia dei diritti sociali, categoria che conserva un valore distintivo rispetto alla erogazione di determinate prestazioni, nonostante le fondate acquisizioni del dibattito incline a superare, come si è già segnalato<sup>57</sup>, le assolutizzazioni sottese alla distinzione tra i diritti di seconda generazione e i diritti di libertà<sup>58</sup>. La perdurante validità della nozione può essere senz'altro ancorata al suo significato "minimo", e cioè alla correlazione a pretese "finanziariamente condizionate"<sup>59</sup>, sebbene la subordinazione di queste ultime all'esercizio di funzioni programmatiche ed organizzative rappresenti uno dei fattori di maggiore complessità<sup>60</sup>, soprattutto in tempi di crisi economica, e di incer-

esclusiva; i principi fondamentali della legge-quadro in quanto siano di attuazione di principi costituzionali continuerebbero a indirizzare e limitare la legislazione regionale".

<sup>54</sup> Cfr. *supra* par. 1.

<sup>55</sup> Cfr. MOLASCHI, *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, cit., p. 478.

<sup>56</sup> FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986, p. 93.

<sup>57</sup> Cfr. *supra* nota 10.

<sup>58</sup> In particolare ci si riferisce alla impossibilità di contrapporre in termini netti diritti che imporrebbero esclusivamente un divieto di astensione e diritti che richiederebbero prestazioni positive, posto che anche i primi "dipendono, nella realtà concreta, dall'organizzazione dello Stato", e che vi sono certamente diritti originariamente sociali che, anche per struttura, sono assimilabili ai diritti di libertà, atteggiandosi prevalentemente come diritti di difesa": LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., p. 24.

<sup>59</sup> In questa prospettiva MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *QR*, 1985, p. 54 ss.

<sup>60</sup> FERRARA, *Prestazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive degli utenti del Servizio sanitario nazionale*, in FERRARA, VIPIANA (a cura di), *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, p. 197 ss.; cfr. per la ricostruzione della relazione tra utente del servizio ed erogatore nel settore sanitario con riguardo al regime del convenzionamento F.G. SCOCA, *Origini e struttura della medicina convenzionata e natura nel rapporto*, in *NRL*, 1985, p. 193 ss.

tezza nella ricostruzione della consistenza della posizione giuridica fatta valere dal titolare<sup>61</sup>. D'altro canto il rischio di svuotare di contenuto la pretesa a ricevere le prestazioni in parola può essere fugato, secondo un ragionevole avviso, attraverso uno spostamento del fuoco di attenzione sui doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, muovendo altresì dal presupposto che “la solidarietà non è solo del singolo, ma costituisce un compito dell'amministrazione pubblica, su cui gravano doveri di protezione”<sup>62</sup>. Il mutamento di prospettiva sarebbe poi fondato sull'ambivalenza del ruolo esercitato dalle persone, “destinatari degli interventi e insieme soggetti attivi del sistema” in un contesto – popolato da pubblici poteri, singoli, nuclei familiari – di responsabilità per così dire diffusa<sup>63</sup>.

1.1.1. Servizio pubblico e servizio sociale: la relativizzazione della distinzione

La ricomposizione dei tratti distintivi dei servizi sociali, emersi dal dibattito intorno alle questioni terminologiche e alla delimitazione della categoria, suggerisce l'idea di una non completa sovrapponibilità tra il relativo modello e quello del servizio pubblico. I limiti della presente indagine non consentono neanche di richiamare la densa riflessione della scienza giuridica in ordine al concetto di servizio pubblico<sup>64</sup>, così ci si limiterà a svolgere non più che qualche notazione, utile a chiarire in che senso le due nozioni possano definirsi distanti.

<sup>61</sup> Cfr. MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, cit.: “la locuzione ‘diritti sociali’ si è così rivelata un'espressione atecnica, in quanto suscettibile di dissolversi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive: diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi o interessi di fatto a fronte delle scelte legislative o dell'esercizio della funzione di programmazione ed organizzativa degli apparati amministrativi”.

<sup>62</sup> Così MOLASCHI, *op. ult. cit.*

<sup>63</sup> Parla in questo senso di “Welfare delle responsabilità condivise” PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, cit., p. 77.

<sup>64</sup> Per alcuni riferimenti in tema, senza pretese di esaustività, si veda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, cit.; POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; ZUELLI, *Servizi pubblici ed attività imprenditoriale*, Milano, 1973; MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, 1970, p. 215; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, 2010; VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

Innanzitutto la doverosità che sorge in capo alla sfera pubblica in ordine alla garanzia di certe prestazioni, si presenta rispetto alle due categorie con un grado, per dir così, differente di immediatezza. Per i servizi che sono stati definiti sociali, infatti, le previsioni costituzionali in precedenza richiamate (artt. 32, 33, 34, 35 e 38) funzionano come un presidio per il destinatario della prestazione, nel senso che assicurano a quest'ultimo l'attivazione dei pubblici poteri per: tutelare la salute; istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi; curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori; provvedere in materia di assistenza e previdenza con organi e istituti predisposti o integrati dallo Stato. In sostanza la costituzionalizzazione dei relativi diritti sociali opera come un meccanismo utile a proiettare la posizione giuridica soggettiva dei singoli (i titolari) nella dimensione di tutela tipica dei diritti di libertà<sup>65</sup>, esplicitando l'obiettivo sotteso all'intervento pubblico. Questo argomento, tra l'altro, confermerebbe il valore relativo della distinzione, sulla quale ci si è intrattenuti in precedenza, tra diritti sociali e diritti di libertà. Diversamente, nella fornitura di quelle attività che si è soliti ricondurre alla nozione di servizio pubblico (energia, poste, trasporti, smaltimento rifiuti, distribuzione di acqua potabile, etc.) – e prescindendo per ora dalla differenza tra servizi pubblici e servizi di pubblica utilità – l'intervento pubblico deve anzi giustificarsi, e farlo nei limiti e negli spazi concessi a tal fine dalla Costituzione. Gli schemi di azione attingibili dai pubblici poteri sono evidentemente quelli declinati negli articoli 41 e 43 Cost., rispettivamente nel senso dei limiti negativi e positivi alla libertà di iniziativa economica individuale<sup>66</sup>, e del modello della riserva pubblica di

<sup>65</sup> Mette in rilievo il fatto che la costituzionalizzazione dei diritti sociali all'interno di alcuni ordinamenti giuridici costituisca un passaggio ulteriore rispetto alla redistribuzione della ricchezza operata secondo lo schema del *Welfare State*, PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, cit., p. 2: "L'inclusione dei diritti sociali nelle carte fondamentali li pone sul medesimo piano dei diritti di libertà, con i quali quindi, in caso di conflitto, vanno bilanciati secondo una ponderazione che trova comunque nei fondamenti costituzionali la guida per la ricerca di un punto di equilibrio".

<sup>66</sup> Cfr. LIGUORI, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, p. 89 ss. che, riferendosi all'art. 41 Cost., osserva: "La norma ruota intorno a tre cardini: il riconoscimento della libertà di iniziativa economica; la previsione di un limite negativo, quanto alle sue modalità di svolgimento, avendo riguardo all'utilità sociale nonché alla sicurezza alla libertà e alla dignità umana; la previsione di un limite positivo per quanto attiene alle sue finalità, potendo la legge indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività imprenditoriale (pubblica e privata)". Si rinvia allo stesso contributo anche per la ricostruzione dei divergenti orientamenti in ordine alla necessità di operare una lettura

attività (comunque economiche)<sup>67</sup>. È noto, infatti, come una delle maggiori perplessità sollevate nei confronti della lettura oggettivistica del servizio pubblico riguardasse proprio la dilatazione incontrollata della categoria semantica scaturente dal nesso istituito tra servizio pubblico e art. 41, c. 3 Cost., cioè dall'ancoraggio del servizio pubblico a profili qualificanti di natura oggettiva, quali l'attività economica e l'interesse generale o il fine sociale, responsabili di renderne difficile la distinzione rispetto a qualsiasi altra forma di intervento pubblico in economia<sup>68</sup>. È pertanto chiaro, se si tralasciano per il momento le coordinate giuridiche euro-unitarie – che, come si dirà, confermano questo paradigma argomentativo – che la stessa Costituzione repubblicana proponga, in relazione ai “servizi sociali” e ai “servizi pubblici essenziali”, presupposti fondativi dell'intervento pubblico diversi tra di loro, di guisa da far apparire nel primo caso la doverosità manifesta, e da rendere necessaria nel secondo caso l'esplicitazione dei fini in vista dei quali si agisce limitando le libertà economiche, e la successiva verifica di adeguatezza dei medesimi alla luce degli artt. 41 e 43 cit. A questo punto è più agevole comprendere perché ed in che limiti il diritto europeo confermi tale prospettiva ermeneutica. È a tutti noto il duplice filtro al quale l'art. 106 TFUE (già art. 86 TCE) sottopone l'ammissibilità di una misura pubblica collegata a vario titolo alla fornitura di un servizio di interesse generale. In estrema sintesi per l'ordinamento comunitario non è scontato che l'esercizio di un pubblico servizio si sostanzi in una deroga alle regole del mercato e della libera concorrenza – ed in questo passaggio il riferimento normativo si rivela più esplicito rispetto a quello interno – ma ove ciò avvenga, le stesse deroghe devono superare il c.d. *test* di necessità e proporzionalità, nel senso che l'applicazione delle regole sulla concorrenza deve in concreto esser tale da impedire l'assolvimento della missione di interesse generale affidata ad una impresa – a prescindere dalla sua natura

disgiunta o piuttosto unitaria dei commi 1 e 3 dello stesso art. 41: nel primo senso in particolare ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in RDA, 1949, p. 157 e ss.; e SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, spec. p. 40 e ss.; e nel secondo senso V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, spec. p. 105.

<sup>67</sup> In tema cfr. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in PD, 1992, p. 1 ss.

<sup>68</sup> Sul punto sia consentito rinviare ad ACOCELLA, *Pubblico e privato nei servizi pubblici. Il contratto di servizio*, Napoli, 2007, spec. p. 21 ss.

pubblica o privata – che eroghi un servizio di interesse economico generale, sicché l'azione della pubblica autorità di sostegno all'attività dell'impresa stessa deve risultare necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito<sup>69</sup>. Non è un caso che il rilievo più comunemente svolto fra chi si sia occupato del trattamento che il legislatore comunitario riserva ai servizi pubblici, individui la natura economica dell'attività come condizione minima affinché la stessa, quand'anche attività di servizio pubblico, divenga oggetto di specifica considerazione da parte del diritto UE. Dunque, le ragioni per cui sul punto convergono prospettiva interna ed europea risiedono nella circostanza che, in entrambi i casi, le disposizioni (della Costituzione economica) dei due ordinamenti preconizzano la necessità di mettere a confronto ed equilibrare il diritto di concorrere liberamente nel mercato con limitazioni (in senso negativo) e/o con il perseguimento di finalità di interesse generale (in senso positivo), che esigono un coinvolgimento pubblico<sup>70</sup>. In conclusione un problema di bilanciamento tra libertà economiche e realizzazione di fini non necessariamente economici<sup>71</sup> si pone solo laddove le prestazioni sulla cui organizzazione e fornitura si influisce siano riguardate come attività economiche, impregiudicata, per il momento la questione

<sup>69</sup> V. la sintesi operata da CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *DUE*, 2006, p. 453 ss., anche per l'evoluzione che si registra nella giurisprudenza comunitaria rispetto all'esegesi dell'art. 106 TFUE. In tema fondamentale si rivela il contributo di TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del trattato CE*, in *DUE*, 1996, p. 729 ss.

<sup>70</sup> Guardando al rapporto tra pubblici poteri e libertà economiche coglie la convergenza di prospettiva interna e prospettiva europea ("i pubblici poteri possono sostituirsi anche per intero al mercato e alla libertà economica dei privati quando ciò sia richiesto da esigenze pubbliche fondamentali. E questo vale sia per il diritto nazionale che per il diritto comunitario"), per farne derivare tuttavia un più "complicato rapporto" tra intervento pubblico e libertà di carattere non economico MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 13. Nega che l'attuazione dei principi comunitari si traduca necessariamente nell'adozione di un modello liberista tale da eliminare i contemperamenti previsti da norme di rango costituzionale, come quelle presenti nel nostro ordinamento giuridico, G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Studi degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, p. 242 ss.

<sup>71</sup> Muovendo dall'idea che l'intervento pubblico può esprimersi sia nella forma della regolazione economica che in quella della regolazione sociale, distinzione che emerge nella riflessione intorno all'intervento dei pubblici poteri occasionato, per un verso, da "disfunzioni prodotte della logica stessa del mercato", e per altro verso dal mancato raggiungimento di "scopi che il mercato non realizza perché sono estranei alla sua logica", TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, p. 5 ss.

della difficoltà di stabilire in maniera univoca ed a priori il carattere economico di una data prestazione. Dunque, a differenza dei servizi sociali, i servizi pubblici tendenzialmente si configurano come attività economica rispetto alla quale la pubblica amministrazione gioca un ruolo peculiare, ovvero garantire che la stessa sia “condotta in base a principi e condizioni che consentano di assolvere i compiti cui l’attività stessa è finalizzata”. Donde l’impossibilità di identificare i servizi pubblici con “qualsivoglia attività economica sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative”, e la necessità per converso di individuarne l’identità in “prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo istitutivo-organizzativo e/o di affidamento da parte della pubblica amministrazione”<sup>72</sup>.

Il secondo elemento di discriminazione tra le due tipologie di servizi in esame riguarda il ruolo del privato quale possibile erogatore delle relative prestazioni. Le riflessioni svolte in punto di giustificazione dell’intervento pubblico rendono evidente che quest’ultimo debba misurarsi con l’esercizio di un diritto di libertà economica, nel caso in cui intenda organizzare la fornitura di servizi pubblici. Nell’ipotesi in cui a venire in rilievo siano invece i servizi sociali, così come definiti in precedenza<sup>73</sup>, l’intervento privato è da ricollegare non già ad una libertà economica, quella di iniziativa e di competizione nel mercato nella prima assorbita, bensì ad una dimensione solidaristica che a sua volta, in forza del legame con il principio personalista<sup>74</sup>, si presenta più che come adempimento di un dovere, come esercizio di una libertà, quella di contribuire al benessere di persone in situazioni di bisogno. Infatti, un argomento per sostenere l’insopprimibilità della presenza privata in quest’area è senz’altro quello che collega l’intervento privato nell’offerta di servizi sociali all’“adempimento di doveri di solidarietà di cui all’art. 2 Cost.”<sup>75</sup>, ma rappresenta un passaggio ulteriore, e senz’altro condivisibile, il

<sup>72</sup> Cfr. CAIA, *I servizi pubblici nell’attuale momento ordinamentale (note preliminari)*, in SPA, 1/2005, p. 139 ss. che in realtà si riferisce specificamente ai “servizi di interesse generale” in uso nel diritto euro-unitario, locuzione di contenuto omologo rispetto a quella di “servizi pubblici”.

<sup>73</sup> Cfr. *supra* par. 1.1.

<sup>74</sup> Cfr. *supra* le considerazioni svolte al par. 1.

<sup>75</sup> In questo senso si veda MOLASCHI, *Sulla nozione di servizi sociali*, ... cit., che fa scaturire da tale assunto “l’estraneità della ricostruzione in oggetto all’ambito di applicazione dell’art. 43 Cost., posto che non è possibile impedire ai privati l’adempimento dei doveri di solidarietà sociale”.



tentativo di isolare nell'ambito delle espressioni di solidarietà fraterna, legate al ruolo esercitato dalla persona sia in quanto singolo che nelle formazioni sociali al fine di curare gli interessi comuni, quelle manifestazioni che non sono rivolte direttamente al progresso della società, risolvendosi in un dovere, quanto piuttosto al sostegno della persona meno fortunata, rappresentando, come evidente, un atto libero e spontaneo<sup>76</sup>. Questo argomento spiega condizionamenti altresì sulla prospettiva entro la quale collocare la sussidiarietà come *ratio* giustificatrice dell'intervento privato, o meglio di un intervento solo ausiliario dei poteri pubblici: per le ragioni esposte in precedenza la presenza pubblica non può essere relegata all'eventualità dei fallimenti del mercato<sup>77</sup>, come invece si può ammettere per i servizi pubblici.

Il terzo indice rivelatore di una distanza tra servizio pubblico e servizio sociale sembra da rinvenire nel beneficio che nelle due ipotesi il destinatario della prestazione riceve attraverso quest'ultima, profilo che influisce peraltro sulle stesse modalità di erogazione. Come in precedenza anticipato, i riflessi del principio personalista, ove ci si collochi nell'angolo visuale dell'utente del servizio, si sostanziano nell'esigenza di individualizzare l'intervento, se è vero che mediante la fruizione il titolare della pretesa (in questo caso, come si è visto, un diritto sociale) realizza la propria personalità e in parte comprende persino il suo stato di bisogno, il che sottende la peculiare natura dell'utilità che dall'intervento scaturisce. Appare, infatti, quanto meno problematico qualificare quest'ultima puramente e semplicemente in termini materiali, come è invece consueto fare per le attività di servizio pubblico, di talché preclusa è anche la strada della predeterminazione e della standardizzazione delle prestazioni, perché a venir meno è il presupposto di tali processi. Ed è noto come su questo punto parte della dottrina abbia fondato la differenza tra servizi economici e servizi alla persona, posto che "si considerano ordinariamente servizi economici quelli che sono diretti a soddisfare

<sup>76</sup> La prospettazione che si accoglie in questa sede lascia quindi da parte la dimensione "paterna" di solidarietà che giustifica essenzialmente "il prelievo fiscale che è funzione dello Stato e obbligo imposto ai consociati", e strumento attraverso il quale vengono finanziati i servizi sociali e redistribuita la ricchezza. In tema PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei diritti sociali*, cit., p. 36.

<sup>77</sup> Sulla corrispondenza della garanzia della presenza privata in questo settore con l'assenza del divieto di svolgere i servizi sociali si veda FERRARI, *I servizi sociali*, cit., pp. 92-93; sulla ammissibilità, all'opposto, dell'azione dei pubblici poteri solo nel caso di inadeguatezza del mercato si veda CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 32. Cfr. altresì *supra* nota 9.

esigenze degli utenti sufficientemente omogenee sotto il profilo qualitativo e che quindi possono essere costituiti da prestazioni sostanzialmente standardizzate e pertanto suscettibili di una produzione con tecniche industriali<sup>78</sup>. Rispetto a questo passaggio sembra ragionevole sostenere che il difetto di economicità sia una conseguenza del peculiare rapporto che si instaura tra erogatore e destinatario<sup>79</sup>, delle attese della fruizione da parte di quest'ultimo, delle esigenze sottese alla pretesa, più che una caratteristica intrinseca della categoria di servizi in esame<sup>80</sup>. L'esito di tale riflessione vale con l'avvertenza che una serie di attività che popolano la – non perfettamente omogenea – categoria dei servizi sociali si traducono in benefici economici standardizzati per l'utenza<sup>81</sup>, e che, in ogni caso, una parte dell'intervento, benché la meno qualificante, è rappresentata da una prestazione di base a carattere uniforme<sup>82</sup>.

Qualsiasi considerazione sulle differenze tra servizi pubblici e servizi sociali deve fare i conti anzitutto con il dato per così dire genetico che accompagna l'affermazione del concetto di servizio pubblico, che lo colloca nel contesto in cui l'esercizio delle funzioni di prestazione tese alla garanzia del benessere dei cittadini ha finito per assurgere a tratto caratterizzante il ruolo dello Stato, qualificandolo come Stato sociale. In sostanza la centralità del diritto sociale come posizione giuridica soggettiva intorno alla quale si costruisce la pretesa a fruire di una certa prestazione, finisce con il provocare un appiattimento dei servizi sociali sui servizi pubblici, o meglio un assorbimento dei primi nei secondi. Gli argomenti che confortano questa operazione vanno nella direzione della non fungibilità tra le figure di cittadino ed utente, o della già percorsa diversità strutturale tra diritti sociali e diritti di libertà<sup>83</sup>. In tale prospettiva coglie nel segno il pragmatismo della *soft law* eu-

<sup>78</sup> Così SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 163.

<sup>79</sup> PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, p. 76: “si tratta di particolari interventi e servizi che non possono che essere progettati e realizzati, se non dagli stessi destinatari, da chi è loro vicino, nei luoghi, negli ambiti di vita e di aggregazione sociale in cui si trovano, dalle famiglie e dalle altre formazioni sociali che sono loro prossime o comunque da strutture anche pubbliche altrettanto prossime”.

<sup>80</sup> Rilevo coerente tra l'altro col fatto che la natura economica dell'attività non è mai un fattore verificabile in termini assoluti.

<sup>81</sup> È questo il caso della previdenza e della edilizia economico-popolare secondo MOLA-SCHI, *op. ult. cit.*

<sup>82</sup> Cfr. PASTORI, *loc. ult. cit.*

<sup>83</sup> Si rinvia a tal proposito alla riflessione svolta da F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*,

ropea laddove si avvale delle locuzioni “servizi di interesse generale” e “servizi di interesse economico generale”, rendendo chiaro all’interprete, grazie alla (meccanica) apposizione dell’attributo dell’economicità – ed in coerenza con il principio per cui il più contiene il meno – che nell’ambito della prima categoria convivono attività come i grandi servizi a rete, nonché servizi sanitari, di istruzione, e altri servizi sociali. Il contributo in termini di chiarezza sulla questione del rapporto di continenza tra l’una e l’altra nozione, rischia di ridurre la questione delle reciproche differenze alla presenza o meno del carattere economico dell’attività, che non esaurisce, come si è cercato di dire, la riflessione in tema.

È evidente infine che l’impiego delle locuzioni e l’inclusione all’interno delle medesime di una serie di attività, ove dichiaratamente circoscritto all’ambito applicativo di una particolare disciplina, finisca con l’accrescere il valore relativo della distinzione in parola. Tradizionalmente considerata ipotesi esemplare in questo senso è l’elencazione dei servizi pubblici essenziali contenuta nell’art. 1 della legge n. 146/1990 sull’esercizio del diritto di sciopero. Si tratta come noto di un intervento che propone un’accezione di servizio pubblico particolarmente dilatata – in quanto modellata sulla finalizzazione alla garanzia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati<sup>84</sup> – in forza del quale la Consulta ha ascritto il servizio scolastico alla categoria del “servizi pubblici essenziali”, così da inferire l’operatività nel caso oggetto di scrutinio del principio di continuità di funzionamento del servizio, strumentale rispetto alla soddisfazione dei diritti fondamentali di studenti, famiglie e personale docente<sup>85</sup>.

cit., che muove dalla qualificazione dei diritti alla prestazione di un servizio pubblico come diritti non assoluti (caso dei diritti politici), ma finanziariamente condizionati (cfr. *supra* nota 59) per osservare che tale configurazione non necessariamente equivale ad affermare la programmaticità dei diritti sociali ma solo a “dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l’utente coincida col cittadino e conseguentemente che l’organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modello politico-rappresentativo”.

<sup>84</sup> Si veda infatti l’art. 1, c. 2, lett. a) a mente del quale va considerato servizio pubblico essenziale persino “l’amministrazione della giustizia, con particolare riferimento a provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione”.

<sup>85</sup> Cfr. C. cost., 13.1.2004 n. 13, in *FI*, 2004, I, 2666, con nota di COCCONI.

2. *Liberalizzazioni e “retorica liberista”. Il posizionamento dei servizi sociali (e sanitari) rispetto alla liberalizzazione. Un’introduzione*

Il ragionare di liberalizzazione e servizi sociali, dunque di spazi conquistati e/o conquistabili dal mercato e dalla concorrenza in un’area in cui vengano rese prestazioni finalizzate alla soddisfazione dei particolari diritti della persona qualificabili come diritti sociali, impone (anche solo) un rapido ritorno allo schema ricostruttivo di cui si intende verificare l’applicabilità al caso di specie. Ciò sulla scorta dell’avvertimento – di validità generale – in base al quale “senza schemi ricostruttivi si vedono gli alberi e non la foresta e, peggio, si rischia spesso di perdersi nell’intrico del bosco”<sup>86</sup>. Ora la fondamentale premessa dalla quale muovono le politiche pubbliche a favore della liberalizzazione, indipendentemente dal settore di attività in cui la stessa venga impiegata, è, come a tutti noto, l’efficienza dei mercati aperti alla concorrenza<sup>87</sup>, intesa nelle diverse dimensioni (di allocazione, produzione e innovazione) alle quali si è già fatto cenno<sup>88</sup>, di guisa da oggettivizzare la prospettiva di tutela e i benefici attesi dal sistema di tutela, nella direzione del superamento della sola libertà dell’imprenditore<sup>89</sup> sino all’inclusione della libertà delle imprese ancora non presenti nel mercato, nonché della “libertà dei consumatori”, approdo del resto coerente con la centralità del *Consumer Welfare* nell’applicazione del diritto europeo della concorrenza<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *DA*, 2/2010, p. 313 ss.

<sup>87</sup> Parla di una specifica ipotesi di carattere economico, riferendosi alla “efficienza dei mercati aperti alla concorrenza”, come leva per il cambiamento delle politiche pubbliche che incidono sull’economia TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 2.

<sup>88</sup> Cfr. *supra* nota 29.

<sup>89</sup> Si vedano già nel senso della valorizzazione delle regole di concorrenza come strumento di garanzia di efficienza del sistema GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Milano, 1997, p. 21 ss.; AMATO, *Il mercato nella costituzione*, ivi, p. 14 ss.; BOGNETTI, *La costituzione economica*, ivi, p. 84 ss.

<sup>90</sup> V. DE LA MANO, *For the customer’s sake: the competitive effects of efficiencies in European Merger control*, in *Enterprise Papers*, n. 11/2002, DG Imprese Commissione europea, par. 2.1.1.: “That the consumer is at centre stage in European competition policy is indisputable”. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 90 ss. nel riferirsi all’approccio del diritto comunitario osserva, infatti “per quest’ultimo non è centrale la libertà dell’imprenditore che pure è un presupposto condizionante l’esistenza stessa dell’economia di mercato. Ciò che conta è la libertà del mercato: il mercato come meccanismo organizzativo della produzione basato sulla competizione tra le imprese sul merito economico per il vantaggio generale. Il diritto della con-

Se il sistema di pesi e contrappesi delineato dalla Costituzione ha sin da subito reso evidente, nonostante il riconoscimento costituzionale della garanzia della libertà di competizione, l'impossibilità di assolutizzare i valori del mercato, attesa la doverosa assicurazione alle persone da parte dei pubblici poteri di condizioni di vita adeguate "indipendentemente dal rispetto delle logiche di mercato"<sup>91</sup>, e se, d'altra parte, i consumatori delle prestazioni coincidono, come nel caso di specie, proprio con i titolari dei diritti sociali, dovrebbe risultare ancor più agevole l'identificazione del benessere degli utenti come obiettivo finale della promozione di logiche concorrenziali in questo settore.

Senonché la linearità del modello sfuma dinanzi ad un doppio ordine di fattori: da un lato, l'antica resistenza verso l'applicazione delle teorie sul mercato concorrenziale ad un "oggetto apparentemente impossibile" come i servizi pubblici<sup>92</sup>, che, caduta di fronte a questi ultimi proprio in ragione della loro natura imprenditoriale, trova nuova linfa dinanzi a prestazioni che coinvolgono la personalità del destinatario e configurano in termini peculiari, come si è visto<sup>93</sup>, la doverosità dell'azione pubblica; dall'altro lato, la circostanza che non sempre al proposito di liberalizzare un certo ambito di attività fanno riscontro misure rispetto al medesimo congrue ed adeguate, o che, sotto speculare angolo visuale, gli interventi che proclamano politiche di liberalizzazione sono di frequente adottati anche solo al fine di consolidare

correnza europeo tende, dunque, alla preservazione di un assetto generale nel quale rileva, oltre alla libertà delle imprese presenti in esso, la libertà delle imprese che ancora non sono entrate in quel mercato e la libertà dei consumatori. ... In quest'accezione, la libertà d'azione in campo economico è una condizione dell'equilibrio, ma non è l'oggetto diretto della garanzia, che è invece da individuare nella struttura concorrenziale del mercato". Sul significato da ascrivere alla nozione di concorrenza e alla sua tutela giuridica si veda la riflessione ampia svolta da POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.

<sup>91</sup> Si veda LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., p. 88, che fa appunto riferimento al "diritto di cure gratuite per gli indigenti, all'istruzione inferiore gratuita, all'assistenza sociale, alla previdenza in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria".

<sup>92</sup> Così MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 314 nel riferirsi allo schema, formulato da Littlechild (LITTLECHILD, *Privatisation, competition and regulation*, London, 2000) di applicazione della concorrenza ai servizi pubblici economici, fondato sulla dissociazione fra demanio e gestione, sulla regolazione, sulla privatizzazione delle imprese esercenti servizi pubblici, e infine sul ruolo neutrale delle autorità indipendenti. In tema si veda POLICE, GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *SPA*, 2004, p. 824 ss.

<sup>93</sup> Cfr. *supra* par. 1.1.1.

l'idea di una inclinazione del sistema "favorevole al mercato" più che per determinare una effettiva trasformazione dei modelli di azione dei poteri pubblici nell'economia e quindi del rapporto Stato-mercato<sup>94</sup>. La perdita di autenticità delle misure di liberalizzazione<sup>95</sup> è fenomeno che si intreccia con l'aspirazione ad una affermazione diffusa delle dinamiche mercantili, giunta sino al tentativo di riforma costituzionale, che nel corso della XVI Legislatura puntava ad introdurre nella formulazione dell'art. 41 Cost. l'inciso "è permesso tutto ciò che non è vietato dalla legge"<sup>96</sup>, o all'adozione di disposizioni dal contenuto programmatico che ne hanno raccolto l'indirizzo, avallate dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>97</sup>. In certa misura poi il fenomeno delle liberalizzazioni-manifesto si radica e si nutre della stessa polisemia<sup>98</sup> del con-

<sup>94</sup> Nel riferirsi alle misure introdotte dal d.l. n. 1/2012, c.d. decreto "cresci Italia", conv. in l. 27/2012, e ricollegandoli agli interventi adottati nella manovra d'agosto 2011 per contrastare l'instabilità creditizia, parla di "vocazione *market friendly*" SALTARI, *Editoriale*, in *Munus* 1/2012. Sulla portata assunta dagli interventi di liberalizzazione per effetto del condizionamento spiegato da istituzioni sovranazionali sulla sovranità statale nel contesto della crisi economica cfr. NAPOLITANO, *Form the Financial to the Sovereign Debt Crisis: new Trends in Public Law*, in *RTDP*, 2012, p. 81 ss.

<sup>95</sup> RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *DE*, 3/2012, 522 coglie, infatti, nella recente produzione legislativa in tema di liberalizzazioni, accanto alla reiterazione "dello stesso disegno liberalizzatore in testi normativi che si susseguono l'uno all'altro a cadenze ravvicinate", la "formulazione programmatica ed enfatica delle disposizioni normative, che assumo quasi la valenza di un 'manifesto' di filosofia della liberalizzazione".

<sup>96</sup> Su cui cfr. LIGUORI, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, cit.

<sup>97</sup> Il riferimento è in particolare all'art. 3 del d.l. n. 138/2011 che "in attesa della revisione dell'art. 41 Cost." imponeva agli enti territoriali l'adeguamento dei rispettivi ordinamenti al principio, "secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", qualificato dallo stesso art. 3, c. 2 come "fondamentale per lo sviluppo economico" ed attuativo della "piena tutela della concorrenza tra le imprese". In ordine a tali previsioni la Consulta ha con la sent. n. 200 del 20.7.2012 negato il contrasto con la Costituzione qualificando le medesime in termini di disposizioni di principio (e non di regole) che per "ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza". Con la stessa decisione è stata, invece, dichiarata l'illegittimità costituzionale del c. 3 dell'art. 3 cit. nella parte in cui, disponendo la soppressione della disciplina incompatibile con il principio di liberalizzazione delle attività economiche, si è rivelata in grado di incidere sull'autonomia legislativa regionale. Sul punto si rinvia ancora a RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 524; nonché a CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in MANGANARO, TASSONE, SAITTA, *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, p. 126. Per inciso si tratta di disposizioni che consentirebbero di escludere dall'ambito di applicazione del principio l'area dei servizi sociali attraverso il richiamo agli obiettivi di salvaguardia della libertà, della dignità umana, e di evitare contrasti con l'utilità sociale. In questo senso cfr. pure art. 1, c. 1, d.l. n. 1/2012.

<sup>98</sup> Al carattere inevitabilmente indefinito della nozione, dovuto alla circostanza che si

cetto di liberalizzazione e dell'ampio spettro di modalità<sup>99</sup> attraverso le quali è possibile perseguire l'obiettivo ad essa sotteso<sup>100</sup>, e cioè la riduzione di restrizioni e requisiti all'esercizio della libertà d'impresa.

L'introduzione di meccanismi volti a stimolare la competizione nell'offerta di servizi sociali e sanitari pone una questione di individuazione della forma – nell'ambito dell'alternativa pubblico-privato – più idonea a dare attuazione ai diritti di cui si discute, ed è in linea di principio suscettibile di collocarsi a cavallo di più prospettive finalistiche (dal ricorso al privato per sostenere gli investimenti pubblici nei settori considerati; all'innesto nel pubblico di modelli ritenuti in linea di principio superiori in termini efficientistici; all'ampliamento dello spettro di scelta per i destinatari delle prestazioni) non necessariamente riconducibili in maniera immediata al benessere dei consumatori<sup>101</sup>.

L'applicazione di dinamiche concorrenziali (anche solo con riguardo a

tratta di una nozione di politica economica, si affiancano i profili giuridici del fenomeno che consentono di distinguere le varianti che incidono sugli ostacoli posti all'ingresso nel mercato, da quelle destinate a ridurre la regolazione e la pianificazione condizionante lo svolgimento di attività già libera: in tema DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *DE*, 2/2012, p. 305 ss., che qualifica quella operata nel settore farmaceutico come una liberalizzazione "impropria" attesa la sostanziale permanenza di barriere all'entrata.

<sup>99</sup> E.G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici sull'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008, p. 6.

<sup>100</sup> In particolare sulla distinzione tra liberalizzazione economica (che consiste nell'apertura ai privati di mercati ed attività dai quali erano prima esclusi) e liberalizzazione amministrativa (eliminazione di limiti, presupposti, barriere amministrative all'esercizio della libera iniziativa privata) si veda CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3492 ss. Nell'ambito della ampissima letteratura in tema, si rinvia in questa sede a TRAVI, *La liberalizzazione*, in *RTDP*, 1998, p. 645 ss.; LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, pp. 363-382; MANGANARO, TASSONE, SAITTA, *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, cit.; GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *DE*, 2012, p. 113; CERULI IRELLI, LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *DA*, 3-4/2000, p. 617 ss.

<sup>101</sup> Si pensi alla distinzione che a titolo esemplificativo si impone nel settore sanitario, tra la funzione svolta dai privati attraverso le prestazioni che si collocano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e sono quindi servizi forniti per conto e a carico del pubblico erario, e quella di erogazione di attività meramente private, rese al di fuori del servizio sanitario nazionale, oggetto di semplice regolazione economica, che incidono, tuttavia, in chiave positiva sul potere di scelta degli utenti, ponendosi per questi quale alternativa al servizio pubblico: cfr. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, p. 246.

segnati profili o a specifici segmenti di attività) nei settori indagati, muove dal presupposto che anche tali categorie di prestazioni possano essere rese all'esito di un'attività organizzata in forma di impresa, a conferma del carattere dinamico della caratterizzazione in senso economico dei processi presi in considerazione, ma va al contempo verificata avendo presente la distinzione tra fenomeni “giuridicamente rilevanti solo dal punto di vista delle libertà economiche” e fenomeni – cui va ricondotta l'erogazione di servizi sanitari e sociali – che rilevano “innanzitutto e in modo prevalente dal punto di vista delle libertà non economiche”<sup>102</sup>.

*2.1. Le due prospettive del diritto euro-unitario. La tutela dei diritti sociali al di fuori dello spazio di garanzia delle libertà economiche: il progetto di un'integrazione sociale. L'ancoraggio della rilevanza economica del servizio per l'applicazione delle regole del mercato interno e della concorrenza. La libertà di concorrere nell'affidamento dei servizi alla persona*

È constatazione comune quella secondo cui la territorialità nazionale costituisca la naturale dimensione di protezione dei diritti sociali, ciò sulla scorta di un basilare presupposto: la predisposizione dell'offerta dei servizi sociali – per i suoi caratteri di tendenziale universalismo, per il fatto di essere informata al principio solidaristico – non viene lasciata al funzionamento delle logiche di mercato, ed implica perciò un impegno economico finanziario dei poteri pubblici, che ha necessità di essere delimitato<sup>103</sup>. In termini speculari è sembrato doveroso sottrarre la realizzazione dei diritti sociali, per i tratti distintivi di cui si è in precedenza detto, alla spinta inarrestabile della “deterritorializzazione” dell'economia<sup>104</sup>. Per queste ragioni sono stati inizialmente tenuti fuori dal progetto di creazione di un mercato unico europeo i sistemi sociali nazionali. L'approccio di sostanziale indifferenza riservato dal legislatore comunitario delle origini al settore in esame, va evidentemente letto anche come opzione compromissoria, e quindi come una circostanza storica destinata a venir progressivamente meno per effetto del consolidamento del modello europeo di integrazione.

<sup>102</sup> Così MARZUOLI, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, cit., p. 15.

<sup>103</sup> GIUBBONI, *Diritti sociali e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

<sup>104</sup> Fenomeno “semplicissimo nelle sue cause astratte e molto complesso nei suoi effetti concreti” secondo LATOUCHE, *Il mondo ridotto a mercato*, Roma, 1998, p. 29.



Una prima tendenza affermatasi nel diritto comunitario è stata al riguardo quella di prescindere dalle ragioni della concorrenza, e quindi dall'esigenza di attrarre nel mercato unico le attività funzionali alla soddisfazione dei diritti sociali, per delineare una politica di coesione economica e sociale che, lungi dal comportare un condizionamento o una compressione delle scelte politiche nazionali, si è tradotta meramente in un sostegno – anche di tipo economico<sup>105</sup> – alla realizzazione degli obiettivi di coesione sociale fissati nelle politiche interne. Neanche l'ulteriore passaggio compiuto con l'adozione della Carta di Nizza che contempla espressamente i diritti sociali, ponendoli sul medesimo piano dei diritti di libertà, ha avuto riflessi in termini di necessaria attivazione delle istituzioni europee per la garanzia di tali posizioni, rimessa alle legislazioni nazionali.

Senonché esiste un ulteriore orizzonte nel quale si muove il diritto europeo, che è quello di guardare alle attività attraverso le quali viene garantita la cura dei diritti sociali, come distinte delle ordinarie attività di fornitura di prestazioni per il fatto di essere giudicate, sulla base di una valutazione politica interna allo Stato membro, strumentali al perseguimento di interessi generali. L'inquadramento, a cui si è fatto cenno, dei servizi sociali nella categoria dei servizi di interesse generale, impone di adottare uno schema ricostruttivo di questi ultimi “in chiave europea”<sup>106</sup>, e di ritenere, in forza di tale necessità, che esista “la questione del loro futuro per quanto riguarda il diritto europeo in materia di concorrenza”<sup>107</sup>. La prima forma di attrazione dei servizi in parola alle regole del mercato e della concorrenza si realizza per effetto della mobilità dei confini tra fenomeni a rilevanza economica e fenomeni privi di tale rilevanza. In altri termini, attesa la difficoltà di distinguere a priori le due specie di attività, non sarebbe sempre possibile stabilire con certezza che i servizi sociali rientrino nell'ambito della categoria dei SIG, e segnatamente nella sottocategoria dei servizi di interesse generale non economico. Lo schema, sperimentato per esempio in ipotesi di attribuzione di diritti speciali a favore di organizzazioni *non profit* affidatarie di servizi di rilevanza sociale, consente di ritenere applicabili le regole dell'evidenza pub-

<sup>105</sup> Si pensi ai Fondi strutturali.

<sup>106</sup> Sostiene tale necessità MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 314.

<sup>107</sup> Cfr. il Parere del Comitato economico e sociale sul tema “I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa”, in *Guce* 2001, C-311, p. 33 ss.

blica ove l'attività connotata da finalità sociali sia esercitata in forma di impresa. La recessività della tradizionale tendenza a sottrarre i servizi sociali all'applicazione al diritto comunitario degli appalti viene confermata in un'ulteriore ipotesi: quella in cui il servizio si presenti come attività a carattere essenzialmente non economico, per la prevalenza dell'elemento personalistico e relazionale, e il suo affidamento vada perciò sottoposto, non ad un vero e proprio confronto concorrenziale, ma a forme leggere di contenibilità, che diano comunque garanzia del rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e proporzionalità. Il modello è quello delineato per esempio nell'art. 27 del Codice dei contratti pubblici (con l'invito di cinque concorrenti se compatibile con l'oggetto del contratto)<sup>108</sup>.

### 3. *Il caso dei servizi sociali. Gli strumenti di inserimento nella rete di erogazione dei servizi: regolazione e concorrenza*

L'offerta di quelli che in precedenza sono stati identificati come servizi sociali in senso stretto, ovvero i servizi di assistenza, è tradizionalmente caratterizzata, come già sottolineato, da una presenza (quantitativamente) significativa dei privati, nelle più diverse configurazioni (aggregative ed individuali). Occorre sin da subito chiarire che in questo settore il principio di sussidiarietà orizzontale – che in senso economico equivale a circoscrivere l'intervento dei pubblici poteri alle ipotesi in cui il mercato non funzioni, o meglio a legittimare l'intervento pubblico in uno dei due casi tradizionalmente qualificati come fallimento del mercato, ovvero l'insufficienza dell'offerta in senso assoluto o alle condizioni ritenute accettabili per i consumatori<sup>109</sup> – non opera

<sup>108</sup> Si veda in tema CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *RIDPC*, 3-4/2007, p. 627 ss.; MICHARA, *I servizi sociali privati senza scopo di lucro e i principi del diritto comunitario*, in *RIDPC*, 5/2009, p. 1051 ss.

<sup>109</sup> Con riguardo a questo punto si è inteso prendere le mosse dalla distinzione operata da TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 5 tra “disfunzioni che sono il prodotto della logica stessa del mercato ... situazioni nelle quali la libertà di mercato porta alla formazione di monopoli o di cartelli e, con essi, sfocia nella soppressione o nella distorsione della concorrenza”, e “scopi che il mercato non realizza perché essi sono estranei alla sua logica, e per i quali non è possibile rivolgersi al mercato, anche se ben funzionante: questo accade, ad esempio, quando si intende rendere disponibili delle prestazioni ad un prezzo più basso di quello che risulterebbe dall'incontro della domanda con l'offerta”, riferendosi l'oggetto della presente analisi a tale seconda tipologia di casi. Sui fallimenti del mercato si veda pure NAPOLITANO, ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, spec. p. 63 ss.

nella sua massima espressione. In estrema sintesi sembra non potersi prescindere da un intervento pubblico in quest'area, quand'anche l'offerta da parte dei privati esaurisca la domanda di servizi assistenziali, perché il primo è chiamato ad esercitare non solo poteri per dir così di amministrazione in senso tradizionale – cioè predisposizione, organizzazione a monte delle prestazioni, coordinamento delle medesime, regolazione in senso lato – ma funzioni di servizio in senso stretto<sup>110</sup>, cioè di erogazione di utilità. In altre parole l'offerta pubblica di servizi sociali, in base ad un argomento che per molti versi ricalca quello tradizionalmente speso per l'istruzione pubblica, sarebbe idonea a fugare il rischio che il destinatario sia costretto a scegliere tra prestazioni tutte eticamente, ideologicamente o religiosamente orientate<sup>111</sup>. In ultima analisi il pieno dispiegamento del principio personalista, riferito al destinatario della prestazione, opererebbe riguardo a questo specifico tema radicando nella presenza pubblica un'ambizione di neutralità<sup>112</sup>. Questo appare come il primo oggettivo ostacolo al pieno svolgimento di logiche pure di mercato. La necessaria presenza pubblica peraltro, spogliata dalle sovrastrutture “teleologiche”, può essere letta, sul piano effettuale, come fattore che determina uno dei vantaggi tradizionalmente riconnessi alle dinamiche concorrenziali, e cioè l'ampliamento del ventaglio di scelta dal lato della domanda<sup>113</sup>.

Sotto speculari angoli visuali il divieto di monopolio pubblico in campo assistenziale, lungi dall'essere giustificato da ragioni genuinamente concorrenziali, appare strumento di espressione del principio personalista e di quello solidaristico, come si è già segnalato<sup>114</sup>, e va letto, dunque, non tanto nell'ottica di assicurare i benefici attesi di una economia di mercato, realiz-

<sup>110</sup> Con i limiti che la distinzione tra funzione e servizio pubblico esprime. Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte *supra*, nota 40.

<sup>111</sup> PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 171 riferendosi al diritto di ricevere assistenza osserva come questo “non potrebbe dirsi pienamente realizzato se l'assistenza fosse soltanto quella libera e privata. Anche laddove esistessero organizzazioni private che forniscono tutte le prestazioni necessarie, infatti, non potrebbe prescindere da un intervento pubblico idoneo a garantire, non solo una organizzazione e una regia del servizio che si accerti che tutti vedano soddisfatti i propri diritti nello stesso modo, ma anche che, accanto a fornitori privati ‘orientati’, esistono fornitori pubblici, ‘neutrali’, che ispirino la propria azione al principio di assoluta imparzialità”.

<sup>112</sup> Sul valore in certo modo illusorio della neutralità in materia di istruzione si veda quanto osservato da CORSO, *loc. cit. supra* nota 23.

<sup>113</sup> Cfr. art. 3, c. 4 l. n. 328/2000 a mente del quale “I comuni, le regioni e lo Stato promuovono azioni per favorire la pluralità di offerta dei servizi garantendo il diritto di scelta fra gli stessi servizi”.

<sup>114</sup> Cfr. *supra* note 15 e 75.

zando perciò, attraverso libertà delle imprese presenti sul mercato, libertà delle imprese all'ingresso nel mercato e libertà dei consumatori (esiti aggregati immediati), il funzionamento più efficiente del sistema economico nell'interesse generale (esito mediato o finale), quanto piuttosto nella prospettiva di assicurare l'esercizio di un diritto della personalità del fornitore dei servizi.

### 3.1. *La presa in carico*

Prima di spostare il fuoco di attenzione sull'esercizio di funzioni di regolazione in senso proprio, la cui convivenza – nella specie di regole condizionali incidenti sui rapporti tra privati finalizzate alla tutela di interessi collettivi – con la concorrenza non è solo un'ipotesi di studio<sup>115</sup>, si ritiene opportuno indugiare ancora sugli elementi del sistema che comportano le più vistose deviazioni dall'applicazione delle regole di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Accanto alla intrusione diretta del pubblico nel segmento erogativo, infatti, va in questo senso valutato l'istituto della “presa in carico” dell'utente quale strumento di alterazione del carattere spontaneo del processo di formazione della domanda, posto che si è di fronte ad un sistema di decodifica dei bisogni da parte del soggetto pubblico – stavolta indipendentemente dalla circostanza che sia questo poi a fornire effettivamente il servizio – la cui necessità si impone in ragione della debolezza connaturata al consumatore/utente<sup>116</sup>. Si tratta di uno strumento che va collocato nella cornice delle competenze delineata dalla legge-quadro nazionale, e della indiscussa centralità attribuita da questa all'amministrazione locale – confermando un dato valido su scala più estesa, caratterizzante la gestione

<sup>115</sup> La letteratura sul tema del rapporto tra regolazione e concorrenza è sconfinata. Ci si limita qui a rinviare a TESAURO, D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, spec. p. 40 ss. e p. 97 ss.; LALLI, *Concorrenza e regolazione*, in LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, cit., p. 303 ss. Per una efficace ricostruzione del dibattito in tema di regolazione pubblica si rinvia a CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi – Varenna, 18-20 settembre 2014, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it). Con riguardo all'impiego delle concessioni per la gestione di servizi come strumento di regolazione, si rivelano fondamentali le notazioni svolte da G. ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, cit., 239.

<sup>116</sup> Cfr. infatti il già cit. art. 1, c. 1, l. n. 328/2000 che individua tra le finalità del “sistema integrato di interventi e servizi sociali” la prevenzione, eliminazione o riduzione delle “condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia”.

dei servizi di rilievo economico<sup>117</sup> – in particolare a quella comunale che, in forma associata, esercita le funzioni di gestione dei servizi sociali in seno agli ambiti territoriali<sup>118</sup>. Ora, nel dettare disposizioni dal contenuto eterogeneo, l'art. 22 della l. quadro n. 328/2000 ha in primo luogo inteso fornire delle indicazioni utili alla definizione successiva (sostanzialmente mancata)<sup>119</sup> dei livelli essenziali delle prestazioni nei servizi sociali, che in concreto però si risolvono nella delineazione di una serie di ambiti materiali di intervento, destinati a svolgere una funzione di cornice delle singole prestazioni<sup>120</sup>, ed in secondo luogo ha definito un catalogo minimo di prestazioni (per tipo-

<sup>117</sup> “È constatazione di comune esperienza che l'amministrazione di servizio trovi la sua espressione fondamentale al livello locale”: LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 8.

<sup>118</sup> Di norma coincidenti con i distretti sanitari per espressa previsione legislativa: cfr. art. 8, c. 3, lett. a), l. n. 328/2000 che assegna alle regioni il compito di determinare, “tramite le forme di concertazione con gli enti locali interessati ... gli ambiti territoriali” ... “di norma coincidenti con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie”.

<sup>119</sup> Come è noto alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni avrebbe dovuto provvedere il Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali ai sensi dell'art. 18, c. 3 l. n. 328/2000. La dottrina ha registrato la convergenza della successiva Riforma costituzionale del Titolo V – che, con la riconduzione della assistenza sociale alle materie di competenza legislativa esclusiva delle Regioni, avrebbe fatto venir meno la competenza statale alla pianificazione in materia – con la legge finanziaria per il 2003, l. n. 289/2002 che all'art. 46, conservando una competenza statale in ordine alla definizione dei livelli essenziali, ha previsto che questi fossero disciplinati con D.P.C.M., anziché con il Piano nazionale. Di fatto l'unico intervento in materia, rappresentato dal Piano nazionale 2001-2003, si limita ad indicare dei principi ispiratori di una futura determinazione dei livelli e finisce comunque per riproporre le previsioni dell'art. 22, c. 4, l. n. 328/2000 quanto alla definizione di tipologie di servizi. In tema si veda BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economica sociale e territoriale*, in BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 27 ss.; SATTA, *Definizione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, Commento all'art. 22, *ivi*, p. 489 ss.; nonché MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

<sup>120</sup> Cfr. l'art. 22, c. 2, l. 328/2000 che elenca una serie di interventi costituenti “il livello essenziale delle prestazioni sociali erogabili sotto forma di beni e servizi secondo le caratteristiche ed i requisiti fissati dalla pianificazione nazionale, regionale e zonale, nei limiti delle risorse del Fondo nazionale per le politiche sociali, tenuto conto delle risorse ordinarie già destinate dagli enti locali alla spesa sociale”, e fra gli stessi annovera: misure di contrasto alla povertà; misure economiche per favorire la vita autonoma e la permanenza a domicilio di persone totalmente dipendenti; interventi di sostegno per i minori in situazioni di disagio; misure per il sostegno delle responsabilità familiari; misure di sostegno alle donne in difficoltà; interventi per l'integrazione dei disabili; interventi per le persone anziane non autosufficienti; misure di contrasto alle dipendenze; ed infine informazione e consulenza alle persone per favorire la fruizione dei servizi e “per promuovere iniziative di auto-aiuto”.

logie) di cui le Regioni sono chiamate con legge a imporre l'erogazione, nel quadro delineato dal comma 2 dell'art. 22, all'interno dei vari ambiti territoriali. È con tale seconda enumerazione che si concretizza una sorta di entificazione del servizio, nella misura in cui tra le tipologie di prestazioni a necessaria erogazione figurano le funzioni svolte dal "servizio sociale professionale" e dal "segretariato sociale". Occorre partire da quest'ultima, in quanto prima occasione di contatto dell'utente con il sistema integrato dei servizi sociali, che si sostanzia nell'informazione e nella consulenza in ordine ai servizi erogabili, alle risorse disponibili sul territorio interessato, alle modalità di accesso ai servizi; nell'orientamento dell'utenza anche ai fini della comprensione del proprio stato di bisogno; nell'accompagnamento dell'utenza nella fruizione delle prestazioni, nonché nella raccolta, nell'analisi e nel monitoraggio dei dati sull'offerta e sulla domanda di servizi. Di fatto si tratta di un ufficio, come emerge chiaramente anche dalla legislazione regionale<sup>121</sup>, e dalla individuazione della "porta unitaria di accesso", ad opera dello stesso Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali del 2001, quale strumento organizzativo attraverso cui i descritti compiti vengono adempiuti<sup>122</sup>. Non

<sup>121</sup> A titolo meramente esemplificativo si veda la legge regionale Campania n. 11/2007, art. 24, c. 1 che dispone: "In ogni ambito territoriale è istituito ed attivato almeno un servizio di segretariato sociale per facilitare l'accesso al sistema locale dei servizi, fornire orientamento e informazioni ai cittadini sui diritti e le opportunità, sui servizi e gli interventi presenti nell'ambito"; c. 2: "I comuni definiscono, con apposito regolamento e in conformità con gli indirizzi regionali, l'organizzazione territoriale, il funzionamento del segretariato sociale e il legame con il sistema dei servizi territoriali".

<sup>122</sup> A tal proposito il Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003 prevede che "sul piano organizzativo occorre quindi istituire in ogni ambito territoriale, definito ai sensi degli articoli 6 e 8, comma 3 lett. a), l. n. 328/2000, una 'porta unitaria di accesso' al sistema dei servizi, tale da essere accogliente nei confronti della più ampia tipologia di esigenze e tecnicamente capace di assolvere le funzioni sopra indicate". Ancora, l'art. 24 cit. della l. reg. Campania n. 11/2007 è non a caso rubricato "Il segretariato per la dignità e la cittadinanza sociale e la porta unica d'accesso ai servizi". Sull'attuazione in sede regionale di tale indicazione attraverso strutture variamente denominate ("ufficio di cittadinanza, porta unica sociale, sportello del cittadino, sportello sociale") si veda PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 169. Per seguire ancora il caso campano in ordine alla "entificazione" di ruoli e funzioni cui si è fatto riferimento, mette conto segnalare che nella Delib. G.R. Campania, n. 1317 del 31.7.2009, si prevede che "il segretariato sociale è un livello essenziale di assistenza di cui all'art. 5 della l. reg. n. 11/2007, da garantire ai cittadini e deve essere istituito in tutti gli ambiti territoriali ottimali", nonché che esso "è articolazione funzionale dei servizi sociali professionali ed orienta il cittadino verso gli stessi quando il problema rilevato lo rende necessario; può articolarsi in più sedi denominate Antenne sociali"; quanto alla porta unica di accesso (PUA) lo stesso provvedimento la definisce come "funzione

solo temporalmente ma idealmente successiva alla fase di raccolta e recepimento della domanda – che si snoda come si è segnalato, lungo i punti di accesso<sup>123</sup> della rete integrata dei servizi sociali – è quella della presa in carico, nella quale avviene una decodifica del bisogno di “secondo livello” in quanto esercitata dal servizio sociale professionale (anch’esso luogo e servizio, soggetto e funzione nel senso prima accennato)<sup>124</sup> preposto: a valutare in maniera puntuale il caso che gli viene presentato solo all’esito di una prima analisi, effettuata in corrispondenza della porta unitaria di accesso, che abbia già distinto tra bisogno esclusivamente sanitario, bisogno esclusivamente sociale e bisogno complesso, ovvero socio-sanitario<sup>125</sup>; ad individuare un intervento in concreto erogabile a favore del destinatario<sup>126</sup>; a predisporre un progetto personalizzato; ad attivare e a valutare *in itinere* l’intervento<sup>127</sup>. In realtà le

da attivare in ogni ambito territoriale in raccordo con i distretti sanitari, ... anello operativo strategico per il recepimento unitario della domanda di servizi sociali, sanitari e socio-sanitari”.

<sup>123</sup> Accedere ad un maggior livello di dettaglio può essere utile a tal riguardo, sicché si cita la delib. G.R. Campania n. 790 del 21.12.2012 che fa riferimento ad un’articolazione funzionale della PUA su due livelli: “un primo, di tipo operativo e rivolto al cittadino ... svolto dai Punti di Accesso che si occupano di attività di accoglienza, informazione, orientamento, accompagnamento, decodifica del bisogno con risposta di primo livello e inoltre ai servizi interni al sistema sociale e sanitario competenti per l’evasione di domande complesse”; ed un secondo “di tipo gestionale, garantito esclusivamente dalla Funzione di Coordinamento” che “sovrintende alle attività di raccordo tra i livelli istituzionali di riferimento (ASL/ambito territoriale), di indirizzo, di programmazione, di gestione delle risorse e di monitoraggio e di valutazione della quantità/qualità dei servizi erogati, attraverso la convergenza dei flussi informativi”. Nella stessa occasione sono state approvate le “Linee operative per l’Accesso Unitario ai servizi socio-sanitari Porta Unica di Accesso-PUA” allegate alla stessa D.G.R.C.

<sup>124</sup> Accanto alla previsione dell’art. 22, c. 4, l. n. 328/2000 cit., si pone quella a livello regionale (ancora assunto a paradigma è il caso campano), di cui all’art. 5, c. 1, lett. b) della l. reg. n. 11/2007 che prescrive “il servizio sociale professionale deve essere garantito da ogni comune, o tra di loro associati, dell’ambito territoriale”.

<sup>125</sup> A titolo esemplificativo nel caso campano la legge regionale prevede che “i servizi, le prestazioni e gli interventi sociali e sanitari integrati per le persone non autosufficienti sono programmati, prescritti e progettati in sede di Unità di Valutazione Integrata” (art. 37, c. 4). In questo senso le istanze che vengono raccolte e istruite dal Segretariato sociale in sede di porta unitaria di accesso sono destinate in alternativa o al servizio sociale professionale, o al servizio sanitario, o alla unità di valutazione integrata.

<sup>126</sup> Il Piano nazionale sociale del 2001 cit. a tal proposito opera appunto un riferimento congiunto alla “lettura e decodificazione della domanda” e alla “presa in carico della persona, della famiglia e/o del gruppo sociale” da parte del servizio sociale professionale”.

<sup>127</sup> Anche su questo punto le indicazioni provenienti dalla attuazione in sede regionale si rivelano particolarmente utili perché caratterizzate da un più elevato grado di analiticità: cfr. D.G.R. Campania n. 1317/2009 cit.

funzioni di cui si sta discorrendo, segnatamente quella di filtro all'accesso svolta dal segretariato sociale, nonché quella successiva di presa in carico come mezzo di rilevamento dei bisogni da soddisfare e di individuazione dei concreti modi per farlo da parte del servizio sociale professionale, pur non essendo tecnicamente situate tra le funzioni amministrative svolte dai comuni nel sistema assistenziale, né in particolare tra quelle di regolazione, si traducono in strumenti rispettivamente di controllo – nella misura in cui centralizzano l'accesso e rendono perciò superflui meccanismi, altrove in uso<sup>128</sup>, di contingentamento dell'offerta che incide sulla spesa pubblica perché a carico del comune – e di conformazione della domanda.

### 3.2. *L'iscrizione in albi dei soggetti del Terzo Settore*

Funge da raccordo con l'esercizio dei poteri di regolazione in senso proprio e quindi col tema dei vincoli condizionali all'esercizio della fornitura di servizi sociali, il sistema di precondizioni cui è complessivamente subordinato il successivo accesso “regolato” dei soggetti, di natura pubblica e non, alla possibilità di erogare i servizi. Esso si sostanzia nella previsione, trasversale alle diverse categorie dei privati operanti in campo sociale, della necessaria iscrizione dei medesimi in registri o albi. In questo senso il multiforme scenario dei privati che partecipano alla gestione e all'offerta dei servizi contempla ai sensi dell'art. 1, comma 5 della legge n. 328/2000 accanto a soggetti del terzo settore, i privati che operano a scopo di lucro (quindi imprese in senso proprio) sino ai nuclei familiari e al singolo individuo<sup>129</sup>. In particolare, con riguardo al settore del *non profit*, il D.P.C.M. del

<sup>128</sup> Sembra convincente l'avviso espresso su questo punto da PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 180, nel tracciare le differenti conseguenze dell'accreditamento nel settore sanitario e di quello in materia sociale, che non comporta “un contingentamento numerico dei soggetti accreditabili e la fissazione di quote di prestazioni”. Sull'individuazione degli aventi diritto alle prestazioni nel settore sociale caratterizzata in senso accentrato rispetto al carattere diffuso e frammentato del sistema di accesso ai servizi sanitari, si veda già ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 240.

<sup>129</sup> Cfr. l'art. 1, comma 5, l. n. 328/2000: “Alla gestione ed all'offerta dei servizi provvedono soggetti pubblici nonché, in qualità di soggetti attivi nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha tra gli scopi anche la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative



30.3.2001 che ha dettato gli indirizzi per la regolazione dei rapporti tra Comuni e loro forme associative e i soggetti ascrivibili al settore in esame, ai fini dell'affidamento dei servizi sociali, nonché in vista della loro partecipazione alle attività di programmazione e progettazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, contiene un'elencazione delle tipologie soggettive riconducibili al Terzo settore<sup>130</sup>, per ciascuna delle quali la disciplina speciale prevede l'istituzione da parte delle regioni di registri, condizionando alla iscrizione nei medesimi la possibilità di erogazione del servizio, nonché di partecipazione alla programmazione ed organizzazione del servizio<sup>131</sup>.

### 3.3. Autorizzazione e accreditamento

Venendo agli strumenti di regolazione del mercato dei servizi sociali, occorre preliminarmente distinguere tra una regolazione dell'intervento all'interno del mercato "libero" dei servizi sociali in quanto non sottoposto a programmazione, ed una regolazione dell'accesso al sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali, che è, invece, oggetto di una significativa attività di pianificazione e programmazione dell'offerta (che, come si è accennato, non si traduce necessariamente nel contingentamento in senso tecnico

delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata".

<sup>130</sup> Cfr. art. 2, del D.P.C.M. 30.3.2001 recante "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona previsti dall'art. 5 della legge 8 novembre 2000, n. 328": "Ai fini del presente atto si considerano soggetti del terzo settore: le organizzazioni di volontariato, le associazioni e gli enti di promozione sociale, gli organismi della cooperazione, le cooperative sociali, le fondazioni, gli enti di patronato, altri soggetti privati non a scopo di lucro".

<sup>131</sup> Per esempio, con riguardo alle organizzazioni di volontariato la l. n. 266/1991, art. 6 dispone che "1. Le regioni e le province autonome disciplinano l'istituzione e la tenuta dei registri generali delle organizzazioni di volontariato. 2. L'iscrizione ai registri è condizione necessaria per accedere ai contributi pubblici nonché per stipulare le convenzioni e per beneficiare delle agevolazioni fiscali"; in relazione alle associazioni e agli enti di promozione sociale la l. n. 383/2000, dopo aver disposto l'istituzione di un registro nazionale e demandato alle regioni il compito di istituire registri su scala regionale (art. 7) prevede (art. 8, c. 4) che "L'iscrizione nei registri è condizione necessaria per stipulare le convenzioni e per usufruire dei benefici previsti dalla presente legge e dalle leggi regionali e provinciali". Per la classificazione sul piano più generale delle organizzazioni non lucrative come "enti privati di privilegio", in considerazione del tradizionale riconoscimento alle medesime di un trattamento fiscale di favore e di altre misure di promozione, si veda G. ROSSI, *Le non profit organisations nel diritto pubblico italiano*, in PONZANELLI (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, p. 228.

di quest'ultima). Gli strumenti delineati per i due differenti tipi di regolazione sono rispettivamente l'autorizzazione e l'accreditamento. La prima è espressione di una funzione amministrativa di controllo dei requisiti per l'esercizio di una attività, quella di prestare assistenza, che è espressione di una libertà garantita dalla Costituzione, non in termini di pretesa di carattere economico ma di diritto della personalità; laddove il secondo è l'esito dell'esercizio di un potere di inserimento del soggetto richiedente all'interno del mercato<sup>132</sup> del "servizio pubblico" sociale, che comporta quale conseguenza la possibilità del gestore delle attività assistenziali accreditato di ottenere una remunerazione da parte dell'amministrazione pubblica. Si può quindi, con buona approssimazione, affermare che nell'adozione del primo provvedimento viene speso un potere di carattere tipicamente vincolato al quale corrisponde la titolarità in capo all'istante di una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo<sup>133</sup>, mentre alla consistenza del potere esercitato dall'amministrazione (di norma)<sup>134</sup> comunale nell'accreditare i soggetti erogatori,

<sup>132</sup> Sull'impossibilità di considerarlo un vero mercato si è già detto *supra* par. 1, ma si veda anche *infra* in questo paragrafo.

<sup>133</sup> La tesi, oggetto degli studi di Capaccioli e sviluppata successivamente da Orsi Battaglini, viene con segnato riferimento alle autorizzazioni commerciali esposta da MERUSI, *La teoria generale di Enzo Capaccioli nel dibattito amministrativo contemporaneo*, in *DA*, 4/2009, p. 873 ss.: "L'acquisita consapevolezza del fenomeno degli atti di verifica sui presupposti, sempre più frequente nella legislazione contemporanea, ha determinato una spaccatura dottrinale e giurisprudenziale della quale non si intravede ancora la soluzione finale almeno sul piano operativo: come evidenziato da Capaccioli l'atto vincolato alla verifica dei soli presupposti conduce inevitabilmente, sulla base dell'impostazione generale norma-fatto-effetti, ad affermare che di fronte ad un atto di verifica necessaria esiste un diritto soggettivo e non un interesse legittimo". Specificamente in merito alla natura del potere di autorizzazione all'esercizio dei servizi sociali si veda RENNA, *Autorizzazione e accreditamento*, Commento all'art. 11, in BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., p. 304: "è da escludere che esso possa avere carattere discrezionale. Dinanzi al potere amministrativo di consentire lo svolgimento dell'attività si staglia, infatti, la libertà di erogazione dell'assistenza sociale garantita dall'art. 38, c. 5, della Costituzione". Qualifica l'attività autorizzatoria svolta dai Comuni in quest'area come "un attività soltanto ricognitiva dell'esistenza di elementi di fatto" anche ALBANESE, *op. ult. cit.*, 208.

<sup>134</sup> L'art. 11, c. 3, l. n. 328/2000 dispone infatti che "I comuni provvedono all'accreditamento ai sensi dell'art. 6, c. 2 lett. c), e corrispondono ai soggetti accreditati tariffe per le prestazioni erogate", ma in alcuni casi la legislazione regionale prevede la competenza della regione (si veda il caso della Val d'Aosta e della Provincia di Bolzano) su cui PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 178.

che non appare altrettanto nitidamente delineata dalla disciplina di riferimento<sup>135</sup>, sembra far fronte una posizione giuridica soggettiva che, almeno con riguardo alla corresponsione di tariffe a carico dei bilanci pubblici per le prestazioni erogate, senz'altro non è di diritto.

Il dato positivo non pone particolari problemi per l'autorizzazione e pare confermare la prospettazione qui delineata. L'art. 11, c. 1, della legge quadro n. 328/2000 attribuisce carattere generale al provvedimento autorizzatorio, quanto al raggio soggettivo di applicazione della disciplina, posto che a doversene munire sono tanto i soggetti pubblici, quanto i soggetti privati di cui all'art. 1, c. 5, nonché in senso oggettivo, atteso che all'autorizzazione è subordinato sia l'esercizio dei servizi sociali in senso lato, sia l'esercizio delle strutture a ciclo residenziale o semiresidenziale. La necessità di un provvedimento di carattere autorizzatorio è direttamente ricollegabile alla presenza nel settore in esame, accanto ai diritti di libertà (soprattutto non economici) dei prestatori di servizi, delle pretese (al rispetto della dignità umana, allo sviluppo della persona) di cui sono titolari i destinatari delle prestazioni, anch'esse di significativo spessore, tanto che la garanzia delle medesime, a fronte dell'esercizio della libertà di prestare attività assistenziali, è oggetto di pubblico interesse<sup>136</sup>. Lo schema è con tutta evidenza quello della "valutazione di non contrasto" che opera quindi in negativo<sup>137</sup>, e fuga il rischio che l'esercizio dell'attività libera metta in pericolo diritti altrui<sup>138</sup>. In realtà in termini qualitativamente non dissimili dal controllo *ex ante* si configura il (complementare) controllo *ex post* che pure la legge nazionale affida ai Comuni in termini di vigilanza sul rispetto degli standard nell'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o privata, nonché sulla qualità delle prestazioni erogate<sup>139</sup>. I requisiti che il legislatore nazionale definisce per *relationem*, rinviando alla legislazione

<sup>135</sup> Si rinvia ancora a RENNA, *loc. ult. cit.*: "Spazi di discrezionalità amministrativa ... potrebbero sussistere in ordine all'ingresso dei soggetti interessati nel sistema integrato disegnato dalla l. n. 328/2000, ma non sono certamente tollerabili di fronte al diritto, costituzionalmente protetto, di ciascun soggetto al libero esercizio degli interventi e dei servizi sociali".

<sup>136</sup> Differente dall'interesse pubblico che emerge, come si dirà, in sede di accreditamento.

<sup>137</sup> Connotato evidenziato da RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *RISG*, 3/1894, p. 317. Per i risvolti sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, in *DDP*, Torino, 1988, p. 60.

<sup>138</sup> Sul punto si veda ALBANESE, *Diritto all'assistenza e diritti sociali*, cit., p. 206.

<sup>139</sup> Cfr. art. 6, c. 2, lett. c), l. n. 328/2000.

regionale che “recepisce e integra, in relazione alle esigenze locali, i requisiti minimi nazionali determinati ... con decreto del Ministro per la solidarietà sociale”<sup>140</sup>, di fatto il d.m. n. 308 del 21.5.2001, funzionerebbe in tal senso anche come vincolo per le Regioni, impedendo alle medesime di “introdurre elementi discrezionali nelle fattispecie autorizzatorie”<sup>141</sup>, consentendo loro di converso di alleggerire il modello attraverso la previsione di un controllo successivo secondo il noto schema dell’art. 19 della l. n. 241/1990<sup>142</sup>.

Rispetto alla ricognizione di una serie di requisiti di base – ubicazione geografica idonea a garantire l’accessibilità; disponibilità di spazi utili allo svolgimento di attività; presenza di figure professionali qualificate, etc. – determinante per il rilascio dell’autorizzazione, l’accreditamento si configurerebbe come un controllo in positivo, perchè funzionale a garantire la rispondenza delle attività, che i soggetti già autorizzati<sup>143</sup> intendono svolgere, all’interesse pubblico, stavolta inteso quale risultato di una ponderazione di interessi in cui le priorità di intervento vengono commisurate anche alle disponibilità finanziarie dell’amministrazione, confluendo nella c.d. programmazione del fabbisogno di prestazioni. In effetti nella laconicità e oscurità delle previsioni che la legge n. 328 del 2000 dedica all’accredita-

<sup>140</sup> Art. 11, c. 1, l. n. 328/2000 cit. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 306 ss. esprime delle perplessità in ordine al meccanismo scelto per la determinazione dei requisiti minimi, non solo alla luce del mutato quadro costituzionale dopo la novella del 2001, ma anche sotto il vigore del vecchio art. 117 Cost. Propensa ad ascrivere alla competenza residuale delle regioni tali aspetti DI LASCIO, *La legislazione regionale in materia di assistenza sociale dopo la riforma del titolo V*, in GDA, 7/2003, p. 684; incline, all’opposto, a sostenere la permanenza in capo allo Stato di tale competenza anche dopo la riforma del Titolo V ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 201.

<sup>141</sup> L’opzione accolta, a titolo esemplificativo, nella regione Campania è stata quella di dettare una serie di “requisiti comuni” attraverso il Reg. del 7.4.2014 n. 4 di attuazione della legge regionale n. 11/2007 cit., e di lasciare la fissazione di “requisiti specifici” ad un “catalogo dei servizi residenziali, semiresidenziali, territoriali e domiciliari” approvato con D.G.R. n. 107 del 23.4.2014.

<sup>142</sup> Questo è il condivisibile avviso espresso da RENNA, *op. ult. cit.*, pp. 304–305. La possibilità di sostituire l’atto autorizzatorio con una comunicazione di inizio attività sottoposta a controllo successivo è stata concretamente colta dalla Puglia (l.r. n. 19/2006), Toscana (l.r. n. 45/2005) e dalla Lombardia (l.r. n. 3/2008), nonché dalla Campania, che ha previsto solo per una serie di servizi domiciliari e territoriali indicati nel catalogo (D.G.R.C. n. 107/2014 cit.) la possibilità di presentare una SCIA (cfr. art. 7, Reg. n. 4/2014 cit.).

<sup>143</sup> Sulla naturale presupposizione dell’autorizzazione rispetto all’accreditamento si veda PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 178, e per il percorso esecutivo attraverso il quale giungere al descritto esito RENNA, *op. ult. cit.*, pp. 317–318.

mento<sup>144</sup>, una ancorché minima indicazione proviene dal riferimento presente nel comma 3 dell'art. 11 alla “programmazione regionale e locale” che potrebbe ragionevolmente ritenersi operante tanto con riguardo all'accREDITAMENTO quanto alla corresponsione delle tariffe per le prestazioni erogate.

Nella configurazione dell'accREDITAMENTO come strumento di regolazione, che si sostanzia però, a differenza dell'autorizzazione, in un orientamento dell'attività oggetto di scrutinio all'interesse pubblico, non può non considerarsi come la disciplina che ad esso si riferisce prefiguri in certa misura un suo impiego in senso “forte”, ove fa riferimento per il rilascio dello stesso all'adozione della carta dei servizi<sup>145</sup>. Con tale passaggio si consente una valutazione sulla conformità alla logica del servizio pubblico delle prestazioni che il soggetto si impegna ad erogare, alla luce delle priorità (in termini di standard, procedure, modalità di erogazione) pure oggetto di programmazione. È altrettanto evidente che nelle ipotesi in cui la legislazione regionale subordini anche il rilascio dell'autorizzazione all'adozione della carta dei servizi da parte del richiedente<sup>146</sup>, la valutazione condotta dall'amministrazione abbia ad oggetto la mera adozione della carta, e non coincida con il controllo incisivo sui contenuti al quale ora si sta facendo riferimento, a meno di non mettere in crisi lo schema teorico – al quale qui si aderisce – che ricostruisce il rilascio del provvedimento autorizzatorio in termini di esercizio di poteri vincolati.

Tornando alla questione dello spessore del potere speso dall'amministrazione in fase di accREDITAMENTO, e conseguentemente della natura della posizione giuridica soggettiva dell'aspirante all'accREDITAMENTO, essa è a ben vedere suscettibile di scomporsi in una serie di ulteriori questioni, perché in realtà dall'aspettativa ad essere accREDITATO può essere distinta in linea di principio – e in via di fatto ove la legislazione regionale abbia previsto ulteriori condizioni per fruire della remunerazione – l'aspirazione ad essere inserito nel quadro del fabbisogno di prestazioni programmato<sup>147</sup>. In altri termini po-

<sup>144</sup> Dato su cui convergono le posizioni degli autori che si sono occupati di tale tema: si veda in particolare RENNA, *op. ult. cit.*, p. 318; ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 203.

<sup>145</sup> Cfr. art. 13, c. 3, l. n. 328/2000.

<sup>146</sup> È il caso della l. reg. Campania, n. 11/2007 cit., art. 26, c. 3.

<sup>147</sup> Questo l'esito che sembra doversi trarre dalle considerazioni di ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 209: “se è indiscutibile l'esistenza di un diritto (costituzionalmente garantito dall'ult. comma dell'art. 38) dei privati a svolgere liberamente attività assistenziale ... non può invece affermarsi, neppure alla luce del principio di sussidiarietà, un loro diritto alla corresponsione delle tariffe a carico

trebbe non avere senso, o comunque nascondere un falso problema, parlare di un diritto all'accREDITAMENTO sulla base dei requisiti fissati dalla legislazione regionale<sup>148</sup>, se come sembra, il nodo cruciale è quello che investe la pretesa a vedersi corrispondere tariffe a carico dei bilanci pubblici per le prestazioni erogate<sup>149</sup>, e la soddisfazione di questa dipenda da atti che non conseguono automaticamente all'adozione del previo accREDITAMENTO<sup>150</sup>, bensì a passaggi caratterizzati dalla spendita di discrezionalità amministrativa<sup>151</sup>, addirittura, come si verifica di norma, attraverso il canale consensuale. Questo sarebbe infatti il senso della frequente previsione di convenzioni di cui è necessario che i soggetti accREDITATI siano parte per accedere alla successiva remunerazione delle prestazioni. In linea di principio la questione potrebbe porsi in termini speculari, nel senso che la legislazione regionale potrebbe subordinare a monte la stessa possibilità di accREDITAMENTO (e non solo la successiva remunerazione delle prestazioni erogate dai soggetti accREDITATI) alla programmazione dei volumi<sup>152</sup>. L'opzione generalmente ac-

dei bilanci pubblici, se non in forza del loro accREDITAMENTO e del successivo inserimento da parte degli enti pubblici della loro attività nel quadro del fabbisogno di prestazioni programmato”.

<sup>148</sup> O direttamente o solo in linea generale, posta la frequente integrazione puntuale da parte delle giunte regionali. Talvolta la disciplina dei requisiti per l'autorizzazione e l'accREDITAMENTO viene demandata a regolamenti regionali di attuazione: per questo caso si veda l'esempio della Regione Campania, l. reg. n. 11/2007, art. 8, c. 1, lett. d).

<sup>149</sup> Appare utile a questo proposito riportare a titolo esemplificativo la previsione del Regolamento di attuazione della l. regionale Campania n. 11/2007 cit. che definisce l'accREDITAMENTO (art. 2, c. 1, lett e): “provvedimento che abilita all'esercizio dei servizi il cui costo si pone, in tutto o in parte, a carico della pubblica amministrazione”.

<sup>150</sup> Si veda l'argomento svolto in proposito da RENNA, *op. ult. cit.*, p. 319 secondo il quale: “anche su questo argomento si può allora riscontrare come il comma in esame sia ermetico, non occupandosi in alcun modo, tra l'altro, dei nessi fra i provvedimenti di accREDITAMENTO e la nascita del diritto dei soggetti accREDITATI alla corresponsione delle tariffe previste per le prestazioni erogate”.

<sup>151</sup> Prefigura l'esercizio di poteri discrezionali anche per l'ipotesi che l'amministrazione accrediti volumi di attività in eccesso rispetto ai fabbisogni programmati RENNA, *loc. ult. cit.*

<sup>152</sup> Si rinvia allo studio effettuato a questo proposito da PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 180, che riferisce di casi (Regione Marche) in cui l'accREDITAMENTO, strettamente collegato ai limiti della programmazione, sia di per sé sufficiente a consentire l'erogazione da parte dei privati di prestazioni a carico del bilancio pubblico. Soluzione quest'ultima accolta anche in Lombardia dove i privati sono “ammessi alla fornitura di servizi attraverso il solo accREDITAMENTO, senza necessità di ulteriori e successivi accordi”. Esclude invece la sufficienza del solo accREDITAMENTO per l'inserimento dei soggetti all'interno del sistema integrato ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 237 in ragione del richiamo operato dall'art. 1, c. 5, l. n. 328/2000 alla “realizzazione concertata degli interventi” tra i soggetti privati contemplati dalla norma e l'amministrazione.

colta dalle Regioni pare andare nella prima delle direzioni indicate, ed è indicativa a tal proposito la previsione contenuta nell'ultimo Regolamento di attuazione della legge regionale della Campania sui servizi sociali a mente della quale "l'accreditamento non comporta in capo ai soggetti pubblici alcun obbligo a instaurare con i soggetti accreditati rapporti contrattuali per l'erogazione di interventi e servizi sociali e per la fornitura di prestazioni"<sup>153</sup>. Appare in ogni caso evidente come la modulazione dello strumento dell'accreditamento abbia riflessi diretti sulla dose di concorrenza presente nel settore, posto che un impiego per così dire puro dello strumento consentirebbe ad una pluralità di operatori di erogare le relative prestazioni senza la necessità di espletare ulteriori passaggi di natura convenzionale, esponendo però gli stessi – sempre nell'ipotesi che l'accreditamento stesso non sia collegato ai limiti della programmazione – al rischio di non essere remunerati per le prestazioni erogate in eccesso rispetto al volume di attività programmato<sup>154</sup>. Come è stato opportunamente colto, infatti, il valore da attribuire alla regolazione nel settore dei servizi sociali per il tramite dell'accreditamento alla loro fornitura è duplice: da un lato, essa si riferisce al possesso di determinati requisiti, dall'altro, alla necessità di inserimento nella programmazione regionale<sup>155</sup>. In definitiva, comunque, un uso dell'accreditamento funzionale all'estensione del numero degli attori dal lato dell'offerta<sup>156</sup> risulta vantaggioso per gli assistiti in termini di potere di scelta delle prestazioni garantite tra diversi soggetti erogatori.

<sup>153</sup> Così l'art. 10, c. 7 del Reg. G.R. Campania del 7.4.2014 n. 4 cit.

<sup>154</sup> In considerazione di tale eventualità pare pertinente il rilievo svolto da RENNA, *op. ult. cit.*, 319 secondo il quale "pochi soggetti, in particolare, potranno permettersi di erogare prestazioni agli utenti del servizio pubblico con il rischio che una quantità di dette prestazioni potrà non essere remunerata".

<sup>155</sup> ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 211.

<sup>156</sup> ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 239 sottolinea come nel settore dei servizi sociali, a differenza che nel settore sanitario, l'accreditamento, quand'anche collegato alle esigenze di programmazione, non sia utilizzato propriamente come un mezzo di contingentamento dell'offerta, per ragioni legate alla peculiarità di questo settore: in primo luogo la classica insufficienza dell'offerta pubblica, che rende improbabile uno spreco di risorse, a fronte di una forte presenza del privato nel settore, e in secondo luogo la strutturale assenza di un mercato atteso la tendenza a fornire servizi indipendentemente da moventi di natura economica e l'impossibilità di costruire la domanda sulla propensione a pagare degli utenti, che si trovano spesso in condizioni economiche difficili. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 179: "In conseguenza di ciò non appare necessario regolare l'offerta di servizi per contenerne la dimensione e regolare con ciò anche la domanda".

Peraltro mette conto sottolineare come non necessariamente la presenza di un passaggio consensuale successivo all'accreditamento e allo stesso collegato vada letto come un fattore limitante la concorrenza tra gli erogatori. La prospettiva ermeneutica in cui si muove chi sostiene che la conclusione di accordi tra l'amministrazione e il soggetto accreditato sia un elemento non disponibile dalla legislazione regionale, in quanto imposto dalla disciplina di riferimento nazionale<sup>157</sup>, è quella di negare che il modello convenzionale sottenda un passaggio di testimone tra l'amministrazione e l'erogatore, o altrimenti detto, la riserva dell'attività oggetto del contratto, sulla falsariga di quanto accade per i servizi di rilevanza economica, e di affermare che tale modello anzi prelude ad un ampliamento dell'offerta delle prestazioni, "che si voglia o no ingabbiare la qualificazione dell'accreditamento nella struttura degli atti concessori"<sup>158</sup>.

Queste ultime due considerazioni consentono di spostare l'attenzione sul tema degli affidamenti dei servizi sociali, pure contemplato dalla legislazione nazionale e regionale applicabile al settore in esame. Il dato positivo da cui muovere è rappresentato in particolare da una previsione riferita

<sup>157</sup> Plurime sarebbero le indicazioni normative che inducono a questo esito per ALBANESE, *loc. ult. cit.*: il riferimento dell'art. 1, c. 5, l. n. 328/2000 cit. alla "realizzazione concertata degli interventi"; l'art. 5 del D.P.C.M. del 30.3.2001 sui sistemi di affidamento dei servizi sociali cit., che stabilisce che "i Comuni stipulano convenzioni con i fornitori iscritti nell'elenco di cui al comma 2, anche acquisendo la disponibilità del fornitore alla erogazione di servizi e interventi a favore dei cittadini in possesso dei titoli". Sul punto mette conto evidenziare come, sebbene la disposizione da ultimo richiamata rientri in una normativa di attuazione dell'art. 5, c. 2 della l. n. 328/2000 che fa specifico riferimento all'ipotesi dell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore, la stessa – essendo rubricata "Acquisto di servizi e prestazioni", e distinguendosi perciò dall'art. successivo (art. 6) che è invece rubricato "Affidamento della gestione dei servizi" – possa ragionevolmente riferirsi proprio alle convenzioni che normalmente succedono all'accreditamento per regolare i rapporti tra amministrazione e gestore, ed impegnare lo stesso nei confronti dell'utenza.

<sup>158</sup> ALBANESE, *Diritto all'assistenza e diritti sociali*, cit., p. 248 e p. 238: "a differenza dalle concessioni di servizio, infatti, l'accreditamento nei servizi sociali non sembra finalizzato ad una privatizzazione di attività già svolte da amministrazioni pubbliche che, conseguentemente, smettono di svolgerle". Secondo l'A., infatti, l'accordo – utile a definire tutta una serie di aspetti ulteriori (puntuale indicazione della tipologia delle prestazioni erogabili, profili economici, modalità di controllo) secondo il modello del contratto di servizio – si inserirebbe in una sequenza (accreditamento–accordo) utile a distinguere l'erogazione dei servizi sociali all'interno del sistema integrato, che è un esercizio in collaborazione con l'amministrazione, da quello del tutto libero in forza del diritto riconosciuto ex art. 38 Cost. Per la qualificazione del rapporto tra titolare del servizio ed erogatori nel settore sanitario con riguardo alle convenzioni di cui alla l. n. 833/1978 si veda F.G. SCOCA, *La medicina convenzionata*, in *Ragiusan*, 1984, n. 1, p. 112 ss.



espressamente ai soggetti del Terzo Settore e contenuta nell'art. 5 della l. n. 328/2000 a mente del quale: "Ai fini dell'affidamento dei servizi previsti dalla presente legge, gli enti pubblici, fermo restando quanto stabilito dall'art. 11, promuovono azioni per favorire la trasparenza e la semplificazione amministrativa nonché il ricorso a forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità, avvalendosi di analisi e di verifiche che tengano conto della qualità e delle caratteristiche delle prestazioni offerte e della qualificazione del personale". In attuazione di tale previsione il D.P.C.M. del 20.3.2001 cit. all'art. 6, rubricato appunto "Affidamento della gestione dei servizi" demanda anzitutto alle regioni il compito di adottare atti di indirizzo al fine di regolamentare i rapporti tra Comuni e soggetti del Terzo Settore nell'affidamento dei servizi alla persona, rinviando con una clausola aperta alla disciplina nazionale e comunitaria delle procedure di affidamento; in secondo luogo individua l'indizione di procedure ristrette e negoziate come opzione preferibile per l'affidamento ai privati *non profit*, perché ritenute in linea di principio quelle più idonee a consentire l'espressione della progettualità di tali soggetti; per lo stesso ordine di ragioni indica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come quello più adeguato perché idoneo a selezionare valorizzando le esigenze di qualità e di personalizzazione dei servizi in parola e a non sacrificarle in ragione della necessità di operare a costi bassi; inoltre individua come contenuto necessario dei contratti che accompagnano l'affidamento l'indicazione delle forme e delle modalità di verifica dell'adempimento<sup>159</sup>. Le ragioni per cui il legislatore contempla in modo espresso unicamente l'affidamento ai privati del terzo settore sono da ricondurre alla preoccupazione di chiarire che nei loro confronti, trattandosi di soggetti che tendenzialmente operano al di fuori di meccanismi mercantili, l'applicazione delle regole della concorrenza valga in misura circoscritta e nei termini (procedure e criteri di selezione) di cui si è detto<sup>160</sup>. L'affida-

<sup>159</sup> In realtà il D.P.C.M. fa riferimento fra gli elementi da valutare ai fini della selezione per l'affidamento ai soggetti del Terzo Settore: alla formazione, qualificazione ed esperienza professionale degli operatori coinvolti; alle modalità adottate per il contenimento del *turn over* degli operatori; alla conoscenza degli specifici problemi sociali del territorio e delle risorse sociali della comunità; al rispetto delle norme in materia di previdenza e assistenza.

<sup>160</sup> Discorso peculiare all'interno del terzo settore va svolto per le organizzazioni di volontariato – oggetto di espresso riferimento nell'art. 5 della l. n. 328/2000 (c. 3), nonché nel D.P.C.M. del 2001 cit., nonché di leggi regionali che prevederebbero l'affidamento diretto a favore delle stesse – sul cui trattamento speciale nell'affidamento dei servizi esprime della per-

mento rappresenta tuttavia un percorso al quale ordinariamente l'amministrazione comunale può far ricorso al fine di organizzare l'offerta dei servizi sociali, cioè a favore di soggetti diversi da quelli *non profit*, che operano secondo logiche imprenditoriali *tout court*. In quel caso non solo non v'è dubbio sulla necessità di espletare procedure selettive per l'individuazione degli affidatari, ma è ragionevole attendersi che le cautele espressamente dettate per i soggetti del Terzo Settore non abbiano ragion d'essere. A conferma di ciò la previsione contenuta nell'art. 20 del Codice dei contratti pubblici prevede l'operatività nel caso di specie della disciplina in materia di evidenza pubblica, sebbene con un approccio selettivo – giustificato dalla peculiare natura delle attività affidate – alle disposizioni che nell'ambito di quest'ultima trovano applicazione, e che in ogni caso garantiscono il rispetto dei principi di economicità, trasparenza, parità di trattamento<sup>161</sup>.

Ma la scarsità di puntuali previsioni – nella legislazione nazionale, ed anche regionale – in relazione all'affidamento dei servizi sociali sembra motivata proprio dalla circostanza che il sistema degli affidamenti in questo settore si pone in termini di alternatività rispetto all'offerta dei servizi sociali all'interno del sistema integrato sulla base di autorizzazione, accreditamento e accordi (ove previsti). Su questo punto il rilievo generalmente svolto dalla dottrina pone in evidenza la sostituzione del soggetto pubblico con il soggetto affidatario della gestione del servizio – sostituzione che invece non si verifica nel caso dell'accreditamento – e quindi un'erosione del ventaglio di scelte dell'utente il quale, in luogo della convivenza di più soggetti, si troverebbe dinanzi un privato che prende il posto dell'amministrazione pubblica responsabile del servizio e agisce in sua vece<sup>162</sup>. I sistemi fondati su autoriz-

plexità, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in punto di possibilità per le medesime di partecipare a vere e proprie gare di appalto, in concorrenza con operatori economici, PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 181. Circoscrive l'apporto delle medesime organizzazioni alle attività complementari a quelle di erogazione in senso stretto, in base all'esegesi dell'art. 3 del D.P.C.M. del 2001 cit., invece, ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 278. In argomento, e più in generale, con riguardo alla necessità di aggiudicare mediante procedure ad evidenza pubblica gli appalti pubblici di servizi a favore di soggetti del Terzo Settore si veda MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure consorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario* (nota a CGUE, sez. III, 29 novembre 2007 causa C-119/06), in *FA CDS*, 2008, p. 1984 ss.

<sup>161</sup> Cfr. l'art. 20, del d.lgs. n. 163/2006: "L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)".

<sup>162</sup> PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 179; ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 270.

zazione-accreditamento, da un lato, e affidamento, dall'altro lato, sono pensati per operare in condizioni diverse (nel primo caso l'esistenza di una offerta plurale spontanea, nel secondo caso la verificata impossibilità di garantire la coesistenza di più operatori), e generare risultati diversi (nel primo caso una concorrenza regolata, nel secondo caso una concorrenza per il mercato). In questo senso è giusto osservare che le previsioni, pur scarse, in tema di affidamento presenti nella legge quadro "si prestino a entrare in contraddizione con la stessa introduzione dell'accreditamento quale modalità generale di inserimento nel sistema integrato, rischiando, almeno in parte, di svuotare il contenuto, nonché di significato, le disposizioni del comma 3"<sup>163</sup> dell'art. 11. Il legislatore non affronta in modo espresso il nodo del raccordo tra la disciplina sull'offerta dei servizi sociali nel sistema integrato delineato nella l. n. 328/2000 e quella in tema di affidamento dei servizi privi di rilevanza economica recata dall'art. 113 *bis* TUEL – prima che sullo stesso intervenisse la pronuncia di illegittimità costituzionale del 2004<sup>164</sup> – o dalle eventuali leggi regionali che abbiano regolato tale materia, perché si tratta di due prospettive discontinue. Mentre la prima, nel guardare al rapporto tra soggetto pubblico programmatore e titolare di "funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale"<sup>165</sup>, e soggetti ammessi al sistema integrato di interventi e servizi sociali, muove dal presupposto teorico della praticabilità di una gestione concorrenziale dei servizi, il TUEL, sia per i servizi di rilevanza economica che per quelli privi di tale rilievo, si muove nel segno della contendibilità di mercati in ogni caso riservati, fatta eccezione per potenziali aperture nella direzione della soppressione dei diritti di esclusiva contemplate dall'evoluzione normativa successiva<sup>166</sup>, e comunque della promozione di modelli organizzativi che presuppongono la titolarità del servizio da parte dell'ente locale<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> Rilievo svolto da RENNA, *op. ult. cit.*, p. 320.

<sup>164</sup> Si tratta della decisione della C. Cost. n. 272/2004.

<sup>165</sup> Così l'art. 6, c. 1, della l. n. 328/2000.

<sup>166</sup> Si veda in proposito l'art. 23 bis, del d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008; l'art. 15 del d.l. n. 135/2009; il d.P.R. n. 168/2010; l'art. 4 del d.l. n. 138/2011; l'art. 34 del d.l. n. 179/2012, l'art. 13 del d.l. n. 150/2013 e, da ultimo, l'art. 19 della l. n. 124/2015.

<sup>167</sup> Per la gestione dei servizi privi di rilievo economico, area nella quale dopo il 2004 si riepande la piena competenza normativa delle regioni – la cui produzione sul punto acquista perciò valore ancora più cruciale – la disciplina dei modelli di affidamento puntava comunque su formule gestionali caratterizzate dalla presenza diretta dell'ente locale. In merito alla "profonda differenza di intenti dei due testi di legge" osserva ALBANESE, *Diritto all'assistenza e diritti sociali*, cit., p. 199 che la l. n. 328/2000 è totalmente concentrata sul rapporto fra soggetti pubblici

Ma, come nel caso della erogazione dei servizi di rilevanza economica l'affidamento può apparire la frontiera più avanzata della concorrenza – ove le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento non consentano una soluzione di competizione reale tra gli operatori, e quindi non si riesca a dimostrare che la libera iniziativa risulta idonea “a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”, giustificando la soppressione dei diritti di esclusiva<sup>168</sup> – così anche nel settore dei servizi sociali l'affidamento potrebbe rivelarsi, non un sistema al quale l'ente locale liberamente attinge con l'effetto (quand'anche non voluto) di limitare la concorrenza e marginalizzare il diritto di scelta degli utenti, ma più semplicemente uno strumento al quale talvolta è necessario rivolgersi proprio perché non vi è un numero sufficiente di soggetti attivi sul territorio di riferimento nel prestare servizi assistenziali. In questo senso la prospettiva di essere “da soli” all'esito della selezione potrebbe essere riguardato come un incentivo a prestare il servizio<sup>169</sup>. Né sembra incidere su tale prospettiva la necessità che il soggetto che si sottopone alla selezione sia munito di autorizzazione e accreditamento<sup>170</sup>, posto che si tratta di sistemi per verificare la sussistenza di requisiti di base e specifici per lo svolgimento dell'attività.

Quanto alla responsabilità pubblica del servizio che il modello dell'affidamento presupporrebbe, se la si configura come doverosità dell'intervento pubblico nella garanzia delle prestazioni – costituzionalmente imposta per i servizi sociali come si è in precedenza sottolineato – è chiaro che, a maggior ragione nei casi in cui la presenza privata si riveli insufficiente, questa debba esprimersi in termini di titolarità pubblica del servizio, laddove, invece, nelle restanti ipotesi si sostanzia nella compresenza del pubblico (con il privato) sul

e privati (essenzialmente *non profit*) “esterni” alle strutture amministrative, da inserire in un sistema coerente di regolazione e gestione pubblica; laddove il TUEL è “volto invece esclusivamente ad individuare le modalità organizzative dei soggetti pubblici più idonee a svolgere servizi privi di rilevanza economica”.

<sup>168</sup> Questa era la soluzione prospettata dall'art. 2 del d.P.R. n. 168/2010 cit.

<sup>169</sup> Questo spiegherebbe anche il dato, che emerge dalla posizione espressa da alcuni degli amministratori locali impegnati su questo fronte, in riferimento alla prassi applicativa degli alternativi strumenti – accreditamento e affidamento – in base al quale, in relazione ad attività che richiedono la predisposizione di un'organizzazione più complessa e un più ingente impiego di risorse (per esempio i servizi residenziali rispetto a quelli domiciliari) si registra una minore propensione dei soggetti privati all'offerta delle prestazioni, tale da giustificare il ricorso al sistema dell'affidamento.

<sup>170</sup> L'art. 5, c. 2 della l. n. 328/2000 rinvia all'art. 11 della stessa legge.

piano dell'offerta, ma soprattutto nell'esercizio, accanto ai poteri di programmazione, dei poteri di controllo *ex ante* ed *ex post* dell'attività svolta dai soggetti erogatori.

#### 4. Il caso dei servizi sanitari

##### 4.1. Il rapporto fra mercato e intervento pubblico come strumento di classificazione dei diversi modelli organizzativi di assistenza sanitaria

Il rapporto tra pubblico e privato, o tra Stato e mercato si rivela una questione fondamentale anche nella organizzazione dei servizi sanitari, ed esercita conseguentemente una forza attrattiva su chi abbia studiato tale settore. In quest'ultimo il dosaggio tra logiche di mercato e intervento pubblico si rivela altresì un paradigma di classificazione dei differenti sistemi, teoricamente prospettabili e in concreto realizzati, di offerta di assistenza sanitaria<sup>171</sup>. Muovendo dal presupposto che la presenza pubblica risulta indefettibile in relazione alle prestazioni rivolte alla collettività complessivamente intesa, che non prevedono nessuna possibilità di corrispettivo, e che sono identificate con le attività di c.d. salute pubblica (prevenzione di malattie, vaccinazioni obbligatorie, protezione dalle epidemie, etc.), è necessario sottolineare l'impossibilità di prendere in considerazione tali prestazioni per valutare l'equilibrio mercato/intervento pubblico, e in base a questo distinguere tra i possibili modelli organizzativi, e la necessità di assumere quale terreno di osservazione le prestazioni sanitarie destinate ai singoli. Operata questa preliminare distinzione va altresì chiarito che esiste un comune denominatore tra tutti i sistemi sanitari – con l'eccezione dei paesi non sviluppati<sup>172</sup> – rap-

<sup>171</sup> D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in PIOGGIA, CIVITARESE MATTEUCCI, RACCA, DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, 2011. Guardando alla coesistenza di "Stato" e "mercato" in un orizzonte più ampio, G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, cit., p. 21, osserva come "il punto di equilibrio fra gli stessi è l'indicatore più significativo del tipo di assetto dei sistemi politici, della preferenza che viene data alla sfera individuale o a quella collettiva". In tema cfr. pure MARZUOLI, *Uniformità e differenziazione*, in CA TELANI, CERRINA FERRONI, GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, p. 1 ss.

<sup>172</sup> PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., p. 76.

presentato da un “livello minimo” di intervento pubblico anche in ordine alla erogazione e finanziamento delle prestazioni destinate ai singoli, che consente di qualificare l’offerta di prestazioni sanitarie come un mercato quanto meno “regolato”. Semplificando molto su questo punto, la funzionalizzazione dell’azione pubblica è da riconnettere alla garanzia di una quantità minima di prestazioni che è essenziale – tornando alle coordinate costituzionali interne – ad inverare il principio di eguaglianza sostanziale che circonda la cura dei diritti sociali, e quindi a consentire l’accesso alle cure anche ad individui in condizione di particolare disagio economico e sociale. I differenti gradi di integrazione del privato con il pubblico, oltre l’area del doveroso intervento dei pubblici poteri (in termini di esercizio dei poteri regolatori, e di offerta dei servizi) forniscono la chiave di lettura dei modelli di erogazione e finanziamento delle prestazioni sanitarie.

Ci si limita in questa sede a ricostruire, guardando al modello italiano di offerta dei servizi sanitari, i principali schemi attraverso i quali si snoda la convivenza di fornitori pubblici e privati per valutarne i riflessi sulla concorrenza (in termini di qualità e quantità), non essendo questa la sede per trattare i temi, invero molteplici e complessi, che lo studio del settore pone<sup>173</sup>.

<sup>173</sup> Senza pretese di esaustività si rinvia per un inquadramento generale della materia ad AICARDI, *La sanità*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 630; BALDUZZI, *Trent’anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009; FARES, *Problemi attuali dell’ordinamento sanitario*, Napoli, 2013; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003; D’ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell’organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012. Sulle questioni poste dalla presenza del privato nel settore sanitario, e in particolare sulla natura degli strumenti giuridici utilizzati per assicurare la coesistenza di pubblico e privato si veda LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit.; CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 1993, n. 109-110, p. 6 ss.; ID., *Sulla possibilità per le aziende ospedaliere di costituire società per azioni a capitale misto*, in *Ragiusan*, 2000, p. 76 ss.; PONTI, *Pubblico e privato nei principali sistemi sanitari*, in PIOGGIA, CIVITARESE MATTEUCCI, RACCA, DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit.; CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; sulla disciplina dei contratti pubblici destinati ai servizi sanitari in Europa si veda RACCA, PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in PIOGGIA, CIVITARESE MATTEUCCI, RACCA, DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari*, cit., p. 193 ss. Sui problemi di carattere organizzativo si veda F.G. SCOCA, *Il governo regionale del servizio sanitario nazionale*, in AA.VV., *L’organizzazione del servizio sanitario nazionale*, Atti del Convegno Nazionale di Diritto Sanitario, Padova, 25-27 giugno 1981, Roma, 1981, p. 40 ss.; ID., *Profili funzionali della u.s.l.*, in AA.VV., *Problemi giuridici della riforma sanitaria*, Napoli, 1983, p. 82 ss.; FERRARI, *Servizio sanitario nazionale (organizzazione)*, in *DDPCom*, Torino, XIII, 1996; PIOG-

Non saranno oggetto di specifica attenzione le questioni relative al finanziamento dei servizi sanitari che, come è noto, costituiscono l'altra leva fondamentale, al fianco dell'erogazione, per valutare il bilanciamento tra pubblico e privato, e quindi tra logiche di intervento diretto e dinamiche concorrenziali. In questo senso, a sistemi in cui la copertura della spesa sanitaria è interamente (o quasi<sup>174</sup>) assolta dal potere pubblico, fanno da contraltare sistemi in cui l'onere della spesa sanitaria grava sul privato, generalmente per il tramite di formule assicurative, in relazione alle quali si può senz'altro parlare di un mercato caratterizzato da un grado di competizione variabile a seconda del modello accolto<sup>175</sup>. Data quindi per scontata l'alternativa tra mo-

GIA, DUGATO, RACCA, CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Roma, 2007; TUCCILLO, *Il ruolo del dirigente medico tra politica e amministrazione*, LIGUORI, ZOPPOLI (a cura di), *La sanità flessibile*, cit., p. 151 ss.; CARPANI, *La programmazione*, in BALDUZZI, CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013; ANTONIAZZI, *Governance territoriale e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in BILANCIA (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale*, Milano, 2001, p. 298 ss.; CLARICH, *I rapporti tra organi dell'azienda sanitaria: verso il modello della società per azioni?*, in *Ragiusan*, 1986, n. 85, p. 6 ss. Sui profili attinenti alle competenze nel quadro ridisegnato dalla Riforma del Titolo V e ai livelli essenziali delle prestazioni cfr. BALDUZZI, DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002. In particolare si rinvia a LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI, CERRINA FERRONI, GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 9 ss.; CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, in CATELANI, CERRINA FERRONI, GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., p. 75 ss.; G. ROSSI, BENEDETTI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *LPA*, 2002, p. 36, per la lettura dei livelli essenziali in chiave strumentale alla introduzione e garanzia del "principio di differenziazione tra realtà regionali", fondata sulla equivalenza dei termini "essenziali" e "minimi", in contrapposizione all'esegesi che valorizza il dato letterale ricorrente nell'art. 117 Cost. attribuendo perciò alle due nozioni differenti significati (GRIMALDI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali tra autonomia, unità ed eguaglianza*, in *Il Filangieri*, 2004, p. 189).

<sup>174</sup> Ci si riferisce in particolare a meccanismi di contribuzione diretta a carico degli assistiti, come quelli previsti nell'ambito di modelli, quali quello italiano (ticket sanitari), a sistema sanitario nazionale, che hanno un impatto marginale sul modello complessivamente considerato, trattandosi di contribuzioni di carattere minimo. In tema si rinvia a PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in CATELANI, CERRINA FERRONI, GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., p. 83 ss.

<sup>175</sup> Si fa in particolare riferimento all'alternativa, nell'ambito dei sistemi assicurativi, tra assetti in cui la concorrenza si dispiega nella misura massima, in quanto fondata sul gioco tra domanda e offerta di prestazioni assicurative tra società private, da un lato, e assicurati e in parte loro datori di lavoro, dall'altro; ed assetti in cui la competizione è ridotta dalla presenza di un sistema di assicurazione obbligatoria e anche dalla eventuale iscrizione obbligatoria a casse, e

delli assicurativi e modelli basati sulla fiscalità generale o a sistema sanitario nazionale<sup>176</sup>, e l'adesione del legislatore italiano a tale seconda opzione, ci si limita qui ad osservare che i modelli che in termini assoluti "sacrificano" maggiormente le ragioni della concorrenza, quanto meno nella misura in cui realizzano dei meccanismi di controllo e di conformazione della domanda e della offerta<sup>177</sup> – resi necessari dalla natura esclusivamente o prevalentemente pubblica del finanziamento<sup>178</sup> – sono anche quelli meno dispendiosi.

*4.2. La presenza del privato nel comparto salute: la libera offerta delle prestazioni e la partecipazione, su base consensuale, all'attività di servizio pubblico. L'apertura agli erogatori privati e la libera scelta dell'utente nel solco della distinzione tra le funzioni di erogazione e committenza dell'azienda territoriale. Dal sistema di accreditamento aperto alla programmazione regionale come strumento di controllo dell'offerta*

L'attuale possibilità di ingresso dei privati nel mercato dei servizi sanitari può essere ricondotta a due principali opzioni alternative, in realtà secondo uno schema già analizzato in ordine ai servizi sociali: da un lato, l'offerta libera di prestazioni che integra quella pubblica; dall'altro, l'inserimento del privato nell'area del servizio pubblico – definita cioè dalla opportunità di fornire servizi a carico della finanza pubblica – in seguito alla conclusione con l'amministrazione di atti di natura consensuale.

Il rapporto pubblico-privato è un terreno sul quale si misurano tutti gli interventi di riforma che a partire dai primi anni Novanta hanno inciso sull'assetto del servizio sanitario nazionale<sup>179</sup>, e tuttavia, se da un lato, la tensione

quindi circoscritta alle fasce non sottoposte a tale ultimo obbligo: sul punto v. D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari*, cit.

<sup>176</sup> PONTI, *Pubblico e privato nei principali sistemi sanitari*, cit.

<sup>177</sup> In particolare si realizza un contenimento della domanda, imponendo meccanismi di contribuzione diretta a carico degli utenti (v. *ticket* sanitari) o anche la necessità di munirsi di prescrizione per accedere ai servizi, che esercita altresì funzioni di regolazione dell'offerta.

<sup>178</sup> Che ricorre principalmente nei modelli a sistema sanitario nazionale.

<sup>179</sup> Riferendosi alle riforme del 1992, 1993 e 1999 CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 58, osserva come "pur se con mezzi significativamente diversi ribadiscono tutte l'universalità del servizio, considerano il rapporto pubblico-privato come una chiave di volta, e tengono tutte, in misura diversa, progressivamente conto delle crescenti esigenze di contenimento della spesa".



verso una maggiore apertura al contributo degli operatori privati all'assistenza sanitaria sottendeva anche l'istanza di un rinnovamento del sistema nella direzione dell'efficienza e di una più elevata sostenibilità economica della sanità<sup>180</sup>, dall'altro lato, quella stessa apertura, nella sua massima espressione, si accompagnava ad un verosimile sacrificio degli obiettivi di contenimento della spesa pubblica, generando perciò un avvitamento del modello su sé stesso<sup>181</sup>. Il superamento del marginale ruolo esercitato dal privato nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, secondo il modello delineato dalla legge istitutiva dello stesso, scaturente in particolare dalla finalizzazione dell'intervento privato alla integrazione di lacune registrate nell'offerta pubblica<sup>182</sup>, era fondato sull'obiettivo di moltiplicare gli erogatori e di creare un mercato regolato all'interno del quale questi ultimi potessero competere. Il passaggio fondamentale nella realizzazione di tale disegno di riforma si basava essenzialmente sulla distinzione di ruoli concentrati nel soggetto pubblico – sperimentata in maniera diffusa negli anni '90 anche in altri comparti<sup>183</sup> – come

<sup>180</sup> Cfr. CASSESE, *Stato e mercato: la sanità*, in AMATO, CASSESE, TURCHETTI, VARALDO (a cura di), *Il governo della sanità*, Milano, 1996, p. 19 individua le direttrici del dibattito di respiro europeo sulla riforma dei sistemi sanitari nazionali in: “decentramento, per avvicinare l'erogazione ai fruitori e per assicurare che gli erogatori rispondano giorno per giorno ai fruitori; rafforzamento del diritto dei fruitori, con l'ampliamento della possibilità di scelta tra diversi erogatori; razionalizzazione, con l'applicazione delle tecniche nel 'New Public Management'; nuova configurazione dei rapporti acquirenti-produttori su base negoziale, ed erogatori fornitori su base competitiva”.

<sup>181</sup> Critico sul sistema misto di finanziamento (contributivo tramite versamenti da parte dei datori di lavoro, fiscale a carico delle regioni, con possibilità di contribuzione parziale privata) delineato dal d.lgs. n. 502/92 MERUSI, *La riforma della riforma è una riforma?*, in RGL, 1992, I, p. 755 ss.

<sup>182</sup> Cfr. LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., p. 68: “l'accesso alle strutture private risultava legislativamente subordinato all'autorizzazione della USL, una volta constatata l'impossibilità delle strutture pubbliche a soddisfare entro un certo tempo le richieste (cfr. art. 3, l. n. 12/1982)”. L'A. (p. 57) così sintetizza le caratteristiche fondamentali dell'intervento di riordino avviato con il d.lgs. n. 502/1992, poi sottoposto a misure correttive con il d.lgs. n. 517/1993, l. n. 467/1994, l. n. 724/1994 e d.l. n. 722/1994: “maggior impulso al decentramento e alla responsabilizzazione finanziaria; determinazione del fabbisogno sulla base di criteri oggettivi; assunzione di un modello manageriale e aziendale per la gestione delle U.S.L. (drasticamente ridotte di numero) e dei maggiori ospedali; esaurimento del regime delle convenzioni ed avvio di un nuovo rapporto coi presidi privati; sviluppo della previdenza sanitaria integrativa”.

<sup>183</sup> Esempio in questo senso è la distinzione dei ruoli di *provider* e *producer* avviata nella disciplina dei servizi pubblici locali con l'intervento della legge sulle autonomie: si veda in proposito LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 17.

potenziale fattore moltiplicatore dei soggetti operanti nel sistema. È infatti puntando alla dissociazione concettuale tra le funzioni, di diretto fornitore di prestazioni e di committente, radicate in capo all'azienda territoriale, che diviene concretamente possibile aumentare il numero dei soggetti coinvolti nell'offerta di servizi sanitari. Al ruolo di committenza è sottesa la titolarità pubblica del servizio che consente in primo luogo all'amministrazione di controllare in certa misura l'offerta, e le impone di conseguenza di corrispondere ai fornitori privati una remunerazione predeterminata a fronte della prestazione resa. L'espansione del ventaglio di scelta per gli assistiti "in ordine al professionista e al luogo di cura, nei limiti della prescrizione fatta dal medico di base"<sup>184</sup> – che resta, come per i servizi sociali – uno dei parametri principali alla stregua dei quali valutare la concorrenzialità del sistema e quindi la sua bontà, viene in definitiva conseguita nel solco della accennata separazione (pur relativa) delle funzioni.

I limiti del progetto di riordino dei primi anni Novanta scaturivano tuttavia proprio dall'individuazione dell' "accreditamento aperto" quale opzione su cui fondare il mercato regolato, caratterizzata dall'accesso sulla base del mero possesso dei requisiti al titolo legittimante l'erogazione dei servizi, sganciato da meccanismi di contenimento del numero dei soggetti da accreditare<sup>185</sup>. Le criticità emerse in tale prospettiva, che come si è visto sono marginalizzate nell'organizzazione dell'offerta dei servizi sociali per le caratteristiche strutturali del comparto, erano rappresentate dall'impossibilità di controllare offerta e domanda con effetti negativi evidenti sul piano della finanza pubblica – e quindi su quelle esigenze di contenimento dei costi che erano state uno dei principali moventi della riforma – nonché da un verosimile rischio di sottoutilizzo delle strutture pubbliche, normalmente caratterizzate da costi più elevati rispetto a quelle private. Il condizionamento dell'intervento dei privati e specularmente del potere<sup>186</sup> di accreditare gli

<sup>184</sup> Cfr. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., p. 124.

<sup>185</sup> A tal proposito definisce il "sistema aperto ... il primo caso di liberalizzazione dell'accesso al servizio pubblico" in quanto caratterizzato "dall'apertura del servizio pubblico a tutti gli idonei e dal superamento del modello tradizionale della concessione di pubblico servizio, ormai inconfigurabile in questa fondamentale materia": LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, cit., p. 265.

<sup>186</sup> Su questo punto mette conto evidenziare come in ordine al contesto precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 229/1999 si dubitasse della stessa qualificazione in termini di provvedimento amministrativo dell'accreditamento e della sua autonomia rispetto alla fattispecie convenzionale. In questo senso LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità*

stessi alla programmazione regionale in punto di fabbisogno atteso di servizi si pone dunque, nell'intervento di riforma del '99, come un necessario meccanismo di controllo dell'offerta.

#### 4.2.1. L'attività libera e le autorizzazioni

L'analisi sin qui condotta consente in certo modo di valutare gli aspetti peculiari dell'offerta di servizi nel comparto sanitario "per differenza" rispetto a quanto messo in evidenza con riguardo all'organizzazione dei servizi assistenziali. In particolare, analogamente a quanto accade per quest'ultima, nel comparto sanitario si registra un duplice registro di avanzamento delle logiche concorrenziali, uno per così dire pieno, caratterizzato dalla presenza di soggetti che, assumendosi il rischio economico connesso allo svolgimento dell'assistenza sanitaria, operino in concorrenza tra di loro; l'altro, che comporta l'inserimento del privato nel sistema di fornitura del servizio pubblico per conto e carico dell'amministrazione. L'esercizio libero dell'attività sanitaria in forma di impresa è subordinato al conseguimento di un doppio titolo abilitativo: un'autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie ed un'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie<sup>187</sup>.

Il primo ordine di autorizzazioni, avendo ad oggetto la verifica circa la sussistenza dei presupposti necessari per la costruzione di nuove strutture, per l'adattamento di strutture già esistenti e l'utilizzazione delle medesime a fini diversi, per l'ampliamento o la trasformazione di strutture già autorizzate, o per il trasferimento delle stesse in altra sede, è di competenza dell'amministrazione comunale, preposta ordinariamente all'esercizio dei poteri autorizzatori in materia urbanistica ed edilizia. I poteri autorizzatori esercitati in seconda battuta hanno invece ad oggetto la verifica del possesso di "requisiti minimi" strutturali, tecnologici e organizzativi<sup>188</sup> stabiliti con un atto statale

*riformata*, cit., p. 274: "in presenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria, la struttura privata deve ritenersi accreditata alla sola condizione dell'accettazione del sistema di remunerazione introdotto dalla nuova disciplina ... l'espressa qualificazione in termini di diritto della pretesa a vedersi concedere l'accreditamento, unitamente all'esclusione di ogni valutazione discrezionale al riguardo, sembra mettere in discussione la stessa esistenza di un potere amministrativo in materia ed, in ultima analisi, la stessa configurabilità di un distinto provvedimento di accreditamento, rispetto alla fattispecie convenzionale che viene ad instaurarsi".

<sup>187</sup> Cfr. art. 8 *ter*, d.lgs. n. 502/1992.

<sup>188</sup> Cfr. art. 8 *ter*, c. 4, d.lgs. n. 502/1992.

di indirizzo e coordinamento da adottare nel rispetto di una serie di criteri e principi direttivi fissati dall'art. 8, c. 4, del d.l.gs. n. 502/1992.

Le finalità dell'accesso regolato, che la doppia autorizzazione mira a configurare, sono da riconnettere alla garanzia dei livelli essenziali di sicurezza e di qualità delle prestazioni “in ambiti nei quali il possesso della dotazione strumentale e la sua corretta gestione e manutenzione assumono preminente interesse per assicurare l' idoneità e la sicurezza delle cure”<sup>189</sup>. Ora, se è vero che la qualificazione di “minimi”<sup>190</sup> operata espressamente dal legislatore con riguardo ai requisiti sulla base dei quali rilasciare l'autorizzazione all'esercizio delle attività sanitarie e sociosanitarie, vale a differenziare i medesimi da quelli necessari per conseguire l'accreditamento, e quindi a circoscrivere il margine valutativo a disposizione dell'amministrazione nell'esercizio del relativo potere, è altrettanto vero che nel procedimento autorizzatorio per la realizzazione delle strutture si inserisce un passaggio, finalizzato in sostanza a realizzare una distribuzione delle risorse e delle strutture razionale, che è idoneo a mettere in crisi la qualificazione del provvedimento in esame in termini di “atto di accertamento costitutivo a natura vincolata”<sup>191</sup>. Anch'essa risulta infatti condizionata, sebbene non in termini di contingentamento in senso tecnico, dalle esigenze di programmazione regionale posto che la Regione è chiamata ad effettuare una verifica di compatibilità del progetto, “in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture”<sup>192</sup>. A tal proposito, la giurisprudenza ha ravvisato proprio nella subordinazione del rilascio dell'autorizzazione “ad una disamina da parte della regione del fabbisogno collettivo e della localizzazione delle strutture presenti nel territorio”, oltre che “al possesso dei requisiti minimi connessi alla strut-

<sup>189</sup> Così C. Cost. 8.7.2010, n. 245 nel pronunciarsi su una normativa regionale (Puglia e Abruzzo) che aveva escluso la necessità di conseguire l'autorizzazione per alcuni operatori non intenzionati ad ottenere il successivo accreditamento.

<sup>190</sup> Si tratta di una previsione funzionale alla uniformità della disciplina dei criteri e degli standard di qualificazione delle strutture, posta a tutela della sicurezza e della qualità delle attività (cfr. C. Cost., 23.22.2007, n. 387), che non viene compromessa dalla possibilità per le Regioni di definire condizioni ulteriori per il rilascio delle azioni.

<sup>191</sup> Di questo, condivisibile, avviso è CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., 157. Si veda sul punto la posizione espressa in questo senso da R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, cit., p. 136 ss.

<sup>192</sup> Cfr. art. 8 *ter*, c. 3, d.lgs. n. 502/1992.

tura da realizzare”, un profilo qualificante dell’intervento di modifica dell’art. 8 *ter*, d.lgs. n. 502/1992 operato nel 1999<sup>193</sup>. Alcuni recenti sviluppi della riflessione sul punto mostrano, anzi, come il condizionamento spiegato da obiettivi di razionalizzazione economica sulle valutazioni che precludono al rilascio da parte dell’amministrazione – o meglio delle amministrazioni coinvolte accanto al Comune, nella sequenza procedimentale, in particolare Regione ed ASL<sup>194</sup> – dell’autorizzazione alla realizzazione delle strutture sanitarie sia destinato, in una serie di ipotesi, in particolare nei territori interessati dall’adozione di “misure di razionalizzazione dell’offerta sanitaria a carico del servizio sanitario regionale”<sup>195</sup>, ad assumere una consistenza sempre più significativa, sino al punto da mettere in crisi il rapporto di naturale presupposizione logica, oltre che temperale, sussistente tra autorizzazione ed accreditamento<sup>196</sup>. In questa prospettiva appare collocarsi la disposizione a mente della quale “il rilascio di nuove autorizzazioni per la realizzazione, nonché l’accreditamento di nuove strutture è subordinato al completamento

<sup>193</sup> Cfr. in questo senso TAR Campania, Napoli, sez. I, 26.1.2015 n. 453, che ribadisce, peraltro, come tale subordinazione vada riferita, non solo alla realizzazione di nuove strutture, ma anche all’ampliamento di strutture già esistenti “con attivazione di funzioni sanitarie aggiuntive rispetto a quelle già autorizzate”. La fattispecie oggetto della pronuncia in questione si riferiva, infatti, ad un’autorizzazione alla realizzazione di una residenza sanitaria assistenziale (RSA) per anziani non autosufficienti, a seguito di trasformazione di una RSA per non anziani non autosufficienti.

<sup>194</sup> La disciplina della sequenza procedimentale preordinata al rilascio delle autorizzazioni alla realizzazione delle strutture sanitarie, nel delineare un concorso di competenze tra le amministrazioni coinvolte – esercitate a vario titolo, anche consultivo – pone in capo alle medesime l’obbligo di “concludere il procedimento di rispettiva spettanza mediante atto espresso e motivato, in applicazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 241/1990”, tanto da configurare una violazione del suddetto obbligo da parte dell’amministrazione comunale precedente che, a seguito della mancata emissione dei pareri di compatibilità da parte dell’ASL e della Regione, non abbia “posto in essere tutti i rimedi previsti dall’ordinamento per superare la stasi procedimentale determinatasi”, in particolare indicendo una “conferenza di servizi istruttoria finalizzata all’acquisizione dei relativi pareri”: TAR Campania, Napoli, sez. I, 10.6.2014, n. 3216.

<sup>195</sup> Il riferimento, operato nella sent. del TAR Campania, Napoli, n. cit. 453/2015 è, tra gli altri, al quadro normativo determinatosi in Campania a seguito dell’adozione della legge n. 4/2011 e dei decreti del commissario *ad acta* per il piano di rientro del disavanzo nn. 21/2009, 5/2010, e 31/2011, complessivamente letti nel senso del divieto alle ASL “competenti di procedere, sia alla realizzazione di tutte le strutture sanitarie private, sia all’accreditamento istituzionale di nuove strutture sanitarie private fino alle determinazioni che saranno assunte in conseguenza del piano di riassetto della rete ospedaliera”.

<sup>196</sup> Presupposizione già evidenziata a proposito della relazione sussistente tra autorizzazione ed accreditamento nel settore dell’assistenza sociale (cfr. *supra* par. 3.3, in particolare nota 143).

delle procedure” di accreditamento istituzionale delle strutture già operanti in regime di accreditamento provvisorio<sup>197</sup>. Previsione che segue quella – coerente con il quadro normativo nazionale sul punto<sup>198</sup> – volta a subordinare, ai fini della soddisfazione del fabbisogno, la possibilità di accreditare nuove strutture o attività al previo accreditamento delle strutture transitoriamente accreditate, nonché all’accreditamento delle strutture private già in esercizio<sup>199</sup>, e che appare perciò percorsa da una diversa *ratio*, poiché riferita al segmento dell’accreditamento, fattore (questo sì) responsabile di determinare l’ampiezza dell’area del servizio pubblico, con evidenti riflessi anche sugli oneri a carico della finanza pubblica, come si dirà<sup>200</sup>. Sconfessando letture della disciplina applicabile “in linea con l’ontologica diversità esistente tra le procedure di accreditamento istituzionale e quelle semplicemente autorizzative”, le une “finalizzate all’individuazione delle strutture operanti con oneri a carico del S.S.N.”, le altre tese a “consentire la libera esplicazione dell’iniziativa privata in ambito sanitario in condizioni di sicurezza per i cit-

<sup>197</sup> Art. 1, c. 237 *quater*, l. reg. Campania, n. 4/2011 ult. periodo che rinvia alle procedure di cui ai commi da 237 *quinquies* a 237 *unvicies*.

<sup>198</sup> Ci si riferisce in particolare all’art. 8 *quater*, cc. 6 e 7, d.lgs. n. 502/1992: “6. Entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore dell’atto di indirizzo e coordinamento di cui al comma 3, le regioni avviano il processo di accreditamento delle strutture temporaneamente accreditate ai sensi dell’articolo 6, comma 6, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e delle altre già operanti. 7. Nel caso di richiesta di accreditamento da parte di nuove strutture o per l’avvio di nuove attività in strutture preesistenti, l’accreditamento può essere concesso, in via provvisoria, per il tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati. L’eventuale verifica negativa comporta la sospensione automatica dell’accreditamento temporaneamente concesso”. Le previsioni, di portata conservativa (secondo CONTICELLI, *op. cit.*, 162 ss.), delineano un quadro in cui sono rinvenibili diverse tipologie di accreditamento: definitivo, transitorio (applicabile, ex art. 8 *quater*, c. 6, d.lgs. n. 502/92, nei confronti dei soggetti convenzionati e dei soggetti eroganti prestazioni di alta specialità in regime di assistenza indiretta che accettino il sistema di remunerazione a prestazione sulla base delle tariffe predeterminate dalla regione), provvisorio (che ex art. 8 *quater*, c. 7, d.lgs. n. 502/92 può essere concesso dalle regioni per il tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei risultati). In tema si veda ONETO, *Dall’accreditamento istituzionale all’accreditamento definitivo*, in *Ragiusan*, 2008, nn. 287-288, p. II ss.

<sup>199</sup> Cfr. infatti la prima parte dell’art. 1, c. 237 *quater* l. reg. Campania n. 4/2011: “il fabbisogno va soddisfatto, prioritariamente, attraverso l’accreditamento delle strutture private transitoriamente accreditate, da intendersi provvisoriamente accreditate alla data del 1 luglio 2007, successivamente delle strutture private già in esercizio e solo successivamente mediante l’accreditamento delle strutture o attività di nuova realizzazione”.

<sup>200</sup> Cfr. *infra* par. 4.2.2.

tadini, senza alcuna incidenza sul pubblico erario”<sup>201</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha, da ultimo, elevato a fattore legittimante il blocco delle autorizzazioni di nuove attività le misure di razionalizzazione dell’offerta sanitaria a carico del servizio sanitario regionale, di guisa da far coincidere il termine del periodo di sospensione delle procedure autorizzative col compimento di tali misure<sup>202</sup>, e da ritenere anche la valutazione di compatibilità di una struttura sanitaria che non eroga prestazioni a carico del servizio pubblico e non comporta ulteriori oneri finanziari al bilancio regionale, condizionata dalla “eventuale sufficienza dell’offerta di prestazioni da parte delle strutture accreditate”<sup>203</sup>, con un’evidente sovrapposizione dei due disinti piani di svolgimento dell’azione amministrativa.

#### 4.2.2. L’attività di servizio pubblico: accreditamento e accordi contrattuali

Accreditamento e accordi si inseriscono, dunque, al termine di una sequenza, che per la prima parte è comune ai soggetti privati che non intendano partecipare all’offerta di prestazioni sanitarie nell’area del servizio pubblico, che consta di quattro provvedimenti (le c.d. quattro “A”). Il maggior grado di dettaglio cui il legislatore perviene nel disciplinare l’organizzazione dei servizi in materia sanitaria – rispetto al settore dei servizi sociali precedentemente indagato – in particolare la previsione espressa delle finalità sottese alla stipula degli “accordi contrattuali”<sup>204</sup>, consentono di distin-

<sup>201</sup> Premessa svolta da TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 3216/2014 cit., per giustificare – così come aveva precedentemente fatto TAR Campania, Napoli, sez. I, 7.2.2014, n. 869 – la linea interpretativa incline al ripristino sulla base dell’art. 1, c. 60, l. reg. Campania, n. 5/2013 della procedibilità delle istanze di autorizzazione alla realizzazione di nuove strutture e all’esercizio delle attività sanitarie e sociosanitarie. Di avviso diverso sono, invece, Cons. St., sez. III, 16.7.2014, n. 3762 e 28.11.2015, n. 5908, nonché TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 453/2015 cit., secondo i quali la disciplina regionale del 2013 si limiterebbe a confermare la competenza comunale sulle istanze in parola, e la necessità di una segnalazione certificata alla ASL per alcune tipologie di casi.

<sup>202</sup> Così TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 453/2015 cit. ha ritenuto che “il periodo di sospensione delle procedure autorizzative per l’ambito di interesse della ricorrente *dovesse* intendersi cessato il 31 ottobre 2014, essendo stato emesso in quella data il decreto commissariale n. 125, con cui si è provveduto all’accreditamento istituzionale delle strutture provvisoriamente accreditate dell’ASL Caserta operanti come RSA per anziani non autosufficienti”.

<sup>203</sup> Così Cons. St., sez. III, n. 5908/2015 cit.

<sup>204</sup> Cfr. art. 8 *quinquies* d.lgs. n. 502/1992.

guere con nettezza le funzioni assolte rispettivamente da accreditamento e accordi: il primo si rivela “propedeutico a fornire prestazioni sanitarie per conto del servizio pubblico”, i secondi “necessari per fornire prestazioni a carico del servizio pubblico”<sup>205</sup>. Il rapporto di presupposizione tra i due passaggi è espressamente dichiarato dal legislatore nella misura in cui dispone che “in caso di mancata stipula degli accordi e contratti, l’accreditamento istituzionale è sospeso”<sup>206</sup>. La circostanza che lo stesso sia preordinato alla possibilità – che si acquisisce, come visto, solo a seguito di un ulteriore passaggio – di ricevere una remunerazione a carico dei fondi pubblici per le prestazioni erogate, implica l’obbligatorietà del suo conseguimento per le strutture pubbliche – a differenza che per quelle private – che per definizione finanziano con risorse pubbliche la propria attività. I contratti definiscono nello specifico gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi; il volume massimo di prestazioni che le strutture si impegnano ad assicurare nell’ambito territoriale di riferimento; i requisiti del servizio da rendere; il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate da verificare a consuntivo; la modalità di garanzia del rispetto del limite di remunerazione delle strutture correlato ai volumi di prestazioni, e la previsione di rideterminazione in caso di incremento delle tariffe e di possibilità di stipulare accordi integrativi<sup>207</sup>.

Nell’accreditamento “istituzionale”, perno del modello organizzativo inaugurato con il d.lgs. n. 229/1999, gli obiettivi di contenimento dei costi si fondono in maniera compiuta con gli scopi di natura concorrenziale di tal ché esso può essere riguardato non solo come uno strumento di regolazione dell’accesso all’area del servizio pubblico, quanto come “il principale strumento di programmazione”<sup>208</sup>. A ciò concorre la natura del procedimento di verifica del possesso dei requisiti di qualificazione individuati con atto statale<sup>209</sup> – relativi alle condizioni organizzative, strutturali e di processo – ed integrabili in sede regionale<sup>210</sup>, ulteriori rispetto a quelli da verificare in sede di autorizzazione. Tra i criteri stabiliti nel 1997 dal legislatore statale

<sup>205</sup> Cfr. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 152.

<sup>206</sup> Art. 8 *quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992 come modificato dalla l. n. 133/2008.

<sup>207</sup> Cfr. l’art. 8 *quinquies*, c. 2, d.lgs. n. 502/1992.

<sup>208</sup> Così CONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 157.

<sup>209</sup> Cfr. il d.P.R. 14.1.1997.

<sup>210</sup> I requisiti stabiliti in sede regionale devono essere motivati dalla natura dell’attività e limitati alla logica di assicurare la tutela dell’utente e la qualità del servizio.



sulla cui base operare la valutazione in parola v'è, infatti, la funzionalità della struttura rispetto alle scelte di programmazione regionale, e nell'ambito di quella nazionale. Le valutazioni preordinate al rilascio dell'accREDITAMENTO istituzionale assorbono, in definitiva, una complessa "operazione di misurazione della domanda di salute"<sup>211</sup>, posto che la regione è chiamata, sulla base delle scelte operate in punto di funzioni sanitarie nel Piano sanitario regionale, a definire il fabbisogno di assistenza e a valutare la funzionalità della struttura richiedente rispetto ad esso. La sottolineata perdita della originaria funzione di misurazione della qualità<sup>212</sup>, e la progressiva acquisizione di capacità restrittive dell'accesso al mercato<sup>213</sup> da parte dell'accREDITAMENTO è del tutto in linea con la qualificazione operata dalla giurisprudenza in termini di interesse legittimo della posizione del richiedente<sup>214</sup> e in termini di potere discrezionale delle valutazioni compiute dall'amministrazione ai fini del rilascio del primo<sup>215</sup>. Sebbene la disciplina della procedura per l'accREDITAMENTO guardi alla parità tra strutture pubbliche e private come ad uno dei principali obiettivi da conseguire al fine di garantire il diritto di scelta degli utenti – in una prospettiva che in linea di principio è di *consumer welfare* – essa resta significativamente permeata dalla esigenza di distribuire risorse pubbliche<sup>216</sup>, e ciò si traduce in previsioni che tradiscono un approccio conservativo rispetto alla possibilità di ingresso nel mercato di nuovi operatori<sup>217</sup>.

Tale prospettiva marca un deciso cambiamento di rotta rispetto alla prospettiva in cui il legislatore si era mosso al principio degli anni '90, sen-

<sup>211</sup> PIOGGIA, *op. ult. cit.*, p. 128.

<sup>212</sup> Il d.P.R. del 1997 cit. opera, tra le condizioni cui è subordinato l'accREDITAMENTO, un riferimento all'orientamento della concorrenza tra strutture pubbliche e private alla qualità delle prestazioni sanitarie.

<sup>213</sup> CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2003.

<sup>214</sup> Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, n. 1718/2010.

<sup>215</sup> CGAS, sez. giur., 27.10.2006, n. 606; TAR Reggio Calabria, n. 1718/2010 cit.; Cons. St., sez. V, 17.2.2010, n. 915.

<sup>216</sup> Cfr. infatti TORCHIA, *Politiche redistributive, processi di privatizzazione e diritti sociali nella riforma del welfare*, in AA.VV., *Verso nuove forme di welfare*, Milano, 2003, p. 222.

<sup>217</sup> Questo è il giudizio espresso da CONTICELLI, *op. ult. cit.*, p. 161 in ordine alla disposizione di cui all'art. 8 *quater*, c. 8, d.lgs. n. 502/1992 che ancora al superamento del limite del fabbisogno previsto dagli indirizzi di programmazione nazionale da parte della capacità produttiva dell'accREDITATO, la revoca dell'accREDITAMENTO della capacità produttiva in eccesso "in misura proporzionale al concorso a tale superamento apportato dalle strutture pubbliche ed equiparate, dalle strutture private non lucrative e dalle strutture private lucrative".

z'altro compromette la possibilità – affermata con riguardo all'accreditamento aperto – di configurare in termini di diritto la pretesa dei privati ad entrare nell'area del servizio pubblico, e rischia di riproporre, attraverso la configurazione in termini concessori del provvedimento in parola, alcuni dei tratti distintivi del convenzionamento<sup>218</sup>.

L'equilibrio tra pubblico e privato che la sequenza di autorizzazioni, accreditamento e accordi delineata dal legislatore è nominalmente tesa a garantire, è in conclusione minacciato, per un verso, già nella fase di interlocuzione col potere pubblico – prima per la subordinazione dell'accreditamento alle esigenze di programmazione, poi, in ragione del fatto che dal rilascio dello stesso non derivano obblighi in capo all'amministrazione di concludere gli accordi<sup>219</sup> – e per altro verso, nel successivo periodo di sopravvivenza dell'operatore nel mercato regolato, posto che la possibilità di essere scelto dall'utente e preferito ad un concorrente – pubblico o privato – sarà in concreto condizionata dalla circostanza per il primo di non aver superato la quantità di prestazioni erogabili contrattualmente predefinita dalle aziende sanitarie.

<sup>218</sup> In particolare una parte della giurisprudenza ravvisa la presenza di un rapporto di tipo fiduciario tipico del regime del convenzionamento (Cons. St., sez. V, 17.9.2010, n. 6938), negata invece da un differente indirizzo interpretativo in ragione della mancata attinenza dell'accreditamento alla persona e alle qualità personali del gestore (Tar Puglia, Bari, sez. II, 17.12.2009, n. 3246; Cons. St., sez. IV, 9.12.2002, n. 6693).

<sup>219</sup> Equilibrio potenzialmente compromesso anche, come si è inteso sottolineare in precedenza (cfr. *supra* par. 4.2.1), dalla inversione del rapporto di ordinaria presupposizione tra autorizzazione e accreditamento che una parte della legislazione regionale pare prefigurare, e una recente giurisprudenza avallare (cfr. *supra* in particolare nota 201).

## Abstract

L'indagine è tesa a verificare la praticabilità e la portata dei processi di liberalizzazione nell'area dei servizi sociali e sanitari, prestazioni rispetto alle quali si rivela spesso problematica la configurazione stessa di un mercato, presupposto della operatività di dinamiche concorrenziali. Al fine di delimitare il campo della ricerca, il lavoro muove da una preliminare ricostruzione della categoria dei servizi sociali, e quindi dalla distinzione tra una nozione ampia di servizio sociale, idonea ad attrarre tutte le prestazioni che si rivelano funzionali alla soddisfazione dei diritti sociali contemplati dalla Costituzione italiana agli articoli 32, 33, 34 e 38, ed un'accezione della categoria circoscritta all'ambito applicativo della legge quadro in materia di assistenza sociale, oggetto di specifica analisi, accanto alla materia dei servizi sanitari, nella seconda parte del contributo. La peculiare relazione tra mercato e responsabilità pubblica delle prestazioni si rivela, unitamente ad altri – primo tra tutti il rilievo funzionale rispetto all'attuazione del principio personalistico e di eguaglianza sostanziale – connotato comune ai due settori, e consente di affrontare cruciali questioni come: il bilanciamento tra la pretesa di accesso alle relative prestazioni e la sostenibilità finanziaria delle medesime; l'esigenza di “dovere” pubblico e privato dal lato dell'offerta; la possibilità di valutare gli strumenti idonei ad introdurre una maggiore concorrenza nei settori considerati, conciliando il rilievo degli elementi personalistici e relazionali con la prospettiva del *consumer welfare*.

The survey is aimed at verifying the practicability and the scope of liberalization processes in the area of social and health-care services, which have been regarded as activities with respect to which the market being itself is problematic. In order to define the scope of investigation, the paper moves from an assessment of the category of social services, namely from the distinction between a wide and a narrower notion of social services, the latter coinciding with the scope of application of Italian Framework Law on social assistance. Social services (with regard to the latter meaning), together with health-care services, have been investigated since they present common features such as: a special relationship between market and public care of social activities; a functional value with respect to the personalistic and substantial equality principle. Crucial issues have been faced: the balance between a right to access to social services and their financial sustainability; the need of balancing public and private presence by the supply side; the assessment of the tools aimed at introducing more competition in this area by reconciling the importance of persons with consumer welfare goals.

## Key words

Servizi sociali e sanitari, mercato, principio di solidarietà, diritti di libertà, autorizzazione, accreditamento.

Social and health-care services, market, solidarity principle, freedom rights, authorization, accreditation.



## Fortunato Gambardella

### Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione: il contratto di disponibilità

**Sommario:** **1.** La nozione ambigua di liberalizzazione e i recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici. Liberalizzazione e apertura del mercato degli appalti. **2.** Il modello del partenariato pubblico-privato nella disciplina dell'evidenza pubblica. Differenza tra partenariato e altri modelli di azione amministrativa fondati sulla collaborazione tra pubblico e privato. **3.** Il contratto di disponibilità e il partenariato pubblico-privato: l'aderenza al modello concessorio. **4.** Le regole dell'evidenza pubblica per la realizzazione di opere di proprietà privata. **5.** L'affidatario del contratto di disponibilità come autorità espropriante. Il conferimento di funzioni espropriative per delega amministrativa. **6.** La pubblica amministrazione come contraente forte. La revisione degli impegni tra risoluzione automatica e potere di revoca. **7.** Considerazioni conclusive.

#### 1. *La nozione ambigua di liberalizzazione e i recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici. Liberalizzazione e apertura del mercato degli appalti*

La nozione di liberalizzazione, come è stato opportunamente osservato<sup>1</sup>, è nozione “sfuggente”<sup>2</sup> e polisenso, solo apparentemente descrivibile lungo le due “classiche” direttrici della liberalizzazione economica e della liberalizzazione amministrativa.

Se, come è noto, nella prima declinazione, liberalizzazione sta a signifi-

<sup>1</sup> Nell'ambito della vasta letteratura sul tema, si rinvia a: CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *AGE*, 2013, 2, p. 363; BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *RGU*, 2012, 1-2, p. 103; RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il DE*, 2012, 3, p. 507; SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *DA*, 2012, 1-2, p. 177; STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, 2008; CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico* (a cura di CASSESE), Milano, 2006; LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; TRAVI, *La Liberalizzazione*, in *RTDP*, 1998, 3, p. 645.

<sup>2</sup> GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *DE*, 2012, p. 113.

care superamento di un monopolio pubblico in un determinato mercato, la seconda esprime la tendenza del legislatore alla eliminazione, o quanto meno alla riduzione, delle barriere di accesso al mercato, liberando l'intrapresa economica privata dall'incombenza di regimi amministrativi autorizzatori, solitamente collegati alla spendita di poteri discrezionali.

Direttrici differenti, accomunate dal tentativo di offrire risposte alla tradizionale problematica del rapporto tra autorità e libertà, stante il rilievo secondo cui “il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è conseguentemente rappresentata come un arretramento dell'autorità”<sup>3</sup>.

Un dato, quello del rapporto tra liberalizzazioni e arretramento dell'autorità, che già di per sé esprime tutte le difficoltà che si incontrano nel momento in cui si intenda parlare di politiche di liberalizzazione con riferimento al settore delle commesse pubbliche, che potremmo definire *ad autoritarità necessaria* e nel quale l'insistenza di un regime amministrativo di selezione del contraente privato discende da principi nazionali di rilievo costituzionale, come i canoni di imparzialità e buon andamento, nonché da principi di matrice comunitaria, ormai ossatura nel nostro sistema ordinamentale<sup>4</sup>. Basti, per tutti, il richiamo al principio di concorrenza<sup>5</sup>, architrave del diritto europeo che, nel mercato degli appalti pubblici, postula regolazione e selezione da parte delle pubbliche amministrazioni in funzione della creazione di condizioni funzionali alla realizzazione di assetti effettivamente contendibili.

Le difficoltà di immaginare e sperimentare politiche di liberalizzazione

<sup>3</sup> RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, cit., p. 508.

<sup>4</sup> L'influenza del diritto europeo sulla stabilizzazione a livello nazionale di politiche di liberalizzazione nel mercato degli appalti è evidenziata da RAMAJOLI, p. 508: “l'opzione deregolamentativa non è del tutto disponibile per il legislatore perché deve tener conto del dato giuridico e del dettato costituzionale, nonché del diritto europeo”.

<sup>5</sup> Per un approfondimento: TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *DA*, 2013, 1-2, p. 15; CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007. Sul rapporto tra liberalizzazione e concorrenza, FIORENTINO, SALTARI, *Le politiche di concorrenza: dallo “stallo” al rilancio*, in NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 275 ss.; con particolare riferimento alla disciplina dell'evidenza pubblica, ACOCELLA, *Considerazioni sul valore della concorrenza (e sulla portata atecnica della liberalizzazione) nel settore degli appalti pubblici*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli, 2014, p. 89.

nella materia dei contratti pubblici sono dunque di ordine teorico-dogmatico e di diritto positivo. Pur tuttavia, le stesse non hanno impedito al legislatore, negli ultimi anni, di percorrere la strada della liberalizzazione non solo con riguardo a settori a tradizionale spinta liberalizzatrice (dall'edilizia alle attività commerciali), ma investendo la materia degli appalti per ricavarne una più ampia apertura concorrenziale.

È dunque innanzitutto il legislatore che costruisce il legame tra politiche di liberalizzazione e attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, attraverso tutta una serie di disposizioni che sembrano in realtà ispirate, più che da un intento di liberalizzazione, da un spinta alla semplificazione, sia delle procedure che dei modelli di realizzazione delle opere pubbliche, e da precisi intenti di politica economica<sup>6</sup>. Se, infatti, come è stato opportunamente osservato, il senso della semplificazione “attiene alla formazione di relazioni più semplici, chiare e certe”<sup>7</sup> con la pubblica amministrazione, non possono non essere lette in questa prospettiva quelle norme del cd. decreto sulle liberalizzazioni (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. n. 27 del 2012) intese ad alleggerire e integrare la disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche, all'attuazione del dialogo competitivo, alla più celere approvazione delle opere pubbliche attraverso la riduzione degli adempimenti relativi alla redazione dei progetti.

La semplificazione è quindi la traccia seguita in via principale dal legi-

<sup>6</sup> Il rilievo dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione come “strumento di politica economica e sociale” è evidenziato da COMPORI, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *DE*, 2007, 2, p. 232.

<sup>7</sup> TRAVI, *La Liberalizzazione*, cit., p. 652. Nell'ambito della vastissima letteratura giuridica in materia di semplificazione, senza pretesa di completezza: CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *RTDP*, 1991, p. 669; VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *RTDP*, 1998, p. 655; TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *DA*, 1998, p. 386; FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione: verso un'amministrazione senza qualità*, in *DPA*, 1999, p. 323; SANDULLI, *La semplificazione*, in *RTDP*, 1999, p. 757; VANDELLI, GARDINI, *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999; CERULLI IRELLI-LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *DA*, 2000, p. 617; NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002 e dello stesso A., *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006; BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *GDA*, 2004, p. 450; VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa*, Milano, 2006; VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *NA*, 2008, 3-4, p. 417; SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *RGU*, 2012, 1-2, p. 33. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in RENNA, SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 533; BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa. Problemi e prospettive*, in *AA.VV., Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, 2012, p. 1827.

slatore nei recenti interventi normativi in materia di contratti pubblici<sup>8</sup>, ma non l'unica. Le forti istanze alla trasparenza nell'operato delle amministrazioni e alla realizzazione di assetti competitivi e aperti ai capitali privati nel mercato delle commesse pubbliche sono infatti le altre matrici dell'evoluzione legislativa. E, se l'istanza di trasparenza deriva dall'aspirazione (dell'opinione pubblica prima, del normatore poi) alla realizzazione di un sistema di relazioni che metta il mercato al preventivo riparo da pratiche di corruzione, quella della competitività, dell'apertura dei mercati e dell'attrazione della finanza privata<sup>9</sup> è conseguenza diretta della crisi economica<sup>10</sup> che attraversa questi

<sup>8</sup> In chiave critica, POLICE, *Prime riflessioni su semplificazione ed evidenza pubblica nei contratti della P.A.*, in *NA*, 2008, 3-4, p. 691, il quale sottolinea il difficile rapporto tra semplificazione e tutela della concorrenza: "la disciplina dei contratti pubblici, com'è noto di derivazione comunitaria, persegue principalmente il fine della concorrenza, un fine cioè che mal si concilia con misure di semplificazione. L'interesse concorrenziale richiede infatti una regolazione specifica e dettagliata, mentre la semplificazione è orientata verso uno snellimento delle procedure ed una riduzione ed alleggerimento delle regole". In argomento si veda anche OCCHIENA, *Gli appalti pubblici e la semplificazione impossibile*, in *DE*, 2013, 2, pp. 524-525, secondo il quale la disciplina dell'evidenza pubblica nasce per impedire l'accordo collusivo fra l'amministrazione e il terzo, dato che comporta la necessaria riduzione dei margini dell'autonomia contrattuale e, per l'effetto, "l'impossibilità di semplificare".

<sup>9</sup> L'obiettivo di ampliare la platea dei soggetti coinvolti nel finanziamento delle opere pubbliche è, ad esempio, perseguito dal legislatore, nel decreto Liberalizzazioni del 2012, attraverso la norma sui cd. *Project Bonds* (art. 41, d.l. n. 1 del 2012), per la quale, al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, le società di progetto e le società titolari di contratti di partenariato pubblico privato possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in assenza di garanzia ipotecaria, purché destinate alla sottoscrizione da parte di investitori qualificati o soggetti autorizzati a operare sui mercati finanziari. In argomento si rinvia diffusamente a POLICE, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, 2013, 2, p. 221.

<sup>10</sup> Il rapporto tra liberalizzazioni e crisi economica, nonché le contraddizioni insite nelle recenti politiche di liberalizzazione sono evidenziati da GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *DE*, 2012, p. 113 ss. La relazione tra politiche pubbliche, crisi economica e trasformazioni istituzionali è stata di recente indagata sotto diverse angolazioni, per l'indagine sulle quali si rinvia a: FRACCHIA, *Giudice amministrativo, crisi finanziaria globale e mercati*, in *RIDPC*, 2010, 2, p. 451; CERRINA FERONI, FERRARI, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*, Torino, 2012; NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit.; NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *QC*, 2012, 1, p. 141; MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *DE*, 2012, 3, p. 483; E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, in *GDA*, 2012, 7, p. 783; M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea. I rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *RIDPC*, 2013, 1, p. 1; MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *RIDPC*, 2013, 5-6, p. 951; ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata. L'im-*



anni e che cerca risposte proprio in un atteso nuovo fervore del mercato delle infrastrutture<sup>11</sup>. Obiettivo che evidentemente si intende perseguire incrementando l'efficienza nella gestione degli appalti pubblici attraverso strumenti molteplici e di carattere eterogeneo, orientati all'auspicato risultato di una maggiore apertura e flessibilità del settore<sup>12</sup>.

Ne viene fuori dunque un quadro composito di manipolazione del diritto degli appalti pubblici in funzione della realizzazione di "un disegno di regolazione proconcorrenziale"<sup>13</sup> del settore rispetto al quale può semmai parlarsi di liberalizzazione in senso atecnico, aggiungendo nuove coordinate nell'ambito di un processo di dinamica definizione di una nozione giuridica che abbiamo constatato essere capace di aggregare molteplici, e tra loro differenti, strumenti di attuazione. A tal riguardo, del resto, non è mancato chi ha sottolineato l'essenza della liberalizzazione come "nozione dinamica, nozione cioè che descrive una trasformazione normativa" e, allo stesso tempo, "nozione relativa, dato che la riduzione dei limiti, l'attenuazione dei divieti, la dequotazione di vincoli, la concentrazione o la diminuzione della così detta intermediazione burocratica, sono vicende che non comportano necessariamente la piena libertà o la totale de-regolazione delle attività liberalizzate"<sup>14</sup>.

La tendenza alla liberalizzazione passa dunque per una proliferazione delle fonti normative<sup>15</sup>, non scevra dal rischio di esiti patologici<sup>16</sup>, nell'ambito di un processo che tocca una molteplicità di settori e che restituisce, nel suo insieme, la traccia di una rinnovata attenzione per il privato e per le modalità

*presa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in RIDPC, 2014, 1, p. 39; PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in QC, 2014, 1, p. 29.

<sup>11</sup> TONETTI, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, in NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit., pp. 222-223. Del resto, che "il funzionamento corretto del mercato degli appalti pubblici (*public procurement*) promosso da buone norme e da buone prassi costituisce un elemento che accresce la competitività di un paese" è dato sottolineato da CLARICH, *Il codice dei contratti pubblici tra regole della contabilità pubblica e disciplina della concorrenza*, in FOLLIERI, IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 599.

<sup>12</sup> LIGUORI, *Politiche di liberalizzazione e attività contrattuale della pubblica amministrazione. Un'introduzione*, in LIGUORI, ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, cit., p. 19.

<sup>13</sup> LIGUORI, *op. ult. cit.*, p. 19.

<sup>14</sup> SCOCA, *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, cit., p. 3.

<sup>15</sup> SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, p. 47.

<sup>16</sup> Evidenziati da GIULIETTI, *Crisi economica*, cit., p. 119.

del suo coinvolgimento negli spazi della funzione amministrativa, del servizio pubblico e della realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico.

Del resto, come è noto, il coinvolgimento del privato, e delle sue risorse, nell'azione della pubblica amministrazione è linea di tendenza risalente e che ha trovato le più consapevoli espressioni a partire dagli anni Novanta, con il riconoscimento delle prerogative partecipative nell'ambito del procedimento amministrativo, con la spinta verso processi di privatizzazione formali e sostanziali<sup>17</sup>. Le politiche di liberalizzazione di oggi, intese nella riferita dimensione atecnica del fenomeno, possono dunque significare anche apertura del mercato nel senso di un maggiore coinvolgimento del privato sul piano del miglioramento quantitativo e qualitativo del suo apporto. Più in generale, nel senso di un arretramento della disciplina e dell'intervento pubblici al fine di riconoscere ai privati nuovi e più qualificati spazi di manovra. In quest'ottica, gli innesti normativi che interessano il mercato delle commesse pubbliche possono restituire la misura di un coinvolgimento del privato che vada oltre il tradizionale modello di affidamento della realizzazione di opere, ma che lo veda protagonista nelle fasi di selezione delle offerte e definizione tecnica delle stesse, attraverso strumenti più evoluti di scelta del contraente come il dialogo competitivo, nonché di realizzazione di opere che di pubblico hanno l'interesse che le ispira, ma che di privato hanno tutto il resto: dalla proprietà delle aree ai mezzi per realizzarle.

In questa dimensione va inquadrato l'istituto del contratto di disponibilità, introdotto nel nostro sistema con il decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (art. 44) recante "disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (cd. decreto liberalizzazioni) che, come evidenziato, ha contemplato diverse misure che, nella prospettiva di favorire lo sviluppo infrastrutturale, mirano a incidere fortemente sui processi di liberalizzazione nel settore delle commesse pubbliche e a stabilizzare e potenziare forme di collaborazione, diverse dall'appalto, tra pubblico e privato.

Torneremo più avanti sul funzionamento e sulla disciplina dell'istituto, resta tuttavia in questa fase da evidenziare l'intima aderenza dello strumento al descritto processo attivato dalle recenti politiche di liberalizzazione, intese nel riferito senso atecnico, tale da evidenziare una spinta del legislatore verso

<sup>17</sup> Per un approfondimento sul punto e per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia diffusamente a CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, p. 87 ss.

la creazione di modelli che, nel disegnare un percorso di apertura dei mercati, siano capaci di offrire un miglioramento qualitativo del ruolo e dell'iniziativa del privato nell'ambito di settori, quali ad esempio quello della realizzazione di opere pubbliche, nei quali il massimo della "privatizzazione" possibile era apparso raggiungibile con il coinvolgimento di capitali privati attraverso il modello del *project financing* e che invece adesso, con la locazione finanziaria di opere pubbliche e con il contratto di disponibilità, vedono la concreta possibilità di realizzazione di opere che, pur destinate alla disponibilità della pubblica funzione, restino comunque di proprietà privata.

2. *Il modello del partenariato pubblico-privato nella disciplina dell'evidenza pubblica. Differenza tra partenariato e altri modelli di azione amministrativa fondati sulla collaborazione tra pubblico e privato*

L'istituto del contratto di disponibilità si iscrive peraltro nell'ambito di un generale processo di mutazione che, oramai da molti anni, sta interessando l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, nell'ambito della quale, come chiarito, sempre più frequente appare la sperimentazione di strumenti di realizzazione delle opere pubbliche alternativi rispetto al tradizionale schema dell'appalto.

Una linea evolutiva che segna il superamento del principio di tipicità degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche<sup>18</sup> sancito dall'art. 53, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Tale previsione, infatti, nel disporre che "fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione come definiti all'art. 3", è stata di fatto

<sup>18</sup> GIOVAGNOLI, *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto pubblico al partenariato pubblico privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2011, il quale rileva che "tali innovazioni, pure in considerazione del favore che l'ordinamento comunitario riserva alla realizzazione delle opere pubbliche mediante forme di partenariato pubblico privato, sembrano, infatti, segnare il passaggio da un sistema connotato dal principio di tipicità ed esclusività degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche, ad uno ispirato, invece, ad un tendenziale principio di atipicità, nel quale l'appalto perde il suo tradizionale ruolo di centralità e le amministrazioni sono chiamate a confrontarsi con un ventaglio molto più ampio di strumenti di realizzazione e di finanziamento". Sulla tassatività dei sistemi di realizzazione di lavori pubblici, si veda anche TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di project finance*, in *DE*, 2004, 2, p. 297.

superata per via dei successivi interventi del legislatore, che dapprima ha scardinato il principio introducendo (con l'art. 2 del d.lgs. n. 113/2007) l'art. 160 *bis* del codice dei contratti pubblici in materia di locazione finanziaria di opere pubbliche e, successivamente (art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 152/2008), ha inserito nel corpo dello stesso art. 3 il richiamo ai “contratti di partenariato pubblico privato”, ovvero i contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti<sup>19</sup>.

Cambiano dunque le regole e i principi dell'evidenza pubblica e, come già rilevato, cambiano per fattori esogeni. Ancora una volta è la crisi economica che condiziona il legislatore, europeo e nazionale, nella codificazione di modelli *low cost* per le amministrazioni<sup>20</sup>.

E cambiano nel senso della cooperazione, come detto, su piani diversi. La collaborazione nella fase di scelta del contraente nelle procedure di appalto tramite il ricorso agli istituti del dialogo competitivo e dell'accordo quadro. La collaborazione nell'ambito della sperimentazione di modelli realizzativi di opere pubbliche che non incidano, o incidano in misura minima, sulle finanze pubbliche. Un percorso che il legislatore nostrano compie condizionato dalla necessità di dare risposte alla crisi economica e sull'onda lunga del diritto europeo (come confermano le recenti direttive europee in materia di appalti e concessioni: nn. 23/24/25 del 2014<sup>21</sup>) che forgia nuovi modelli e

<sup>19</sup> La disposizione, peraltro, si preoccupa di chiarire, che “rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste”.

<sup>20</sup> NAPOLITANO, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *GDA*, 2013, 3, p. 221.

<sup>21</sup> Il 42° considerando della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sottolinea al riguardo essere “indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere. È opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti. È opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incre-

li impone al diritto nazionale, attraverso meccanismi di sostituzione di un tipo di disciplina ad un altro. Così, come è stato opportunamente osservato, se la disciplina “che aveva origine dallo Stato era dominata dall’esigenza del controllo statale delle variabili economiche, quella che ha origine dall’Unione europea è dominata da un’esigenza di segno opposto, considerato che l’Unione europea ha lo scopo, innanzitutto, di costituire un mercato unico e, intorno ad esso, un’unica economia”<sup>22</sup>.

Le variabili si combinano: da un lato la crisi economica, dall’altro l’influenza del diritto europeo. Due spinte per un unico risultato: l’evoluzione della disciplina dell’evidenza pubblica<sup>23</sup> che, nata per dare sostanza ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, viene ristrutturata per dare risposte a problemi cronologicamente successivi<sup>24</sup>.

Sullo sfondo poi la diffidenza nei confronti dell’amministrazione<sup>25</sup>, delle sue disfunzioni, che vede, negli strumenti del partenariato pubblico privato<sup>26</sup>

mento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati. Si è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. Tale situazione può presentarsi in particolare per i progetti innovativi, per l’esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche o di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato. Se del caso, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a nominare un responsabile di progetto per assicurare una buona cooperazione tra gli operatori economici e l’amministrazione aggiudicatrice durante la procedura di aggiudicazione”.

<sup>22</sup> CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomia privata*, in *RTDP*, 2000, p. 390.

<sup>23</sup> Per un approfondimento, COMPORI, *Problemi e tendenze dell’assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *DE*, 3, 2012, p. 575 ss.

<sup>24</sup> OCCHIENA, *Gli appalti pubblici*, cit., p. 528, il quale sottolinea come la disciplina dell’evidenza pubblica assolve oggi una funzione fondamentale in termini di contenimento della spesa pubblica.

<sup>25</sup> FOLLIERI, *Il diritto amministrativo alla prova delle riforme “Monti”*, in *www.giustamm.it*, 2013, il quale sottolinea come i recenti interventi normativi in funzione di liberalizzazione delle attività economiche e di semplificazione amministrativa seguano “l’idea che l’amministrazione e le sue regole siano una sorta di palla al piede dello sviluppo”. Sul argomento si rinvia diffusamente a FRACCHIA, *L’amministrazione come ostacolo*, in *DE*, 2013, 2, p. 357.

<sup>26</sup> Nell’ambito della vasta letteratura che si è sviluppata di recente sull’argomento, segnaliamo AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *RTA*, 2001, 2, p. 381; CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *UA*, 2011, 8, p. 888; CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; MASSERA, *Il*

una soluzione fin troppo facile<sup>27</sup>. Una soluzione che, nelle declinazioni che in concreto riceve negli istituti giuridici, fa troppo spesso i conti con una strutturale “carenza di visione sistemica dell’oggetto degli interventi”<sup>28</sup>, che finisce per male implementare modelli che, lungi dal considerarsi valvole per una apertura incondizionata al mercato e al privato, postulerebbero un attento vaglio preliminare come occasione “per l’eventuale confronto tra le ragioni del pubblico e le ragioni dei privati”<sup>29</sup>.

Allo stesso tempo, l’affermarsi delle pratiche partenariali consolida uno dei molteplici approdi di quel principio di collaborazione tra pubblico e privato che si propone ormai da tempo come regola generale dell’azione amministrativa<sup>30</sup>.

*partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in RIDPC, 2005, p. 1201; MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

<sup>27</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 3, il quale sottolinea come il partenariato venga comunemente inteso come “uno degli antidoti per superare i fallimenti del mercato”.

<sup>28</sup> AMOROSINO, *Modernizzazione del paese e principi europei per la riforma delle pubbliche amministrazioni italiane*, Relazione al VII congresso Giuridico Forense, Roma, 15-17 marzo 2012.

<sup>29</sup> MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 1213-1214, laddove l’A. osserva che “ogni intervento dell’autorità pubblica sul mercato dei contratti pubblici ... comporta una nuova allocazione di risorse, configurando un riallineamento della dialettica intercorrente tra la (relativa) autonomia delle decisioni politiche e il (relativo) determinismo dei meccanismi del mercato. In particolare, la pregiudiziale preconcorsuale ed antidiscriminatrice insita nel diritto europeo degli appalti pubblici potrà essere scalfita dall’utilizzo delle forme pure di partenariato (che inevitabilmente un qualche affievolimento di quella pregiudiziale producono) solo se alla base della scelta pubblica vi sarà una delibera (di contrarre) adeguatamente argomentata con riguardo ai vari profili, che sappia dare ragione della proporzionalità della scelta stessa rispetto alle esigenze della collettività e nello stesso tempo possa anche essere valutata dall’operatore economico al fine del vaglio dell’eventuale lesione dei propri interessi”.

<sup>30</sup> Per una enunciazione dei tanti ambiti dell’agire amministrativo nei quali è rintracciabile “una qualche componente o valenza collaborativa”, SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., pp. 24-25. In argomento, nello stesso volume si veda anche il contributo di PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell’ordinamento comunitario e nazionale*, 7, che, per descrivere i modelli di collaborazione tra pubblico e privato immagina “una scala articolata su tre livelli che cambiano a seconda dell’intensità della collaborazione che si instaura tra il pubblico ed il privato e a seconda del contesto che caratterizza il rapporto e che può essere di separazione, scambio o cooperazione”. Il dato per cui la nascita dei nuovi strumenti di partenariato sia intimamente connessa al progressivo maggior coinvolgimento del privato nell’ambito delle attività amministrative è evidenziato anche da DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 55. Dello stesso autore, in argomento, si veda anche *I contratti alternativi all’appalto per la rea-*

È stato infatti rilevato come la collaborazione tra pubblico e privato si proponga come “obiettivo di natura in primo luogo politica”, tale da rappresentare “fattore ideale di convergenza sostanziale per l’elaborazione, prima, e per l’interpretazione, poi, di numerose riforme, di significative politiche pubbliche e di non meno rilevanti ricostruzioni giurisprudenziali”<sup>31</sup>.

L’impulso forte, in questa direzione, arriva ancora una volta dal diritto europeo<sup>32</sup>, perché è in quell’ambito che il partenariato è assunto al rango di “vero e proprio principio che condiziona l’assetto organizzativo e le azioni delle istituzioni europee e delle Pubbliche Amministrazioni che con esse si relazionano”<sup>33</sup>. Un principio che fonda su di un pluralità di ragioni giustificatrici, che possono essere sinteticamente schematizzabili<sup>34</sup> e che vanno dalla riduzione della sfera pubblica<sup>35</sup> alla ricerca di utilità, in termini di risorse economiche e conoscenze, rintracciabili solo nel settore privato, passando per la necessaria vigilanza sugli assetti concorrenziali, che postula una regolazione delle attività di partenariato, onde scongiurare il rischio di condotte distorsive del canone della competitività.

La varietà delle ispirazioni alla base dell’opzione per i modelli di parte-

*lizzazione di opere pubbliche*, in *www.giustamm.it*, laddove si sottolinea che “fattore di impulso alla costruzione di una categoria autonoma del partenariato pubblico privato è dato dal percorso di modernizzazione organizzativa e gestionale intrapreso negli ultimi anni dalle pubbliche amministrazioni. Questa evoluzione, tra l’altro, ha portato al lento ma progressivo inserimento, in ambito pubblicistico, di principi e criteri economico aziendali, opportunamente adattati (il c.d. *new public management*) nonché all’affermarsi della concezione della amministrazione di risultato. Per quanto concerne l’attività delle pubbliche amministrazioni, il merito di questa nuova concezione è stato di porre in evidenza che il coinvolgimento del privato nella produzione e gestione del servizio pubblico è indispensabile per rendere efficiente ed efficace l’erogazione dello stesso e per realizzare consistenti risparmi economici”. Sul tema, si veda anche LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*, 2014, p. 3 il quale sottolinea come “in un contesto ideologico tipico di una stagione di innovazioni in senso partecipativo, consensuale, collaborativo” si riconoscano la privato nuove “capacità di azione” per la soddisfazione di interessi collettivi.

<sup>31</sup> Gli ultimi due virgolettati recuperano considerazioni di CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., pp. 35-36.

<sup>32</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati*, cit., p. 2, secondo il quale “in Europa il Partenariato esercita una forte attrazione, politica prima che giuridica. Evoca infatti principi generali della costituzione economica quali *l’economia sociale di mercato*”.

<sup>33</sup> PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato*, cit., p. 9.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 11-12.

<sup>35</sup> MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; CASSESE, *La fine della sovranità economica dello Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. p. 9 ss.

nariato diventa poi varietà e differenze delle soluzioni che vengono in concreto sperimentate.

Un quadro multiforme di possibilità applicative che, come evidenzia l'art. 3 comma 15 *ter* del ccp, spazia da forme contrattuali connesse alle diverse attività del ciclo di realizzazione delle opere pubbliche e di pubblica utilità (progettazione, costruzione, gestione, manutenzione) fino alla fornitura di servizi anche per il tramite di società miste.

Un ventaglio di opportunità e strumenti che consente di sostenere che il PPP “non è un istituto giuridico, ma una *policy* che il legislatore italiano, sulla scorta di indirizzi europei e, prima, di una tendenza generale dei paesi avanzati, ha fatto propria ed istituzionalizzato in varie figure”<sup>36</sup>. Una *policy* che si traduce in strumenti molteplici e differenti, che pur tuttavia condividono un minimo comune denominatore nella “convergente funzione, di attrarre, ed utilizzare, risorse finanziarie ed organizzatorie private nel compimento di attività complesse, pubbliche o di interesse pubblico, in stretta collaborazione con le amministrazioni”<sup>37</sup>.

Del partenariato non può allora non offrirsi una nozione di tipo puramente descrittivo<sup>38</sup>, nell'ambito di un percorso ricostruttivo che mira a mettere insieme istituti che nascono separatamente e che finiscono per condividere una matrice e principi regolatori comuni.

Nell'ambito di questo percorso di progressiva emersione dei caratteri essenziali del partenariato pubblico-privato una tappa fondamentale è rappresentata dai punti fermi offerti dal Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione europea (COM(2004)327)<sup>39</sup>, relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, nel quale non troviamo un definizione giuridica di cosa sia il partenariato, ma dal quale emerge un quadro definitorio complessivo conseguente alla ricognizione dei caratteri fondamentali dei differenti modelli partenariali.

Ne viene fuori un'insieme di requisiti, il cui positivo riscontro permette

<sup>36</sup> AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato*, cit., p. 383. L'A. peraltro, in via di premessa, inquadra il partenariato pubblico-privato nell'ambito della tendenza alla privatizzazione del diritto amministrativo (381).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 383. In argomento, CARTEI, *Le varie forme*, cit., p. 888, evidenzia che “il fenomeno dei PPP deve riferirsi all'esperienza propria dello Stato regolatore che, dismessi i panni interventisti, si appropria delle funzioni tipiche dell'organizzatore e del controllore”.

<sup>38</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati*, cit., p. 4.

<sup>39</sup> Per una lettura critica delle disposizioni contenute nel Libro Verde si rinvia a MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 1201 ss.



di inquadrare una determinata attività nelle forme del partenariato pubblico-privato. Queste “invarianti”<sup>40</sup> possono essere così sinteticamente riducibili: a) la durata relativamente lunga della collaborazione, che comporta una cooperazione stabile tra pubblico e privato; b) la modalità di finanziamento del progetto, a carico del *partner* privato; c) il ruolo “forte” dell’operatore economico privato, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, esecuzione), laddove l’amministrazione pubblica concentra i suoi sforzi principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico<sup>41</sup>, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, garantendone anche il relativo controllo; d) la ripartizione dei rischi tra *partner* pubblico e privato, con trasferimento a quest’ultimo di rischi operativi solitamente a carico del settore pubblico.

Tipologie di intervento differenti che, nel loro insieme, disegnano dunque “un modello d’organizzazione e d’azione amministrativa” basato sul “fare insieme di soggetti pubblici e privati, pur se con funzioni, interessi e ruoli differenti e variabili secondo il tipo di collaborazione”<sup>42</sup>.

Un modello che, come già chiarito, si articola in una serie di strumenti che il citato Libro Verde cataloga nelle due differenti declinazioni dei partenariati istituzionali e contrattuali, a seconda che l’esito della collaborazione consista nella creazione di un soggetto istituzionale cui venga demandato un compito (l’esempio classico è quello delle società miste nella gestione dei servizi pubblici locali<sup>43</sup>), oppure dia luogo a relazioni negoziali funzionali alla realizzazione di interventi di pubblica utilità (qui il panorama è vario e spazia dalla concessione di lavori pubblici alla finanza di progetto<sup>44</sup>, fino ai più recenti approdi quali, per l’appunto, il contratto di disponibilità).

<sup>40</sup> AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato*, cit., p. 385.

<sup>41</sup> RICCHI, *La regolazione di un’operazione di partenariato pubblico-privato*, in *RARI*, 2007, 2, p. 149.

<sup>42</sup> Gli ultimi due virgolettati riportano espressioni di DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., pp. 55-57, cui si rinvia anche per la descrizione storica dell’origine e dell’evoluzione del partenariato nell’esperienza pre-unitaria.

<sup>43</sup> SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, in *www.federalismi.it*, 2012, p. 3.

<sup>44</sup> Per un inquadramento dell’istituto, *ex multis*, si rinvia a FERRARI, FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004; PICOZZA, *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Torino, 2005; CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in ID. (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, p. 219.

Un'insieme di modelli applicativi che dunque trae linfa dal diritto europeo<sup>45</sup> e che, per l'effetto, è soggetto al rispetto dei principi fondamentali che in quell'ordinamento di sono sviluppati<sup>46</sup>, a partire dalle regole di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione<sup>47</sup>.

Quando si parla di procedure trasparenti e concorrenziali non bisogna

<sup>45</sup> Strumenti che trovano impulso per effetto del diritto dell'Unione europea che punta sui modelli partenariali nell'ambito di un processo di emersione di una serie di istituti giuridici che, nei diversi paesi dell'Unione, conoscono morfologie e prassi applicative differenti. Basti pensare all'istituto della locazione finanziaria per la realizzazione di opere pubbliche che, nel nostro ordinamento trova riconoscimento e disciplina nell'art. 160 *bis* del ccp e che, in altri paesi dell'Unione, conosce declinazioni in parte differenti. Se, infatti, il *leasing* finanziario funziona secondo uno schema per cui un soggetto-conduttore "si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, ma che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da una società che poi lo concede in *leasing* per un determinato periodo di tempo" (FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *FA TAR*, 2012, p. 1040), questo impianto trova connotazioni applicative diverse nei vari ordinamenti europei. In Gran Bretagna, ad esempio, lo strumento utilizzato è il LIFT (*Local Improvement Finance Trust*) che comporta la costituzione di una società mista pubblico-privata, nella quale il *partner* privato è selezionato con procedura di gara pubblica. Tale società è detta *Lifco* e con essa l'amministrazione conclude un contratto per la realizzazione di un'opera. A carico della società resta la proprietà dell'opera, nonché la sua manutenzione e la prestazione dei servizi correlati. In Francia, invece, il modello di riferimento è il BEA (*Baux Emphytéotiques administratifs*), ovvero un particolare tipo di contratto di locazione d'immobile per cui il locatario gode di un diritto di occupazione su di un terreno pubblico e dei diritti reali sull'immobile che verrà realizzato su quel terreno per tutto il tempo di durata del rapporto contrattuale. Il locatario è, in buona sostanza, un proprietario temporaneo dell'opera, la cui gestione è affidata all'ente territoriale pubblico, il quale effettua pagamenti periodici a ristoro dell'investimento del privato. In Spagna poi il modello partenariale trova declinazione nell'ambito di un contratto a carattere flessibile, cui si può fare ricorso peraltro solo in via residuale, quindi soltanto quando, in relazione all'interesse pubblico da soddisfare, non siano disponibili altre tipologie contrattuali pubbliche previste dalla legge. Il riferimento è al *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, per effetto del quale l'amministrazione affida ad un privato una missione globale e integrata che comprende il finanziamento di un investimento pubblico cui viene associata un'attività che, a seconda della definizione contrattuale, può consistere alternativamente nella costruzione di un'opera, nella gestione della stessa, nella produzione di beni o servizi. Sul piano della realizzazione dell'opera, questa può essere affidata dunque *in toto* al privato oppure soltanto parzialmente, mentre sulla parte pubblica grava l'onere della corresponsione del prezzo (per l'opera o il servizio), rateizzato per tutta la durata del contratto (ancora FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 1048, il quale definisce tale contratto come "un modo, aperto e flessibile per procedere alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione").

<sup>46</sup> In argomento si rinvia ampiamente a M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI, vol. I., Milano, 2008, p. 159 ss.

<sup>47</sup> Per un approfondimento sul tema, SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato*, cit., pp. 29-32, CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., p. 888.

però immaginare necessariamente procedure che si sviluppino nella dimensione della cd. doppia gara. A tal riguardo, è stato evidenziato infatti come, accanto ai principi che il partenariato condivide con la tradizionale attività contrattuale della pubblica amministrazione, sia altresì enucleabile un principio che caratterizza in modo peculiare i modelli partenariali e che possiamo sintetizzare nella formula della “non necessità della doppia gara”<sup>48</sup>. La regola si è venuta sviluppando, come noto, nell’ambito della giurisprudenza europea che ha ragionato sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, raggiungendo un approdo fondamentale nella sentenza “*Acoset*” della Corte di Giustizia del 15 ottobre 2009<sup>49</sup>. In quella decisione, il giudice comunitario ha chiarito che quando il socio privato di una s.p.a. mista è selezionato mediante procedura concorrenziale a evidenza pubblica, attraverso una “verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell’offerta in considerazione delle prestazioni da fornire”, il diritto europeo non è di ostacolo ad affidamenti diretti, purché a beneficio di una compagine societaria “costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo”<sup>50</sup>.

Dalla panoramica dei tratti fondamentali dei modelli di partenariato, discende poi la possibilità di individuare le linee differenziali tra gli schemi appena ricostruiti e altri strumenti dell’esperienza amministrativa nei quali pure è possibile individuare una relazione tra pubblico e privato, nel senso che attività di cura del pubblico interesse vengano svolte facendo leva sul coinvolgimento diretto di soggetti privati.

Il primo riferimento è alla categoria delle esternalizzazioni<sup>51</sup> e, sul nostro

<sup>48</sup> SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato*, cit., p. 32. Sul punto si veda anche, CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., p. 890.

<sup>49</sup> CGCE, sez. III, 15 ottobre 2009 (causa C-196/08), in *GI*, 2010, 5, p. 1194, con nota di CARANTA, *La Corte di Giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblico-privati*. In argomento anche LUCIANI, “Pubblico” e “Privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *RDComDGO*, 2012, 4, p. 719.

<sup>50</sup> I virgolettati fanno riferimento al punto 63 della decisione e alle conclusioni.

<sup>51</sup> DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, p. 100; PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L’organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, p. 179; TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell’outsourcing nella pubblica amministrazione (prime riflessioni)*, in *DE*, 2002, p. 1; MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005 (dello stesso autore anche *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, in *RCC*, 2004, 1, p. 276); PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *DA*, 2005, 4, p. 963; MIGNONE, PERICU, ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizza-*

terreno d'indagine, torna d'attualità il richiamo al partenariato come modello d'azione fondato sul "fare insieme", nell'ambito di un processo per cui parte pubblica e parte privata lavorano in comune per la realizzazione di un risultato. Un dato non rintracciabile, a ben vedere, nei fenomeni di esternalizzazione in senso tecnico, che si caratterizzano in realtà per l'attribuzione a soggetti privati di un compito tradizionalmente proprio dell'amministrazione pubblica: l'amministrazione attribuisce il compito, il privato svolge il compito. I ruoli sono ben distinti anche in questo caso, ma non c'è un lavoro comune per il raggiungimento del risultato. Nei processi di *outsourcing* la delega è totale e passa per il riconoscimento al privato di "ampi margini di autonomia"<sup>52</sup>. Sinteticamente si può sostenere che "l'esternalizzazione, anche quando coinvolge frazioni o settori di funzione amministrativa, sembra esigere che lo scopo organizzativo ultimo del programma di collaborazione avviato dal pubblico sia la piena ed autonoma responsabilizzazione, organizzativa e gestionale, del privato, con finale attribuzione allo stesso, e sia pure solo in parte, dei compiti originariamente svolti dall'autorità"<sup>53</sup>.

Diversamente, il partenariato "esige sempre il mantenimento di una relazione di coalizione tra pubblico e privato"<sup>54</sup>, seppure nell'ambito di una precisa delimitazione di compiti, responsabilità e rischio tra le parti della relazione contrattuale<sup>55</sup>.

Il partenariato pubblico-privato appare poi distinguersi anche rispetto ai modelli di organizzazione e azione amministrativa fondati sulla sussidiarietà orizzontale. Per quanto infatti il partenariato pubblico-privato possa essere inteso come il risvolto giuridico del principio di sussidiarietà sociale ed amministrativa di cui all'art. 118 della Costituzione<sup>56</sup>, sul piano tecnico-operativo, la sussidiarietà non descrive un fenomeno di cooperazione, come quello proprio del partenariato, ma trova solitamente espressione in meccanismi di sostituzione dell'intervento privato rispetto all'intervento pubblico<sup>57</sup>.

*zioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo spagnoli (Genova 25-27 maggio 2006), Bologna, 2007. Sulla tendenziale emersione di soggettività private a rilevanza pubblica, si rinvia a SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, spec. p. 55 ss.

<sup>52</sup> FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>53</sup> CORTESE, *Tipologie e regime*, cit., p. 36.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>55</sup> CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*, cit., p. 893.

<sup>56</sup> M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati*, cit., p. 6.

<sup>57</sup> CORTESE, *op. ult. cit.*, p. 37, il quale comunque sottolinea come, in tema di sussidiarietà,

La nozione di partenariato alla quale si intende aderire fa dunque perno sul momento collaborativo tra pubblico e privato come tratto distintivo di tutti gli strumenti partenariali, un tratto che ovviamente appare scaturigine e applicazione di quel principio di collaborazione<sup>58</sup> (e, a monte, partecipazione), che caratterizza, a dosi sempre più massicce, le dinamiche di sviluppo dell'azione amministrativa. Sotto profilo, lungi dallo stabilire un'equazione tra le categorie della partecipazione e del partenariato, appare più corretto individuare tra i due concetti una relazione di genere (la partecipazione) a specie (il partenariato), avendo ben chiaro il confine tra le categorie che passa per il dato per cui mentre la partecipazione "è principio prevalentemente, anche se non esclusivamente, metodologico ... il secondo è sintesi o risultato di un assetto organizzativo o gestionale"<sup>59</sup>. Se la partecipazione è metodo, questo metodo può allora trovare una delle sue applicazioni negli strumenti del partenariato<sup>60</sup>.

### 3. *Il contratto di disponibilità e il partenariato pubblico-privato: l'aderenza al modello concessorio*

Nell'ambito di questa traccia, si inserisce, per quanto attiene al nostro diritto dei contratti pubblici, il nuovo istituto del "contratto di disponibilità"<sup>61</sup>, da intendersi quale strumento negoziale mediante il quale, a fronte di

non manchino autorevoli linee di pensiero "per le quali la sussidiarietà non comporterebbe mai la costituzione, tra pubblico e privato, di rapporti di reciproca esclusione, bensì potrebbe concepirsi, nel quadro costituzionale italiano, solo come formula di collaborazione e di condivisione delle strategie volte alla tutela o alla promozione di beni definibili come comuni". Il rinvio è alle riflessioni di ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

<sup>58</sup> TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, 2008.

<sup>59</sup> CORTESE, *op. ult. cit.*, p. 38.

<sup>60</sup> È stato inoltre rilevato che "tale tipo di operazioni e la posizione che l'amministrazione assume nelle stesse, peraltro, devono essere inquadrati nel più generale fenomeno dell'evoluzione del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzazione, di regolatore e di controllore". Cfr. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria*, cit., p. 1058.

<sup>61</sup> Tra i primi commenti sull'argomento, segnaliamo: ZARRO, *Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale a sostegno dell'opportunità di equilibri congiunturali*, in *Mumus*, 2014, 1, p. 113; COMPORI, *Problemi e tendenze*, cit., p. 575; FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato*, cit.; FANTINI, *Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, Treccani; FIDONE, *Dalla locazione finanziaria*, cit., p. 1039; GALLIA, *Il contratto di disponibilità*, in *RGM*, 2013, 3, p. 441; PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, in PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti*

un corrispettivo, sono affidate a un privato la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata ma destinata all'esercizio di un pubblico servizio.

Nel lessico del legislatore la "messa a disposizione" dell'opera comporta una serie di oneri a carico dell'affidatario, il quale assume il rischio economico della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per tutto il periodo di vigenza del contratto, al fine di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal congegno negoziale e garantendo, allo scopo, la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

L'affidatario, come detto, è a sua volta retribuito attraverso un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza della effettiva disponibilità dell'opera, e che viene proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice. La disciplina che oggi è prevista nell'art. 160 *ter* del Codice dei contratti pubblici, prevede inoltre: l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione della stessa, nell'ipotesi di trasferimento della proprietà all'amministrazione aggiudicatrice al termine del contratto; un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato al valore di mercato residuo dell'opera e tenuto conto dei canoni già versati e dell'eventuale contributo in corso d'opera già prestato.

Fin qui per quanto attiene ai profili di disciplina, che lasciano tuttavia una serie di questioni aperte connesse all'inquadramento e alla funzionalità del dispositivo. Sotto il primo profilo, posta l'aderenza agli istituti del partenariato pubblico privato sancita all'art. 3 comma 15 *ter* del ccp, è stato evidenziato come il contratto di disponibilità presenti evidenti analogie con il regime concessorio, come del resto sembra svelare lo stesso legislatore nel momento in cui collega il congegno negoziale a una procedura di "affidamento, con terminologia che è tipica delle concessioni"<sup>62</sup>.

*pubblici commentato*, Milano, 2013; MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico privato. Prime riflessioni a seguito del decreto "liberalizzazioni"*, in *www.giustamm.it*, 2012; TUFARELLI, *Il contratto di disponibilità*, in *GDA*, 2012, 6, p. 604.

<sup>62</sup> PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., p. 1785. L'A. peraltro sottolinea come in relazione a innovative fattispecie contrattuali, come il contratto di disponibilità, "vengano sottolineati spesso la novità e la peculiarità, lasciando troppo spesso in ombra gli elementi di co-

Al di là delle indicazioni terminologiche, altri indizi in questa direzione sembrano poi emergere dal meccanismo di operatività dello strumento<sup>63</sup>, come descritto dal codice, nell'ambito di una disciplina che vede il privato assumersi i rischi connessi alla realizzazione e gestione dell'opera, ma non il rischio di disponibilità, quello legato alla successiva messa sul mercato del bene, stante il rilievo per cui l'opera è già destinata a essere assorbita nella disponibilità dell'amministrazione pubblica.

In quest'ottica, è stato sottolineato come “dal punto di vista economico, il privato si comporta come il concessionario, che a fronte della garanzia di un diritto speciale ed esclusivo ... assume su di sé il rischio imprenditoriale della realizzazione dell'opera”<sup>64</sup>.

Del resto, l'art. 143 del codice dei contratti pubblici, nel descrivere le caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici, al comma 9, descrive una

munanza con moduli convenzionali dei quali l'amministrazione ha molta maggiore esperienza e capacità d'intendere gli snodi fondamentali da negoziare (com'è del grande giacimento di esperienza e conoscenza dato dalle concessioni amministrative); non di rado ciò avviene anche per ragioni teoriche: è piuttosto evidente che queste nuove tipologie contrattuali mostrano una più che evidente qualificazione privatistica ed il mostrare le profonde analogie con negozi tradizionali (come la concessione di beni o servizi) finisce per mettere in evidenza la natura puramente contrattuale anche di questi ultimi per i quali, invece, si vorrebbe da molti conservare l'enfasi del momento pubblicistico per come consegnata dalla tradizione”.

<sup>63</sup> Non mancano tuttavia profili differenziali rispetto al tradizionale meccanismo della concessione di costruzione e gestione di opere destinate all'espletamento di servizi pubblici in quanto, a ben vedere, con il contratto di disponibilità “si assiste a una significativa modificazione dell'alea contrattuale, che appare maggiormente concentrata nella fase della progettazione e costruzione rispetto alla gestione: infatti, meglio l'opera sarà progettata e costruita e minori saranno i successivi costi per la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti i vizi, anche sopravvenuti, posti a carico dell'affidatario”. Così, COMPORI, *Problemi e tendenze*, cit., pp. 595-596, il quale sul punto recupera le riflessioni di ROMANENGI, *Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al codice dei contratti pubblici*, in *UA*, 2012, 5, p. 503.

<sup>64</sup> PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., p. 1786, il quale sottolinea inoltre come, sul piano del finanziamento dell'opera, il privato “si comporta come una società di *leasing*, che assume la proprietà di un fabbricato per vedersi restituire il prezzo in rate periodiche, all'ultima delle quali corrisponderà anche l'acquisto dell'immobile”. L'analogia con il modello del *leasing* operativo è evidenziata dalla Corte dei conti sezione regionale di controllo per la Puglia, che, nella deliberazione n. 66/PAR/2012, ha osservato al riguardo che “il contratto di disponibilità potrebbe confondersi con il *leasing* operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (...) dietro pagamento dei canoni; i quali, diversamente dal *leasing* finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene”.

modalità operativa che presenta evidenti analogie strutturali rispetto al contratto di disponibilità. La norma infatti chiarisce che “le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l’alea economico-finanziaria della gestione dell’opera” e descrive pertanto uno schema nel quale manca un “rapporto con terzi utenti”<sup>65</sup> e si permette un utilizzo diretto dell’opera da parte dell’amministrazione. Né più e né meno di quanto accade con il contratto di disponibilità che, per questa via, sembra configurarsi come specie nel genere concessorio, tipizzata dal legislatore al fine di disciplinarne regole peculiari per il suo funzionamento<sup>66</sup>.

L’elemento del rischio, e della sua allocazione tra le parti, è in ogni caso quello che restituisce l’aderenza rispetto alla categoria del partenariato pub-

<sup>65</sup> GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. Amm.*, 2011, 4, p. 704. Per l’individuazione dei caratteri essenziali delle concessioni di lavori pubblici, AVCP, determinazione n. 2 dell’11 febbraio 2011. In tema, CARTEI, *Il rischio di costruzione del concessionario segue la disciplina generale del contratto di appalto*, in *www.giustamm.it*, 2012: “nella disciplina tratteggiata dall’art. 3, comma 11, del Codice dei contratti pubblici le «concessioni di lavori pubblici» costituiscono contratti aventi le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori «ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice». Del pari, anche l’art. 143, comma 3, prevede che «la controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».

<sup>66</sup> Del resto strumenti negoziali del tutto analoghi al contratto di disponibilità venivano già sperimentati nella prassi delle amministrazioni. Cfr. T.R.G.A., sez. Trento, 11 luglio 2008, n. 165, in *www.giustamm.it*: “integra un appalto pubblico di natura mista, lo schema contrattuale in cui non sia ravvisabile un soggetto (concedente) che consegue un finale risultato, conseguendo, da una parte, la disponibilità ai propri fini delle strutture e, dall’altra, il pagamento di un corrispettivo da parte del gestore, ma, all’opposto, un soggetto (appaltante) che consegue un risultato (fornitura, lavoro e servizi) a fronte di un corrispettivo in denaro (il Collegio trentino esclude la qualificazione di concessione di costruzione e gestione in una fattispecie in cui il contraente privato si obbliga alla progettazione, fornitura, costruzione ed installazione delle apparecchiature di protonterapia; alla fornitura dell’infrastruttura clinica (*imaging* e diagnostica collegati alla terapia); alla progettazione e costruzione dell’edificio di contenimento (aree cliniche, tecnologiche e logistiche) e delle relative infrastrutture tecniche (cabine elettriche di trasformazione, sistema di raffreddamento); alla manutenzione ed operatività tecnica giornaliera per 15 anni dal positivo collaudo – con espressa esclusione dell’applicazione terapeutica, demandata alla struttura sanitaria pubblica – verso il pagamento differito di un corrispettivo e nel quadro di una serie contrattuale strettamente connessa, che prevede anche la cessione in godimento e/o in disponibilità (no-leggio e locazione) e, in un secondo tempo, l’esercizio dell’opzione d’acquisto ovvero la ritenzione dei beni realizzati sull’area di proprietà dell’appaltante)”.



blico privato e la cui analisi può offrire argomenti in senso favorevole o contrario alla tesi della riconducibilità del contratto di disponibilità al modello concessorio.

Sotto questo profilo, determinanti appaiono le acquisizioni maturate in ambito europeo. Il riferimento è alla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, secondo la quale gli *assets* realizzati nell'ambito di operazioni di partenariato pubblico-privato non vadano classificati come attivi pubblici (e pertanto non siano registrati nel bilancio dello Stato), ma considerati *off-balance* quando vi sia un effettivo trasferimento al privato dei rischi e, in particolare, quando il privato assuma in via prioritaria e fondamentale il rischio di costruzione e, in aggiunta, almeno uno tra i rischi di disponibilità e di domanda<sup>67</sup>.

Ne viene fuori un quadro definitorio delle operazioni di partenariato tutto fondato sulla verifica della ripartizione concreta dei rischi tra parte pubblica e parte privata nelle previsioni legislative relative ai vari modelli operativi. Una verifica che, nel caso della disciplina del contratto di disponibilità descritta dal codice dei contratti pubblici milita senza dubbio, sul piano generale e come più volte evidenziato, nel senso della riconducibilità dello stesso ai modelli partenariali, stante il rilievo per cui, unitamente al rischio di costruzione, la parte privata si fa carico anche della gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria dell'opera al fine di offrire alla disponibilità dell'amministrazione un prodotto pronto all'uso e senza costi di realizzazione e gestione. Analogamente, all'amministrazione è consentita la sospensione o la riduzione dei pagamenti in caso di indisponibilità dell'opera, non imputabile alla parte pubblica, in linea quindi con le istruzioni di Eurostat in punto di verifica del rischio di disponibilità.

Quello che invece non incide sulla parte privata, nel congegno del contratto di disponibilità, è il rischio di domanda. Il *partner* privato, a fronte della disponibilità (e, a monte, della funzionalità) dell'opera, ha al suo cospetto un

<sup>67</sup> Sull'argomento, si rinvia a GOISIS, *op. ult. cit.*, spec. pp. 710-711. L'A. definisce il rischio di disponibilità come "relativo alla qualità e al volume dei servizi che il *partner* privato durante la fase di utilizzazione dell'opera" e incide sul privato in quei meccanismi nei quali l'amministrazione, "nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti", possa ridurre o sospendere i pagamenti a favore del privato. Diversamente, il rischio di domanda "riguarda i volumi di domanda del servizio che il *partner* privato finisce per soddisfare" e incide sul privato quando "sono correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio di utenza". Per rischio di costruzione, invece, si intende "quello relativo, nella fase di realizzazione dell'infrastruttura, per esempio ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a *standard* inadeguati, a deficienze tecniche".

solutore certo e individuato, dal quale può ricavare un profitto fisso, indipendente dai flussi di domanda che possa generare il mercato<sup>68</sup>.

Viene a tal proposito da chiedersi se un sistema di dislocazione dei rischi strutturato nel senso che sul privato gravino i rischi di costruzione e gestione, nonché il rischio di disponibilità, ma non il rischio di domanda, non sia di ostacolo alla riconducibilità del contratto di disponibilità al modello concessorio<sup>69</sup>. Se, infatti, “nella visione di Eurostat, perché il rischio economico

<sup>68</sup> Non grava quindi sulla parte privata il cd. rischio di mercato che, nell’ambito dei modelli partenariali, caratterizza invece lo strumento del *project financing* nel suo modello puro, e rispetto al quale evidentemente dovrebbe segnare un profilo differenziale, in quanto, nel contratto di disponibilità, il privato “potrà contare su un cliente sicuro e permanente e non su una platea indistinta di utenti (come avviene nella più parte dei casi di cosiddetto *project financing* pubblico – in realtà non altro che concessioni di costruzione e gestione)” (Così PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., p. 1787).

<sup>69</sup> Del contratto di disponibilità è stata suggerita l’assimilazione allo schema della “locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore”, facendo leva sul dato per cui l’opera arriva nella disponibilità dell’amministrazione pronta all’uso e senza che la parte pubblica abbia dovuto sostenere oneri connessi alla sua realizzazione. In realtà, una simile ricostruzione “può destare qualche difficoltà concettuale, ove si consideri che la locazione di cosa futura non è espressamente contemplata dal codice civile, il quale, anzi, secondo la lettura prevalente, prevede, tra le obbligazioni principali del locatore, quella dell’immediata consegna dell’immobile locato (cfr. artt. 1575, c. 1, n. 1, c.c. ed anche 1587, c. 1, n. 1, c.c.)”. (così FANTINI, *Contratti pubblici. Il contratto di disponibilità*, cit., il quale rinvia a C. Conti, sez. contr., 24.11.1995, n. 150, in *FA*, 1996, p. 2089). Sul punto va chiarito che l’ammissibilità di una locazione di cosa futura, con particolare riguardo alla materia delle commesse pubbliche, trova conferma nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato (sez.V) che, con la sentenza 3 dicembre 2010, n. 8420 (*in www.giustizia-amministrativa.it*), ne ha sottolineato la praticabilità, evidenziandone le differenze rispetto alla vendita di cosa futura, all’opposto ritenuta non utilizzabile. Chiarisce la decisione che “sono di palmare evidenza, invero, le differenze intercorrenti tra la vendita di cosa futura – di cui può temersi l’utilizzazione allo scopo di dissimulare l’appalto di lavori e la locazione di cosa futura, utilizzata dall’amministrazione, nel quadro di una generale politica di dismissione del patrimonio immobiliare, per fronteggiare la mancanza di risorse finanziarie necessarie per l’appalto e per la necessità di beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche”. In realtà, la disciplina del contratto di disponibilità evidenzia profili di analogia, sul piano dello schema funzionale, sia con la locazione che con la vendita di cosa futura. Tale contratto infatti può qualificarsi sia come contratto di godimento che come contratto traslativo. È di godimento nei casi in cui non vi sia alcuna pattuizione relativa all’ipotesi di trasferimento finale della proprietà del bene all’amministrazione, per cui la parte pubblica si limiterà a pagare periodicamente il canone connesso al godimento del bene. In questo caso, la fattispecie è assimilabile a una locazione. Ma la vicenda può altresì assumere una connotazione traslativa tutte le volte in cui il contratto preveda l’acquisto del bene da parte dell’amministrazione al termine del periodo di godimento in disponibilità (FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 1056). In questa seconda declinazione, pertanto, il contratto assumerebbe una fisionomia sovrapponibile a quella della vendita di cosa futura. Sempre sulla

possa dirsi allocato al concessionario, esso deve essere significativo (ossia tale da mettere in discussione l'equilibrio economico della operazione)<sup>70</sup> e può consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità come nel rischio di domanda, tale posizione tuttavia non trova completo riscontro nella giurisprudenza comunitaria, anche successiva alla decisione. La Corte di giustizia europea infatti si è occupata del tema soprattutto in materia di concessioni di servizi, giungendo alla conclusione che il rischio qualificante il meccanismo concessorio sia solo il rischio di domanda, capace di esporre l'operatore economico all'alea del mercato, e quindi a tutti i rischi connessi, come la concorrenza tra gli operatori, gli squilibri tra domanda e offerta di servizi, l'insolvenza delle controparti<sup>71</sup>.

locazione di cosa futura si veda, di recente, Cons. St., sez.V, 10 aprile 2014, n. 1962, in *FA CDS*, 2013, 4, 944: "ai sensi dell'art. 267 del trattato Ce e in relazione all'art. 23 statuto della Corte di giustizia, dell'art. 3 l. 13 marzo 1958 n. 204 e della Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, vanno rimesse ad essa le seguenti questioni: se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma di atto di impegno a locare, equivale ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non può essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 direttiva 2004/18/Ce; se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, può il giudice nazionale e, segnatamente, quello remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario". Sulla vendita di cosa futura: Cons. St., sez.VI, 1 marzo 2005, n. 816, in *RGE*, 2005, 3, I, p. 827, "l'acquisto di cosa futura è un istituto che non solo opera in deroga alla normativa generale in materia di appalti pubblici, ma, addirittura, si pone in alternativa all'appalto di opera pubblica, che resta il sistema ordinario per l'acquisizione di opere di pertinenza pubblica. Sicché l'esperibilità della vendita di cosa futura da parte della p.a., pur essendo ammissibile in astratto, in concreto è condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime e dalla necessità – dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d'appalto – che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche".

<sup>70</sup> GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività*, cit., p. 711. Sulla scia della posizione assunta da Eurostat si colloca peraltro l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale una concessione di lavori è tale anche laddove ricorra solo rischio di disponibilità e di costruzione. Anzi, secondo l'Autorità, tale conclusione sarebbe altresì imposta dall'art. 143, c. 9: "le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera".

<sup>71</sup> Ancora GOISIS, *op. ult. cit.*, p. 711, al quale si rinvia diffusamente per gli opportuni rife-

L'orientamento del giudice europeo trova peraltro parziali conferme nella recente direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, nella quale si offre una nozione di concessione fondata sulla nozione di "rischio operativo"<sup>72</sup>, tale da comportare la possibilità per il privato di non recuperare investimenti e costi sostenuti. Un rischio del genere, secondo la direttiva, non ricorrerebbe allora tutte le volte in cui il *partner* pubblico garantisca al privato "un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi" (considerando n. 18).

La nozione di rischio operativo cui aderisce la direttiva è tuttavia qualcosa di diverso dalla nozione di rischio di domanda che la giurisprudenza comunitaria assumeva come tratto caratterizzante il modello concessorio. Il considerando n. 20 infatti chiarisce che "il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda".

Perché insista sul privato il rischio operativo può essere allora sufficiente l'alea connessa al possibile mancato recupero di spese e investimenti in conseguenza di vizi sul piano dell'offerta, tali da determinare che la stessa non corrisponda alla domanda. Un rischio di tal genere appare strutturale nella dinamica del contratto di disponibilità, per come descritto dalla sua previsione normativa. Quella disciplina, infatti, fa perno sulla possibilità da parte dell'amministrazione di ridurre o sospendere il pagamento dei canoni di disponibilità per vizi della prestazione sul piano dell'offerta e della sua funzio-

rimenti delle giurisprudenza comunitaria, a partire da: CGE, sez. III, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, laddove si sottolinea che "rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi" (AVCP, Determinazione n. 4 del 22 maggio 2013).

<sup>72</sup> Sul punto, RICCHI, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *UA*, 2014, 7, p. 741.

nalità, ma anche, come vedremo più avanti, sulla rilevanza della sede del collaudo come momento di “accettazione” della disponibilità del bene da parte della pubblica amministrazione. Un quadro di possibilità operative per il *partner* pubblico di incidere sull'*an* e sul *quantum* della corresponsione al privato alle quali corrispondono puntuali rischi espositivi per l'operatore economico<sup>73</sup> cui, per utilizzare nuovamente il lessico della direttiva, non viene garantito “un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi”.

Né appare, in questa direzione, di ostacolo la previsione di cui al comma 2 dell'art. 160 *ter* del ccp che, dopo aver gravato, in via ordinaria, l'affidatario dei rischi connessi alla costruzione e gestione tecnica dell'opera, sembra esprimere una qualche flessibilità della relativa ripartizione quando ammette che le modalità della stessa possano essere oggetto di determinazione nel contratto. In realtà la flessibilità è più apparente che reale, perché la norma è al tempo stesso chiara nel descrivere il contratto come luogo di una diversa collocazione dei rischi in relazione a sole due evenienze: quella del rischio regolatorio sopraggiunto, derivante dal “sopravvenire di norme o provvedimento cogenti di pubbliche autorità”; quella del rischio amministrativo, connesso al “mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa”. Rischi che dunque, nel difetto di una specifica pattuizione contrattuale, risultano a carico del *partner* privato, aggravandone il peso della relativa posizione. Diversamente opinando, del resto, e ipotizzando una più ampia discrezionalità contrattuale nella determinazione di differenti modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, verrebbe meno la stessa aderenza del contratto di disponibilità non già al regime concessorio ma, più a monte, al modello del partenariato pubblico-privato che, come evidenziato, passa per una chiara e solo relativamente alterabile articolazione di rischi e competenze tra le parti.

<sup>73</sup> Del resto, rileva RICCHI, *op. ult. cit.*, p. 746, sembra che, nel linguaggio della direttiva, “il rischio operativo dal lato dell'offerta coincida con il rischio di disponibilità, anche se viene da domandarsi perché la Direttiva non l'abbia esplicitato almeno nei *consideranda*, quando il rischio di disponibilità ha già un'ampia casistica definitoria ed è espressamente richiamato da documenti comunitari di contabilità Eurostat”.

#### 4. *Le regole dell'evidenza pubblica per la realizzazione di opere di proprietà privata*

Ai sensi dell'art. 160 *ter* del ccp, oggetto del contratto di disponibilità è la costruzione e messa a disposizione di un'opera di proprietà privata, escludendo in radice che il contratto possa riferirsi alla realizzazione di opere pubbliche.

Del resto, anche a voler prescindere dalla espressa dizione del legislatore, i meccanismi descritti dalla norma appaiono in contrasto con la possibilità di realizzare un'opera *ab origine* pubblica. Basti pensare che “la stessa dazione in disponibilità con assunzione del relativo rischio da parte del privato, a fronte della quale l'amministrazione paga una canone, sembra presupporre la proprietà privata del soggetto che deve garantirla”<sup>74</sup>. Su di un piano diverso, poi, la previsione di un meccanismo di trasferimento della proprietà alla parte pubblica alla scadenza del periodo di disponibilità lascia immaginare che, sino al momento del trasferimento, la proprietà dell'opera non possa essere che privata<sup>75</sup>.

La circostanza potrebbe evidenziare peraltro la particolarità del contratto di disponibilità nell'ambito degli strumenti del partenariato pubblico-privato e potrebbe segnare un distinguo rispetto a figure che abbiamo visto essere contigue. Il riferimento è innanzitutto all'istituto della locazione finanziaria *ex art. 160 bis*, rispetto al quale pure manca una previsione espressa sulla proprietà pubblica o privata dell'opera da realizzare. Anzi, il legislatore sembra inviare indizi non in piena sintonia tra di loro se, da un lato, descrive lo strumento come funzionale alla realizzazione di “opere pubbliche o di pubblica utilità” e, dall'altro, prevede che “l'opera *può* essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario” (art. 160 *bis*, comma 4 *quater*, ccp, introdotto dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), descrivendo quella che sembrerebbe configurarsi come una mera facoltà.

La norma sulla locazione finanziaria sembra dunque immaginare che lo strumento sia funzionale alla realizzazione di un'opera che possa essere di proprietà pubblica, per quanto “se l'opera fosse già di proprietà dell'amministrazione, sarebbe incomprensibile la stipula del contratto di locazione ed il pagamento dei canoni da parte della stessa”<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 1059.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 1059.

<sup>76</sup> *Ibidem*, cit., p. 1060. Sulla stessa linea si colloca la Corte dei Conti (sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 1139/2009/PRSE, in [www.cortecconti.it](http://www.cortecconti.it)), secondo la

Ma vi è di più, perché la stessa previsione normativa di un patto di riscatto a favore della pubblica amministrazione, come possibile modalità della locazione finanziaria, sembra non giustificabile nella prospettiva della originaria proprietà pubblica dell'opera<sup>77</sup>.

Indizi dai quali emerge come, pur nel difetto di una espressa previsione normativa in tal senso, anche il meccanismo del *leasing* finanziario presupponga il carattere privato dell'opera da realizzare, che non appare pertanto tratto distintivo del solo contratto di disponibilità.

Ciò posto, con il contratto di disponibilità, siamo al cospetto di una fattispecie che contempla la “realizzazione di un bene privato con le modalità dell'evidenza pubblica”<sup>78</sup> come conseguenza del vincolo di destinazione alla messa a disposizione in favore della pubblica amministrazione e in considerazione del vantaggio economico che deriva al privato dall'operazione.

Alla base del contratto vi è dunque una procedura di aggiudicazione ma si tratta, in ogni caso, di una procedura di aggiudicazione “del tutto peculiare e atipica”<sup>79</sup>.

La peculiarità sta nella circostanza che a base della gara ci sia un progetto preliminare (così l'art. 160 *ter*, comma 3, del ccp). Del resto, se l'obiettivo è la realizzazione di un'opera privata che debba essere messa a disposizione

quale “se l'area fosse di proprietà della stazione appaltante, vale a dire dell'ente pubblico, verrebbe meno lo stesso impianto della locazione finanziaria, poiché non è concepibile che il proprietario dell'area concluda un contratto di locazione riferito alla stessa”.

<sup>77</sup> Non manca peraltro chi legge nella norma per cui “l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario” l'ipotesi che il contratto di *leasing* possa riferirsi a un bene immobile di proprietà pubblica ma “con cessione del diritto di superficie al privato”<sup>78</sup>Tale diritto verrebbe costituito col contratto di locazione e a favore della società di *leasing* e si estinguerebbe nel caso in cui l'amministrazione eserciti il patto di riscatto, ma l'ipotesi appare comunque difficilmente praticabile sul piano operativo e della convenienza economica dell'intera operazione. Così, BOTTO, *Il leasing in costruendo nella “giurisprudenza” dell'Autorità di vigilanza e nell'evoluzione normativa*, in CROCCO, MANDRACCHIA, RUSCONI (a cura di), *Leasing in costruendo*, Torino, 2009, laddove peraltro si sostiene che, se l'opera è realizzata su suolo di proprietà dell'amministrazione, questa, una volta scaduto il diritto reale di superficie, tornerebbe nella piena proprietà dell'opera, indipendentemente dal pagamento del corrispettivo pattuito per il riscatto. L'alternativa potrebbe consistere nel prevedere per il diritto di superficie una durata molto più lunga di quella pattuita per il contratto di *leasing*, in modo da far sì che il bene conservi, alla scadenza del contratto di *leasing*, un valore di mercato per l'amministrazione, tale da indurla a esercitare l'opzione di riscatto oneroso.

<sup>78</sup> FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, cit.

<sup>79</sup> FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 1060.

della pubblica amministrazione per una destinazione a pubblico servizio, la soluzione non può che essere per un elaborato che non indugi sugli elementi progettuali e costruttivi, quanto piuttosto sugli aspetti funzionali, gli unici determinanti per una scelta di aggiudicazione. La gara sarebbe allora calibrata sulla verifica da parte dell'amministrazione della funzionalità dell'opera, residuando totale libertà al privato sul piano dell'idea progettuale e della sua realizzazione.

Emerge quindi un quadro nell'ambito del quale l'amministrazione gode di un potere di aggiudicazione preventiva e di verifica successiva mediante lo strumento del collaudo (entrambi i momenti finalizzati alla verifica della funzionalità dell'opera per la quale si intende ottenere la messa a disposizione), mentre il privato è il *dominus* della progettazione e realizzazione dell'opera (che del resto è opera privata) e, in particolare, è tenuto a curare tutti i livelli della progettazione (preliminare, definitiva, esecutiva) e della realizzazione<sup>80</sup>.

Un'interpretazione che, in ogni caso, non manca di sollevare perplessità su di una pluralità di piani. In primo luogo, "l'amministrazione potrebbe tro-

<sup>80</sup> Incide dunque sul privato la responsabilità per tutto il segmento creativo, che va dalla progettazione all'esecuzione nell'ambito di un meccanismo per cui "nessun livello progettuale è sottoposto all'approvazione dell'ente pubblico committente. Il privato si deve infatti limitare a inoltrare all'amministrazione una mera comunicazione in merito all'intervenuto completamento dell'attività progettuale. Ma l'approvazione del progetto in senso stretto resta un fatto interno al privato. La medesima comunicazione deve essere inviata, ove prescritto, alle altre autorità competenti. Peraltro, se queste ultime devono approvare il progetto, i rischi derivanti dalla mancata approvazione o da ritardi della stessa restano a carico del privato". Così MANGANI, *Il contratto di disponibilità*, cit., il quale sottolinea, tra l'altro, che la previsione presenta elementi di criticità in quanto "impone al privato l'assunzione di rischi rispetto ad eventi che sono totalmente al di fuori della propria sfera di controllo e che, specie in relazione ai ritardi nell'approvazione, possono penalizzare sensibilmente le sue prestazioni e le sue attese di rendimento, senza che egli ne abbia colpa o possa in qualche modo intervenire. Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che astratta, in cui a seguito di ritardi nell'approvazione del progetto da parte delle autorità preposte slitti la messa a disposizione dell'opera all'ente committente, esponendo il privato alle relative penali. È evidente che una previsione di questo tipo può costituire un oggettivo elemento di disincentivo per il privato e, di conseguenza, un fattore di criticità per la diffusione dell'istituto. Il privato può anche introdurre in corso d'opera, in totale autonomia, varianti progettuali che, evidentemente a suo giudizio, siano finalizzate a una maggiore economicità di costruzione e gestione, ovvero che siano dovute a norme e provvedimenti delle autorità pubbliche. Le varianti ricevono il medesimo trattamento del progetto originario quanto alla relativa approvazione e agli eventuali ritardi della stessa. In sostanza, nello schema del contratto di disponibilità l'ente pubblico committente resta totalmente estraneo all'attività di progettazione, i cui oneri e rischi sono di esclusiva e totale competenza del privato".



varsi a dovere confrontare opere assolutamente diverse tra loro e ciò potrebbe rendere particolarmente difficile anche la valutazione comparativa delle loro caratteristiche tecniche e funzionali”<sup>81</sup>. Inoltre, nell’ipotesi di contratto di disponibilità traslativo, l’acquisizione finale del bene da parte dell’amministrazione è caratteristica che dà sostanza all’intera vicenda negoziale, fino a “qualificare la causa del contratto”<sup>82</sup>. Per questa via sembra difficile ipotizzare che “l’amministrazione non possa esercitare alcuna forma di controllo sulla progettazione dell’opera”<sup>83</sup>.

Emerge pertanto un’intima incoerenza tra la previsione dell’art. 160 *ter* sul contratto di disponibilità e quella dell’art. 153, comma 3, lett. a), relativa alla finanza di progetto, laddove invece si prevede che il progetto preliminare del promotore sia sottoposto a dettagliata sub-procedura di approvazione, stante peraltro il comune esito traslativo dei pur diversi congegni contrattuali per cui, alla fine del periodo contrattuale, “l’amministrazione comunque si troverà nella piena proprietà e disponibilità dell’opera costruita”<sup>84</sup>.

Per quanto concerne poi la gara per la scelta dell’affidatario<sup>85</sup> del contratto e, quindi, della realizzazione e gestione dell’opera, la normativa prevede che la gara avvenga sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa<sup>86</sup>. Posto che, come evidenziato, la valutazione dell’amministra-

<sup>81</sup> FIDONE, *op. ult. cit.*, pp. 1065–1066.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 1066.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 1066.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 1066.

<sup>85</sup> Per quanto riguarda il profilo del soggetto affidatario, per quanto “la legge implicitamente alluda alla figura dell’affidatario quale impresa privata da individuare con procedure selettive adeguate, non sembra pregiudizialmente esclusa la possibilità che il contratto di disponibilità veda come controparte un’impresa pubblica partecipata dall’affidante, purché essa assuma interamente il rischio delle attività oggetto del contratto”. Così, PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., p. 1791. Contro un’interpretazione del genere milita l’inserimento del contratto di disponibilità nell’ambito dei modelli di PPP, che fanno perno sulla relazione pubblico-privato, ma va anche detto che la norma dell’art. 160 *ter* “non qualifica l’affidatario se non in ragione delle sue prestazioni e la normativa Eurostat legittima la possibilità che una società – interamente o parzialmente – partecipata dall’ente affidante e che svolga attività commerciale o industriale assumendone il relativo rischio veda i suoi investimenti ed il ricorso al debito separato e distinto dall’ente socio” (ancora PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 1791). A tal proposito però bisogna chiedersi se, anche in questo caso, l’operazione possa ritenersi *off balance* per le casse pubbliche e abbiamo visto che tale caratteristica è essenziale per la qualificazione di strumenti giuridici come PPP.

<sup>86</sup> Sul punto, va segnalata la posizione espressa dall’AVCP nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013, secondo cui l’art. 160 *ter* “non individua la procedura di gara da seguire, ma,

zione guarda alla funzionalità, convenienza e affidabilità dell'operazione, in sede di gara "la stazione appaltante dovrà mostrarsi in grado di valutare elementi variabili come la durata del contratto, la qualità delle prestazioni gestionali, l'adeguatezza delle garanzie, la coerenza della progettazione con il capitolato"<sup>87</sup>. Aspetti che, in ogni caso, non riguardano il momento progettuale e realizzativo che resta nella dominabilità del soggetto affidatario, come conferma la disciplina delle varianti, che possono essere introdotte in corso d'opera dall'affidatario senza che siano richieste autorizzazioni o approvazioni di sorta da parte dell'amministrazione<sup>88</sup>.

Ovviamente lo strumento di tutela per l'amministrazione, in questo caso, è dato dal collaudo, sede di ogni verifica sulla proficua utilizzabilità dell'opera, ma c'è da chiedersi se sia utile, sia per la parte pubblica che per quella privata, declinare uno schema nel quale non c'è dialogo sulle modalità esecutive dell'opera e residua invece all'amministrazione un potere di accettare o meno, a seguito del collaudo, un'opera. La non accettazione all'esito del collaudo infatti frustra le aspettative del privato confidente nel rientro dell'investimento attraverso i canoni in corrispettivo, ma frustra anche l'interesse pubblico che evidentemente postula la realizzazione, e l'utilizzazione anche celere, dell'opera. Considerazioni che valgono, a maggior ragione, per quelle ipotesi in cui il privato abbia realizzato l'opera sulla base di un contributo pubblico in corso d'opera. L'esistenza di una dotazione economica pubblica alla base della realizzazione dovrebbe comportare una possibilità di dialogo per la pubblica amministrazione nel momento esecutivo, appunto per ovviare al rischio della introduzione di varianti che cambino radicalmente le condizioni rispetto al momento dell'aggiudicazione.

La disciplina delle varianti, per come strutturata, rivela pertanto limiti derivanti dalla circostanza per cui il legislatore, con il contratto di disponibilità, ha disegnato un procedura rigida, nella quale la preoccupazione appare piuttosto quella di sollevare l'amministrazione da compiti e rischi connessi

essendo il criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3), si tratterà di preferenza di una procedura ristretta. Nonostante il silenzio della norma sul punto, si ritiene che, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debbano essere valutati sia l'offerta tecnica, ossia il progetto preliminare presentato dai concorrenti, sia l'offerta economica relativa al canone di disponibilità. Ciò anche in considerazione del rinvio espresso all'art. 83 del Codice, che annovera il prezzo tra le componenti da valutare in sede di aggiudicazione".

<sup>87</sup> PERFETTI, *160-ter. Contratto di disponibilità*, cit., p. 1793.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 1792.

alla costruzione e gestione, ma che, nel non articolare momenti di dialogo sulla fase di realizzazione dell'opera, e sulle varianti in particolare, mina potenzialmente la buona riuscita complessiva dell'operazione, a detrimento del pubblico interesse, come di quello privato.

5. *L'affidatario del contratto di disponibilità come autorità espropriante. Il conferimento di funzioni espropriative per delega amministrativa*

Anche per quanto riguarda la problematica della proprietà delle aree di intervento, la norma di cui all'art. 160 *ter* lascia sul campo un serie di opzioni. La disposizione non chiarisce infatti se le aree sulle quali inciderà l'intervento debbano, al momento della gara per l'aggiudicazione del contratto, essere di proprietà privata, ovvero di proprietà dell'ente aggiudicatore, con conseguente, successiva cessione all'aggiudicatario per la realizzazione dell'intervento. Altra opzione è che "possano essere acquistate o espropriate eventualmente dopo la gara e, quindi, dopo aver valutato il progetto preliminare, dal quale dovrebbe almeno desumersi quale sia l'area interessata dall'opera"<sup>89</sup>. Un indizio in questo senso potrebbe essere ricavato dall'inciso contenuto nella parte finale del comma 5 dell'art. 160 *ter*, laddove si chiarisce che "l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327", ma la norma appare troppo sbrigativa sul punto per offrire argomenti conclusivi<sup>90</sup>.

Connessa appare poi la questione che riguarda l'eventuale utilizzabilità di aree demaniali<sup>91</sup> che, se interessate dall'operazione, costituirebbero aree di

<sup>89</sup> ROMANENGI, *Breve analisi*, cit., p. 504.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 504.

<sup>91</sup> Sul punto chiara la posizione assunta dall'AVCP nella determinazione n. 4 del 22 maggio 2013: "si pone, al riguardo, la questione delle aree demaniali, se, cioè, esse possano o meno essere destinate a costituire il sedime di opere che, pur destinate ad un pubblico servizio, rimangono di proprietà del privato. Tale aspetto va valutato in relazione al fatto che, al termine del contratto di disponibilità, il privato si troverebbe ad occupare un'area demaniale senza titolo. Si deve, pertanto, ritenere che, stante il carattere privato dell'opera, il contratto di disponibilità non possa riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico, quali, ad esempio, strade, cimiteri, porti, carceri, mentre risulta compatibile con la realizzazione di aree immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare. Nella fattispecie in cui non è prevista l'acquisizione della proprietà dell'opera da parte del-

sedime per la realizzazione di opere che abbiamo visto essere a tutti gli effetti di proprietà privata. Se ciò fosse possibile, alla scadenza del contratto di disponibilità, il privato si troverebbe a occupare un'area demaniale senza titolo, in violazione della previsione di cui all'art. 823 c.c., e comunque nella condizione di proprietario di un immobile da destinarsi, con ogni probabilità, ad utilizzo diverso rispetto a quello individuato nel contratto<sup>92</sup>.

In ogni caso, posto che il contratto di disponibilità ha ad oggetto la costruzione e gestione di un'opera di proprietà privata, questa "in virtù del principio civilistico dell'accessione, dovrà sorgere su terreno privato"<sup>93</sup>. Ferma la non contestabilità di questo principio di fondo, la lettura dell'art. 160 *ter* lascia allora immaginare due ipotesi. La prima è che l'opera venga realizzata su area già di proprietà dell'aggiudicatario, la seconda che l'area sulla quale realizzare l'opera debba essere espropriata a terzi.

Per quanto concerne la prima ipotesi, è stato sottolineato come essa possa determinare una "restrizione della concorrenza, tagliando fuori tutti quei soggetti che non siano in grado di offrire il bene immobile di proprietà privata"<sup>94</sup> e finendo per condizionare la decisione dell'amministrazione che fatalmente opererà una scelta anche tenendo conto del fattore determinante connesso al luogo di realizzazione dell'opera. Preoccupazioni in ogni caso sementite dalla prassi. Nelle poche applicazioni<sup>95</sup> del contratto di disponibilità che finora hanno visto la luce, si è proceduto nel senso di intervenire sopra aree in proprietà della pubblica amministrazione e sulle quali costituire diritti

l'amministrazione, il contratto di disponibilità trova la sua ideale applicazione a quei contesti in cui effettivamente il servizio sia svolto per un periodo di tempo limitato. Viceversa, qualora sia previsto il riscatto finale, lo schema negoziale presenterà diverse analogie con il *leasing* in costruendo e risulterà particolarmente adatto alla realizzazione di opere finalizzate allo svolgimento di servizi essenziali e continuativi".

<sup>92</sup> ROMANENGGI, *op. ult. cit.*, p. 504.

<sup>93</sup> FIDONE, *op. ult. cit.*, p. 1063.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 1063.

<sup>95</sup> A partire dall'esperienza-pilota del comune toscano di Massarosa per la "costruzione e messa a disposizione a favore del comune del complesso scolastico Piano di Conca", il cui bando e schema di contratto di disponibilità sono reperibili sul sito istituzionale dell'ente: <http://www.comune.massarosa.lu.gov.it/it/home.html>. In ogni caso le applicazioni riguardano esclusivamente le cosiddette "opere fredde" (quelle insuscettibili di produrre ritorni diretti, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante, e che non consentono per questo l'applicazione di tariffe e non consentono di generare flussi di cassa in grado di permettere il rimborso dei fondi impiegati per realizzarle) e principalmente coinvolgono i settori dell'edilizia scolastica e della realizzazione di impianti fotovoltaici.

di superficie in favore dei privati, in linea di continuità con la soluzione resa praticabile dalla Corte dei Conti con riguardo alla contigua fattispecie del *leasing in costruendo*<sup>96</sup>.

In relazione alla seconda possibilità, il quadro normativo di riferimento si compone del già riferito inciso del comma 5 dell'art. 160 *ter* ("l'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327"), quant'anche del comma 3 della stessa norma che, nella parte finale, sottolinea che "gli oneri connessi agli eventuali espropri sono considerati nel quadro economico degli investimenti e finanziati nell'ambito del contratto di disponibilità"<sup>97</sup>.

La norma rinvia dunque all'art. 6 del d.P.R. n. 327/2001, secondo cui "se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo". La disposizione, per l'effetto, equipara la posizione dell'aggiudicatario del contratto di disponibilità a quella del concessionario e del contraente generale<sup>98</sup> nell'ambito di un meccanismo di conferimento di fun-

<sup>96</sup> Vedi C. Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 49/CONTR/11: "potrebbe ammettersi l'utilizzo di questo strumento purché il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo rispetto a quello previsto per il contratto di locazione finanziaria, cosicché nel momento in cui spira il termine del contratto di *leasing* il bene conservi un apprezzabile valore di mercato che, al contrario, verrebbe meno ove vi fosse coincidenza tra scadenza del contratto di locazione finanziaria e diritto di superficie. Infatti, in quest'ultimo caso, nel momento in cui cessa il diritto di superficie l'ente pubblico non solo riacquista la piena proprietà dell'area ma anche quella dell'opera realizzata sulla stessa, indipendentemente dall'esercizio del diritto di opzione e, addirittura, anche nel caso in cui non intendesse esercitare l'opzione".

<sup>97</sup> Sul punto è stato però sottolineato come tale disposizione ponga a carico dell'amministrazione "gli oneri legati agli eventuali espropri da effettuarsi per la realizzazione dell'opera. Peraltro, dal momento che l'opera, per espressa previsione del Legislatore, sarà di proprietà privata (almeno fino all'eventuale trasferimento finale all'amministrazione), tali espropri saranno finalizzati a fare acquisire la proprietà delle aree al privato-costruttore. Pertanto, appare dubbia la coerenza della norma che pone a carico dell'amministrazione gli oneri di esproprio e che, di fatto, potrebbe fare pagare due volte all'amministrazione lo stesso bene, la prima volta al momento dell'esproprio e la seconda volta al momento del trasferimento finale della proprietà dell'opera". Così, FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., pp. 1056-57.

<sup>98</sup> Per un approfondimento: DE NICTOLIS, *La progettazione e l'espropriazione del general contractor*, in *Il CDS*, 2004, 5-6, p. 1259.

zioni espropriative mediante delega. Un meccanismo diverso rispetto all'ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà espropriative ai privati<sup>99</sup>. L'art. 3, comma 1, lett. b), del Testo Unico in materia di espropriazione è infatti chiaro nel definire "autorità espropriante": "l'autorità amministrativa titolare del potere di espropriare e che cura il relativo procedimento, ovvero il soggetto privato, al quale sia stato attribuito tale potere, in base ad una norma".

Nel nostro caso di specie, non sembra ricorrere questa ipotesi: la norma riconosce infatti all'amministrazione la facoltà di attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante, postulando un momento formale di conferimento dei poteri pubblicistici connessi al procedimento ablatorio, che evidentemente può trovare collocazione nello stesso contratto di disponibilità, come pure in un momento successivo (magari in conseguenza di varianti al progetto iniziale).

Le fattispecie sarebbero dunque diverse, stante il rilievo per cui, nel caso di conferimento di funzioni espropriative per delega, l'amministrazione pubblica non ne dismette la titolarità<sup>100</sup>. Nondimeno, è stato evidenziato come il combinato disposto degli artt. 3, comma 1, lett. b) e 6, comma 1, del Testo Unico sull'espropriazione, lasci emergere chiaramente "il carattere strumentale del procedimento espropriativo rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità. Pertanto, se l'esercizio della potestà espropriativa è connesso alla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità dovrebbe supporre che anche il concessionario e il contraente generale possano divenire 'autorità esproprianti' in virtù del conferimento mediante delega"<sup>101</sup>. Per questa via diventa allora immaginabile una "assimilazione funzionale"<sup>102</sup>

<sup>99</sup> Per una ricognizione delle categorie dei soggetti privati investiti *ex lege* di potestà espropriative: MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, pp. 169-170.

<sup>100</sup> Di recente, CGA Sicilia, sez. giurisd., 8 aprile 2014, n. 189, in *FA*, 2014, 4, p. 1134: "nell'ipotesi di trasferimento di funzioni pubbliche dal concedente al concessionario, l'amministrazione concedente non si spoglia della responsabilità relativa allo svolgimento della procedura espropriativa, secondo i suoi parametri legali, in particolare per quanto riguarda la tempistica rigorosamente prefissata, permanendo il suo obbligo di sorvegliarne il corretto svolgimento: obbligo che, oltre che dai principi generali, può derivare altresì dalla convenzione, la quale, a fronte di gravi inadempienze della concessionaria agli impegni assunti, può prevedere la decadenza dalla concessione".

<sup>101</sup> MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., 168, il quale sul punto ripropone gli spunti di: DE NICTOLIS, *Art. 3, in L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal d.lgs. 302/2002*, Milano, 2003, p. 24; CONTICELLI, *La nuova disciplina del procedimento espropriativo*, in *GDA*, 2003, p. 464.

<sup>102</sup> MALTONI, *op. ult. cit.*, p. 168.

al ruolo di autorità espropriante anche per tutti quei soggetti rispetto ai quali il conferimento di funzioni espropriative avvenga per delega amministrativa, fermo tuttavia il requisito discriminante per cui il meccanismo di conferimento determini l'integrale sostituzione del privato all'amministrazione nell'esercizio della potestà espropriativa come conseguenza di un completo mutamento dell'ordine delle competenze<sup>103</sup>.

Tornando alla disciplina particolare del contratto di disponibilità, il fatto che la norma contempra la mera possibilità per l'amministrazione di attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante non sembra configurare un'ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà espropriative, stante la necessità di una mediazione amministrativa perché il conferimento si perfezioni. In ogni caso, la fattispecie di legge descrive un meccanismo nell'ambito del quale i costi dell'esproprio sono comunque a carico dell'amministrazione. Un punto che, come abbiamo visto, viene chiarito nell'ultimo alinea del comma 3 dell'art 160 *ter* ccp. Una soluzione che appare in linea con gli indirizzi giurisprudenziali<sup>104</sup> che si sono formati in ordine alle modalità di tra-

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 169, il quale evidenzia trattarsi di ipotesi difficilmente configurabile in concreto, in quanto dovrebbe ammettersi che l'amministrazione concedente o affidante (nelle diverse ipotesi del concessionario e del contraente generale) sia legittimata a delegare tutti i poteri inerenti al procedimento espropriativo di cui è titolare. Pertanto, allorché si ritenga che non possa affermarsi una piena coincidenza tra le funzioni esercitate dai concessionari o contraenti generali delegati e quelle dei privati conferitari *ex lege*, a norma dell'art. 3, comma 1, lett. b), T.U. 'autorità espropriante' appare soltanto l'amministrazione pubblica delegante, quand'anche la stessa abbia delegato una parte dei suoi poteri a soggetti privati

<sup>104</sup> Vedi Cass. civ., sez. I., 21 maggio 2003, n. 7950, in *RGEI*, I, p. 155: "nell'ipotesi di concorso di più enti nell'attuazione dell'opera pubblica, deve aversi riguardo al soggetto che nel provvedimento ablatorio risulta beneficiario dell'espropriazione, salvo che dal decreto stesso non emerga che ad altro ente, in virtù di legge o di atti amministrativi e mediante figure sostitutive a rilevanza esterna (delegazione amministrativa, affidamento improprio, concessione traslativa), sia stato conferito il potere ed il compito di procedere all'acquisizione delle aree occorrenti e di promuovere e curare direttamente, agendo in nome proprio, le necessarie procedure espropriative, ed addossarsi i relativi oneri; solo in questi ultimi casi, infatti, si verifica una situazione in cui, legittimato a compiere l'attività con competenza propria, sia un ente diverso da quello cui l'opera spetta, e, come in ipotesi di provvedimento di concessione di un'opera pubblica e delle relative espropriazioni mediante delega dei relativi poteri, si verifica il trasferimento di funzioni e potestà proprie dell'espropriante al concessionario. Sicché quest'ultimo diviene, in veste di soggetto attivo del rapporto espropriativo, l'unico titolare di tutte le obbligazioni che ad esso si ricollegano ed il solo legittimato passivo nell'eventuale giudizio di opposizione alla determinazione delle corrispondenti indennità". Più di recente il Consiglio di Stato (sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4229, in *FA CdS*, 2013, 7-8, p. 2043) ha sottolineato come il

sferimento di funzioni e potestà espropriative nei confronti del concessionario e che appare adeguata nella prospettiva della realizzazione di un'opera pubblica (o comunque funzionale al pubblico interesse) e destinata, in un secondo momento, a diventare opera pubblica anche sul piano della appartenenza proprietaria.

Da tutto ciò sembrerebbe allora potersi dedurre, pur nel silenzio del legislatore sul punto, che la facoltà di attribuire al privato la qualifica di autorità espropriante possa essere utilizzata dall'amministrazione in sede di contratto di disponibilità soltanto in tutti quei casi in cui il congegno negoziale preveda un patto di riscatto obbligatorio in capo all'amministrazione, con conseguente trasferimento del bene nella proprietà dell'amministrazione alla scadenza del periodo di messa in disponibilità. Diversamente opinando, in tutti i casi in cui, terminata la messa a disposizione del bene, questo torni nella sfera di utilizzo del privato, la stessa sarebbe arricchita per effetto di una procedura ablatoria i cui oneri sono stati sostenuti dal *partner* pubblico.

Una soluzione che peraltro si riflette anche sulla connessa problematica relativa all'individuazione dello strumento giuridico attraverso il quale maturi il conferimento dei poteri espropriativi. A tal proposito, come visto, l'art. 6 del T.U. sull'espropriazione parla di amministrazione che "può delegare" l'esercizio dei poteri espropriativi, ma viene da chiedersi se il richiamo al meccanismo della delega sia inteso dal legislatore nel suo significato tecnico ovvero atecnico.

È stato al riguardo segnalato che "la fattispecie in esame potrebbe qualificarsi o come delegazione amministrativa intersoggettiva o come concessione traslativa di funzioni pubbliche"<sup>105</sup>. In entrambi i modelli, il conferimento non determina il trasferimento della titolarità del relativo potere, ma riguarda il

ricorso a una concessione traslativa per l'attribuzione al concessionario della titolarità di poteri espropriativi, non possa comportare l'esclusione di ogni responsabilità al riguardo del concedente. Perché ciò avvenga, il principio di legalità dell'azione amministrativa impone che l'attribuzione all'affidatario dei poteri espropriativi e l'accollo da parte sua degli obblighi indennitari siano previsti da una legge che espressamente li autorizzi. D'altra parte, sottolinea la decisione "ove detta legge non lo preveda o non lo consenta, l'accollo degli obblighi indennitari e risarcitori può essere utilmente invocato purché non sia rimasto fatto interno tra espropriante ed affidatario e quest'ultimo, nell'attività che lo abbia portato in contatto con il soggetto passivo dell'esproprio, si sia correttamente manifestato come titolare delle relative obbligazioni, oltre che investito dell'esercizio del potere espropriativo".

<sup>105</sup> MALTONI, *op. ult. cit.*, pp. 172-173, cui si rinvia anche per i riferimenti di dottrina sull'argomento.



mero esercizio del potere amministrativo. Ne consegue pertanto la permanenza in capo al soggetto delegante di rilevanti poteri che possono incidere sull'esercizio del potere, sotto i diversi profili della direzione, del controllo e della revoca.

Fermo il perseguimento di finalità di pubblico interesse, altro elemento che accomuna le fattispecie è che tanto il concessionario quanto il delegato agiscono in nome proprio. Tuttavia, mentre il concessionario, oltre alla cura dell'interesse pubblico, soddisfa anche interessi propri, diversa è la condizione del delegato, che persegue per definizione il solo interesse del delegante, quindi dell'amministrazione, perché "la delegazione intersoggettiva è istituito, almeno secondo la concezione generalmente accolta, la cui portata non travalica l'ambito dei rapporti organizzativi intercorrenti tra amministrazioni pubbliche" e realizza "una deroga dell'ordine delle competenze amministrative"<sup>106</sup>.

Poste queste premesse, la fattispecie di cui al T.U. sull'espropriazione appare preferibilmente accostabile al modello della concessione traslativa, sia con riferimento al concessionario di opera pubblica, sia con riferimento al contraente generale. Lo stesso potrebbe peraltro dirsi per l'aggiudicatario del contratto di disponibilità, il quale, attraverso l'esercizio di poteri espropriativi, persegue sicuramente un interesse proprio, stante la funzionalità/strumentalità dell'espropriazione alla realizzazione dell'opera oggetto del contratto.

Se il conferimento di potestà espropriative passa dunque per un momento concessorio, resta da individuare la collocazione giuridica di tale momento. In particolare resta da chiedersi se siano a tal proposito ripetibili per il contratto di disponibilità le riflessioni maturate in relazione al caso del concessionario di opera pubblica e del contraente generale. In entrambi, infatti, il momento del conferimento viene individuato nel contratto che regola la fattispecie: quello di concessione per la prima ipotesi, quello di affidamento a contraente generale per la seconda. Segnatamente "il veicolo del conferimento sembrerebbe doversi individuare in una clausola contrattuale ad oggetto pubblico"<sup>107</sup>.

Considerazioni che possono sicuramente ripetersi per il contratto di disponibilità, immaginando il conferimento di potestà espropriative come clausola dello stesso, apponibile quando le necessità espropriative siano evidenti

<sup>106</sup> Gli ultimi due virgolettati recuperano ancora riflessioni di MALTONI, *op. ult. cit.*, p. 173.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 175.

già dal momento della stipula, e al contempo perfezionando il meccanismo con il riferito patto di riscatto obbligatorio. Sennonché va comunque sottolineata la peculiarità del contratto di disponibilità rispetto ai meccanismi concessori tradizionali. Infatti, come abbiamo avuto modo di vedere, concessioni di opera pubblica e affidamento a contraente generale descrivono modelli operativi nei quali il grado di progettazione dell'intervento è definito. Non è così, come sappiamo, per il contratto di disponibilità, come conferma la già descritta disciplina delle varianti. Siamo al cospetto di una fattispecie che, sul piano della definizione dell'intervento, è a formazione progressiva e tutta nella dominabilità dell'operatore privato. Le necessità espropriative ben possono pertanto emergere in corso di realizzazione, postulando allora un nuovo momento provvedimentale/concessorio da parte della pubblica amministrazione, inteso al conferimento delle potestà espropriative, ma più probabilmente immaginando una rinegoziazione del contratto finalizzata, da un lato, all'individuazione della possibilità, misura e finanziamento dell'intervento ablatorio<sup>108</sup>, dall'altro alla previsione di una clausola di riscatto dell'opera da parte della pubblica amministrazione alla scadenza del periodo di messa a disposizione.

6. *La pubblica amministrazione come contraente forte. La revisione degli impegni tra risoluzione automatica e potere di revoca*

La disciplina del contratto di disponibilità riserva alla pubblica amministrazione una pluralità di strumenti per tutelare l'interesse pubblico finale e rimettere in discussione l'assetto degli interessi cristallizzato attraverso il congegno negoziale.

Il primo di questi è rappresentato dall'istituto del collaudo, la cui attività è disciplinata dal comma 6 dell'art. 160 *ter*, norma che, nell'ambito di una previsione all'apparenza unitaria, in realtà contempla una serie di opzioni per la verifica e revisione degli impegni concordati.

<sup>108</sup> Del resto non manca chi sottolinea che “più agevolmente potrebbe ... sostenersi che ai privati le funzioni espropriative debbano essere conferite con apposito atto di delega – del resto è la legge a richiedere che sia specificato l'ambito delega – e che nel contratto di concessione o in quello che disciplina la realizzazione delle opere da parte di un contraente generale sia semplicemente indicata la ‘misura’ delle funzioni espropriative conferite”. Vedi ancora MALTONI, *op. ult. cit.*, p. 175.

L'attività di collaudo, come già accennato, assume una rilevanza centrale nella disciplina del contratto di disponibilità, perché interviene a opera conclusa e serve per verificare l'utilizzabilità della stessa in funzione di cura dell'interesse pubblico sotteso alla stipula del contratto di disponibilità. Sotto questo profilo la norma non ammette fraintendimenti e lascia un ampio margine di manovra all'amministrazione nel sottolineare come l'adempimento degli obblighi contrattuali da parte dell'amministrazione resti condizionato al "positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità", quindi al superamento del collaudo.

Dagli esiti dell'attività di collaudo può derivare poi la "prescrizione" della riduzione del canone di disponibilità. A tal riguardo, emergono due questioni principali. Innanzitutto la norma sembra configurare l'ipotesi della riduzione del canone di disponibilità come una sorta di *extrema ratio*. Il legislatore si preoccupa infatti di stabilire previamente tutta una serie di prescrizioni possibili, per così dire "naturali", dell'attività di collaudo stabilendo che in quella sede possano essere ordinate dall'amministrazione "modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti". Da ultimo, poi, la norma fa riferimento alla riduzione del canone di disponibilità, nell'ambito di una previsione che appare mal posta. Se l'intento del legislatore è, per l'appunto, quello che l'amministrazione possa attingere allo strumento della riduzione del canone solo dopo il vano ricorso a modificazioni e varianti, lo si poteva dire meglio perché, posta in questi termini, la norma sembra mettere sullo stesso piano tutta una serie di opzioni, finendo per lasciare un margine di discrezionalità troppo ampio all'amministrazione all'esito del collaudo. Margine di discrezionalità non in linea con l'ambizione del modello classico del partenariato che delimita gli spazi di attività tra pubblico e privato senza però lasciare il privato in scacco dell'amministrazione e che può rappresentare un *vulnus* nella prospettiva di attrattività dell'istituto del contratto di disponibilità.

Gli spazi di decisione per l'amministrazione, in sede di collaudo, appaiono infatti particolarmente ampi anche in considerazione del ciclo di ideazione-realizzazione dell'opera descritto dal legislatore. Abbiamo già evidenziato come il privato sia responsabile dell'intero segmento che va dal progetto fino alla costruzione materiale e che l'amministrazione aggiudichi il contratto di disponibilità sulla base di un mero progetto preliminare rispondente alle caratteristiche tecniche indicate nel capitolato prestazionale.

Uno stadio preliminare della progettazione che finisce allora per costituire un vincolo decisamente blando per l'amministrazione che, pertanto, aggiudica sulla base di quella che è poco più di un'idea progettuale e la cui corrispondenza al pubblico interesse meriterà adeguate verifiche in sede di collaudo. Ne viene fuori un modello nel quale l'amministrazione non offre al privato alcuna garanzia concreta sul buon esito dell'operazione, rispetto alla quale l'operatore economico non può cogliere una sicura convenienza.

La seconda questione rappresenta poi una conseguenza della prima. La norma dice che l'attività di collaudo "può prescrivere" una serie di misure tra cui, abbiamo visto, la riduzione del canone di disponibilità. Sorvolando sulla non felice forma letterale, viene da chiedersi se il privato abbia possibilità di dialogo su queste misure o debba essere solo destinatario delle stesse.

Milita in questa seconda direzione la previsione secondo cui "il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto"<sup>109</sup>. La previsione stabilisce pertanto che sia il contratto a determinare uno strumento automatico di risoluzione nel caso in cui l'amministrazione preveda una riduzione del canone al di sotto della soglia stabilita nel congegno negoziale. Posto che la soglia è stata pattuita dalle parti in sede di negoziazione del contratto, evidentemente questo è l'unico luogo di dialogo sul punto per il privato. Successivamente residuerà spazio di decisione solo per la pubblica amministrazione, che sarà libera di scegliere, all'esito del collaudo, se e quale strumento di protezione dell'interesse pubblico attivare in un ventaglio ampio che muove dalla richiesta di modificazioni progettuali e varianti, passa per l'ordine di rifacimento di lavori già eseguiti, approda alla riduzione del canone, opzione attingibile almeno nella misura in cui non si vada al di sotto della soglia pattizamente determinata come soglia di risoluzione.

A ben riflettere, sembra che la previsione possa sfuggire di mano allo stesso legislatore, posto che, nella norma, l'opzione della risoluzione in caso di riduzione del canone sotto soglia viene prospettata "anche a salvaguardia degli enti finanziatori"<sup>110</sup>. In realtà può diventare agevolmente uno strumento

<sup>109</sup> Ancora art. 160 *ter* ccp, comma 6, alinea 2.

<sup>110</sup> Non è chiaro a cosa voglia alludere la norma quando parla di opzione a tutela anche dei soggetti finanziatori: "forse, si è voluto considerare che l'immobile diviene disponibile per altro uso, con possibilità di una rendita più alta e quindi, con beneficio dei soggetti che hanno diritto ai rimborsi dei finanziamenti concessi". Cfr. ROMANENGGI, *Breve analisi*, cit., p. 504.

per l'amministrazione<sup>111</sup> per tornare sui suoi passi e non ottemperare agli impegni contrattuali assunti in sede di stipula individuando, all'esito del collaudo, una riduzione del canone in misura tale da far scattare la risoluzione automatica.

L'indagine sugli strumenti nella disponibilità della pubblica amministrazione per tutelare l'interesse pubblico anche successivamente alla stipula del contratto di disponibilità passa poi per la considerazione dello stesso quale contratto di durata, nel quale il termine finale è determinato dalla scadenza

<sup>111</sup> Che la norma sia iper-garantista per l'amministrazione è peraltro dato che emerge anche dalla già citata determinazione dell'AVCP n. 4 del 22 maggio 2013, laddove si legge che "la circostanza che la soglia di risoluzione del contratto sia citata nella parte relativa alle operazioni di collaudo non deve far ritenere che il contratto possa essere risolto solo in caso di difetti emersi in tale sede: la norma deve essere intesa nel senso di fornire le più ampie garanzie alla stazione appaltante, per cui si deve concludere che la soglia sia vincolante anche dopo il collaudo, in fase di gestione tecnica, nel corso della quale l'affidatario deve garantire la piena fruibilità dell'opera realizzata. In ogni caso, l'individuazione della soglia di risoluzione risulta cruciale per le sorti del rapporto contrattuale. In linea di principio, la stazione appaltante deve trovare il giusto equilibrio tra due esigenze contrapposte: da un lato, avere la garanzia di una gestione efficiente dell'opera e, dall'altro, evitare che si giunga alla risoluzione del contratto per malfunzionamenti o criticità di lieve entità. Poiché la soglia costituisce lo spartiacque tra la prosecuzione del rapporto tra le parti e la sua cessazione, la stazione appaltante deve chiaramente indicarla nel contratto, come previsto dall'art. 160-ter, comma 6, anche al fine di consentire ai potenziali concorrenti la formulazione di un'offerta economica in funzione dei rischi effettivi di gestione dell'opera". L'interpretazione dell'Autorità è dunque nel senso ritenere che la risoluzione scatti all'esito di riduzione scelta dall'amministrazione dopo il collaudo, quindi per il mancato rispetto del capitolato prestazionale, ma anche nell'ipotesi prevista dal comma 1, lett. a) dell'art. 160-ter, secondo cui "il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3". In questo caso, chiarisce ancora l'Autorità nella stessa determinazione, "la riduzione del canone risponde a precise esigenze di tutela delle parti interessate e degli utenti finali del servizio che viene erogato mediante l'opera realizzata. Considerato che il contratto non avrà una durata limitata, bensì impegnerà le parti per un periodo medio-lungo, al fine di ottenere le più ampie garanzie circa il rispetto degli *standard* fissati nel contratto, nonché di prevenire possibili controversie con l'affidatario, prima della stipula del contratto, la stazione appaltante dovrà effettuare un'attenta e puntuale analisi di tutti i rischi connessi alla gestione dell'opera. Tale analisi servirà a tenere ben distinti i rischi che possono essere controllati direttamente dal contraente e che, quindi, dovrebbero tradursi in fattispecie da associare alla riduzione del canone, da quelli che invece sfuggono alla sua sfera di controllo. Ad esempio, eventuali criticità connesse all'erogazione dei servizi idrico-energetici possono essere attribuite a difetti o malfunzionamenti sia delle opere e degli allacci realizzati dall'affidatario sia degli impianti e delle strutture che fanno capo al soggetto gestore della rete. Solo la prima circostanza appare idonea a costituire un'ipotesi di riduzione del canone, in quanto associata ad elementi che rientrano nel pieno controllo dell'affidatario".

del congegno negoziale<sup>112</sup>. È un tratto che peraltro caratterizza tutti gli strumenti del partenariato pubblico-privato e dal quale discendono conseguenze su due piani. Sul primo piano, la conseguenza sta nell'applicazione dei "principi civilistici generali: la possibilità di recesso dopo che il contratto ha avuto un principio di esecuzione; la risoluzione (o – invece – la modifica) per eccessiva onerosità sopravvenuta; la non ripetibilità dei corrispettivi per le prestazioni già eseguite, anche nei casi di inefficacia retroattiva del contratto"<sup>113</sup>.

Il secondo piano riguarda invece il potere di revoca conseguente alla vicenda a effetti durevoli che si instaura con l'aggiudicazione definitiva<sup>114</sup> del contratto di disponibilità. Tale potere è ovviamente sperimentabile alle condizioni e nelle circostanze descritte dall' art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990<sup>115</sup> e postula l'obbligo di indennizzo a favore del privato per i pregiudizi sofferti. In punto di commisurazione dell'indennizzo è stata peraltro suggerita l'estensione in via analogica "a tutte le figure di PPP ad oggetto infrastrutturale ed urbanistico"<sup>116</sup>, compreso dunque il contratto di disponibilità, della disciplina dettata dall'art. 158 del Codice dei contratti pubblici per l'ipotesi di revoca della concessione<sup>117</sup>. Secondo la norma, infatti, qualora il rapporto

<sup>112</sup> AMOROSINO, *Profili sistematici*, cit., p. 390.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>114</sup> Per un quadro degli indirizzi giurisprudenziali sull'argomento: CORTESE, *La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *GDA*, 2013, 2, p. 169.

<sup>115</sup> La prima ipotesi che al riguardo emerge è quella della revoca per sopravvenienza, collegata all'emergere di nuove situazioni di fatto (non prevedibili al momento dell'adozione del provvedimento, per effetto delle previsioni dell'articolo 25, comma 1, lettera b-ter, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, che ha riformato sul punto l'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990) o di nuovi interessi che impongono all'amministrazione l'adozione del provvedimento eliminatorio. L'altra ipotesi di revoca può riguardare poi il modello del cd. *jus poenitendi*, ovvero la revoca per ripensamento, che sappiamo essere praticabile solo a fronte di nuove circostanze che legittimino il ripensamento, come l'emergere, in un momento successivo, di un dato esistente al tempo della stipula ma conosciuto dall'amministrazione solo dopo la stessa e che, se conosciuto per tempo, avrebbe fatto mutare orientamento all'amministrazione, scoraggiandola rispetto alla conclusione dell'operazione. Rispetto a ipotesi del genere, il rimedio per la parte privata sta ovviamente nel ricorso al giudice amministrativo perché annulli la revoca non fondata su presupposti obbiettivi, ma a monte sta "nell'inserimento nei contratti o convenzioni di sostanziose clausole penali per le ipotesi di 'ripensamenti' puramente politici; clausole assistite da clausole arbitrali molto ampie, nel senso che il collegio arbitrale viene chiamato a decidere secondo diritto ed equità". Così, AMOROSINO, *Profili sistematici*, cit., 392.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 391.

<sup>117</sup> Sull'applicazione della disposizione in materia di finanza di progetto, in giurisprudenza, di recente: Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1315, in *FA CDS*, 2013, 3, p. 766; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 8 febbraio 2011, n. 210, in *FA TAR*, 2011, 2, p. 390: "in caso di revoca della pro-

di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario. Una soluzione che appare adeguata alla dimensione concessoria cui abbiamo visto ascrivere il contratto di disponibilità ma che, al tempo stesso, è sostanzialmente sovrapponibile alla disciplina della revoca (per sopravvenienza) dell'aggiudicazione incidente sul contratto di appalto di lavori pubblici, per la quale l'autorevole e recente giurisprudenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>118</sup> invoca l'utilizzo dello strumento del recesso come disciplinato dall'art. 134 del ccp e a tenore del quale "la stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite".

cedura di "project financing", per le questioni patrimoniali sovviene l'art. 158 del d.lg. n. 163 del 2006, che va applicato in ragione della specificità dell'istituto citato, non potendosi aderire a quella giurisprudenza che ha, invece, individuato la fonte regolamentare dell'indennizzo nell'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis* della l. n. 241 del 1990; l'art. 158 cit., riproponendo pedissequamente l'art. 37 *septies* della l. n. 109 del 1994, detta i criteri di calcolo di quanto spettante al concessionario – la disposizione è chiaramente tesa a porre il concessionario al riparo degli effetti conseguenti ad una possibile rivalutazione dell'interesse pubblico, prevedendo a suo favore un obbligo di tipo strettamente indennitario (nel senso che a questa espressione è comunemente assegnato dalla dottrina civilistica, di responsabilità da atto lecito) – per l'ipotesi in cui l'Amministrazione "revochi la concessione per motivi di pubblico interesse". Per un commento all'art. 37 *septies* della legge quadro sui lavori pubblici n. 104 del 1994: PROTTO, *Art. 37-septies (risoluzione)*, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, commentario diretto da A. ANGELETTI, Torino, 2000, p. 797; TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione*, cit., p. 323 ss.

<sup>118</sup> Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, in *FA*, 2014, 6, p. 1671. Per un'applicazione successiva: Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sui limiti che incontra la pubblica amministrazione nell'utilizzo del diritto potestativo di recesso negli appalti pubblici, VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 560 ss.

### 7. Considerazioni conclusive

La disciplina del contratto di disponibilità, ma ancor più la sua applicazione, lasciano evidentemente parecchi punti oscuri. In primo luogo, la prassi descrive uno strumento che non presenta apprezzabili differenze rispetto al modello del *leasing in costruendo* di cui all'art. 160 *bis* del codice dei contratti pubblici. Le differenze strutturali ovviamente esistono nella disciplina normativa e attengono prevalentemente a profili operativi e procedurali, ma le amministrazioni sembrano ritenere i due modelli fungibili, o meglio l'uno, il contratto di disponibilità, capace di superare le criticità emerse nella metodica applicativa dell'altro.

La locazione finanziaria di opere pubbliche, nel modello di maggiore utilizzo del *leasing* traslativo, è infatti quel contratto mediante il quale la pubblica amministrazione si impegna al pagamento di un canone periodico al locatore, a fronte del godimento di un bene del quale acquisterà la proprietà alla scadenza naturale del contratto e dietro pagamento di un importo a conguaglio. Il pagamento del canone, in questo caso, non è dunque il corrispettivo per la disponibilità del bene in locazione, quanto piuttosto una modalità pattizia per restituire il finanziamento. La causa negoziale è dunque il finanziamento funzionale alla realizzazione del bene. Rispetto al modello del contratto di disponibilità, l'oggetto della locazione è sicuramente più ridotto, perché circoscritto alla sola costruzione di un'opera e/o messa a disposizione della stessa nella direzione privato-amministrazione.

Nondimeno le pur scarse applicazioni del contratto di disponibilità ne svelano un utilizzo coincidente con quello del *leasing* finanziario. Gli schemi di contratto di disponibilità predisposti dalle amministrazioni per solito descrivono una fattispecie nell'ambito della quale, al termine del periodo di messa in disponibilità del bene, l'amministrazione ne acquisisce la proprietà attraverso clausole di riscatto che non postulano l'esborso di somme ulteriori rispetto a quelle già corrisposte con il pagamento dei canoni periodici. Su di un piano diverso, ma pur sempre relativo al concreto funzionamento dell'istituto, come abbiamo visto, le amministrazioni "risolvono" la questione della proprietà delle aree d'intervento utilizzando suoli pubblici e costituendo su di essi diritti di superficie in favore dei privati, in linea con la prassi sviluppatasi per la locazione finanziaria<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> *Supra*, note 95 e 96.



Le amministrazioni sembrano dunque utilizzare il contratto di disponibilità come sistema di finanziamento privato nella realizzazione di opere pubbliche, nell'ambito di una prassi che evidenzia un uso del congegno contrattuale del tutto sovrapponibile, sul piano della "concreta" causa del negozio (non quella immaginata dal legislatore e consistente nella costruzione e messa a disposizione dell'amministrazione di un bene del privato a fronte del pagamento di una canone periodico di utilizzo), rispetto alla locazione finanziaria, ma al tempo stesso più attrattivo per le pubbliche amministrazioni.

La maggiore attrattività per il *partner* pubblico deriva dalla circostanza per cui, nella sottoscrizione del contratto di disponibilità, non è previsto l'intervento di un soggetto finanziatore, com'è invece prassi nel meccanismo di *leasing*, laddove gli istituti bancari, impegnati in prima linea nel finanziamento dell'operazione, svolgono accurate indagini sul *rating* delle amministrazioni, per saggiarne la solvibilità e quindi la sicurezza del finanziamento. Nel contratto di disponibilità, che non presenta struttura trilaterale ma bilaterale, il rischio economico finisce per incidere tutto e solo sul privato, il quale dovrà ottenere autonomamente l'eventuale (solitamente indispensabile) finanziamento, accollandosi anche il relativo *screening* sull'affidabilità dell'impresa come garanzia dell'investimento.

Ma vi è di più, perché la maggiore attrattività del contratto di disponibilità rispetto alla locazione, sul fronte degli interessi delle amministrazioni, riguarda anche gli aspetti di contabilizzazione delle attività. La Ragioneria Generale dello Stato, nei Principi allegati al D.P.C.M. del 28 dicembre 2011 sull'armonizzazione dei sistemi contabili di Regioni e enti locali (ai sensi del d.l. n. 118 del 2011) ha infatti chiarito che il *leasing in costruendo* debba essere contabilizzato nel Patto di stabilità degli enti locali<sup>120</sup>, dovendosi pertanto prendere in considerazione l'intero investimento e non soltanto i

<sup>120</sup> Cfr. punto 3.25 dell'allegato 2, laddove si legge che "per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, come previsto dal SEC 95, dallo IAS 17 e dalla giurisprudenza consolidata, il *leasing* finanziario ed i contratti assimilati costituiscono debito che finanzia l'investimento. Nel corso della sperimentazione di cui all'articolo 35 del decreto 118 del 2011, in attesa dell'aggiornamento della definizione dell'indebitamento di cui all'art. 3, comma 17 della legge 350/2003 ad opera dei decreti legislativi integrativi e correttivi previsti dall'articolo 2, comma 7, della legge n. 42 del 2009, il *leasing* finanziario e le operazioni assimilate sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito. Le operazioni di *leasing* finanziario sono contabilizzate secondo il cd. metodo finanziario al fine di rilevare sostanzialmente che l'ente si sta indebitando per acquisire un bene".

canoni annuali. L'effetto è dunque, sul piano della contabilità, quello di una sostanziale equiparazione alle operazioni di mutuo, e una conseguenziale perdita di appetibilità dello strumento dal punto di vista delle amministrazioni<sup>121</sup>.

A fronte dei descritti, evidenti vantaggi per le amministrazioni, non sembrano riscontabili vantaggi reciproci, quanto meno sul piano della pari intensità, per la parte privata. Su di essa infatti, come visto gravano rischi e incognite.

I primi sono palesi nella disciplina normativa che svela una singolare concentrazione di rischi sul *partner* privato (costruzione, gestione, manutenzione, disponibilità), singolare rispetto agli altri strumenti del partenariato che si segnalano per un maggiore equilibrio nell'allocazione degli stessi tra le parti del rapporto.

Le seconde non sono evidenti nella disciplina normativa, ma emergono dai suoi silenzi. Il silenzio in punto di delimitazione dei poteri di intervento dell'amministrazione in sede di collaudo, allo stato troppo ampi, tali da esporre il privato a rischi eccessivi sul piano della possibile riconsiderazione degli impegni e quindi inidonei a restituire un'idea dell'amministrazione come "contraente credibile"<sup>122</sup>. Il silenzio sulla sorte della proprietà delle aree espropriate una volta scaduto il periodo di vigenza del contratto e che, come abbiamo visto, porta a immaginare l'utilizzabilità dello strumento negoziale, qualora sussistano necessità espropriative, solo per fattispecie che prevedano l'obbligatorio riscatto da parte dell'amministrazione.

Una miscela di rischi e incognite che peraltro sembra tradire la stessa aderenza ai modelli partenariali, il cui tratto caratterizzante, in via di premessa, abbiamo individuato nella realizzazione di attività in collaborazione

<sup>121</sup> Che il contratto di disponibilità invece non costituisca indebitamento per gli enti locali è evidenziato dalla C. Conti, sez. controllo Emilia Romagna, deliberazione n. 432/2012/PAR, fermo il limite per cui "il regolamento negoziale, concretamente predisposto, sia rispettoso della disciplina dettata dal legislatore, in particolare per quanto concerne i rischi di costruzione e di disponibilità. Nel caso in cui, infatti, l'operazione si allontanasse dal tipo legale, accollando all'amministrazione parte dei citati rischi, la stessa avrebbe il solo nome di contratto di disponibilità, ma non la sostanza, dovendo di conseguenza essere considerata elusiva. L'ente locale, infatti, finirebbe per ottenere la disponibilità di un immobile, mediante un'operazione non rappresentata nelle scritture contabili come indebitamento, pur in assenza di una decisiva assunzione di rischi da parte dell'affidatario".

<sup>122</sup> PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, p. 627.

tra pubblico e privato. In questa prospettiva, viene allora da chiedersi se l'istituto del contratto di disponibilità possa concretamente contribuire all'ambizioso e non facile obiettivo della legislazione emergenziale di questi anni, che ha come principale aspirazione il rilancio dell'economia in un periodo di stagnazione.

Nel secolo scorso, il superamento della "Grande depressione" degli anni Trenta passò, come è noto, per politiche espansive della sfera pubblica. Una tipologia di intervento che, pur con molteplici sfumature e non senza difficoltà, derivanti dai nuovi assetti dell'economia globalizzata e dal freno delle istituzioni sovranazionali, ha sicuramente caratterizzato anche la prima fase della risposta alla crisi attuale<sup>123</sup>.

Si è trattato tuttavia di una "stagione breve"<sup>124</sup>, non risolutiva in termini di obiettivi raggiunti, e alla quale ha fatto seguito una nuova oscillazione verso il privato, il cui avanzamento nell'economia viene favorito dal legislatore attraverso la riduzione della burocrazia e il potenziamento dei modelli partenariali.

Siamo partiti infatti dal sottolineare la collocazione della previsione sul contratto di disponibilità nell'ambito del cd. decreto Liberalizzazioni e dal cercare di evidenziare, nell'ambito della nozione atecnica di liberalizzazione, tracce che consentissero di immaginarne applicazioni nel diritto degli appalti. Quelle tracce sono state individuate nell'ambizione di offrire strumenti capaci di migliorare, sul piano quantitativo e qualitativo, l'apporto del privato nel mercato delle commesse pubbliche, nella direzione di riconoscere agli operatori economici nuovi e più qualificati spazi di manovra "secondo criteri

<sup>123</sup> NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I Poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi*, cit., p. 481. Che l'andamento della crisi economica abbia determinato una riscoperta del ruolo dello Stato e la sollecitazione dell'intervento dei pubblici poteri è dato ricorrente nella recente letteratura che sottolinea, tra l'altro, anche il ritorno all'utilizzo degli strumenti tradizionali del diritto amministrativo. Si veda, MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, cit., p. 483; PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., p. 957; ROSSI, *Pubblico e privato nell'economia semiglobalizzata*, cit., p. 63; LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, cit.

<sup>124</sup> NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato?*, cit., p. 483, il quale ne spiega le ragioni: "la disciplina del mercato non ha risparmiato gli Stati, sottoposti all'impetuoso giudizio delle agenzie di rating e all'andamento, talora schizofrenico, di titoli e borse. La riduzione dell'intervento pubblico in alcuni paesi è stata resa necessaria dalle condizioni imposte nell'ambito dei programmi di assistenza finanziaria ... Analoghe strategie sono state adottate in altri Stati membri per recuperare credibilità sui mercati internazionali e per aderire ai più stringenti requisiti di sostenibilità fiscale fissati a livello europeo".

di dialogo e di flessibilità<sup>125</sup>. Se questa doveva essere dunque l'ambizione, essa appare tradita dalla disciplina del contratto di disponibilità. L'arricchimento del quadro di possibilità operative del partenariato pubblico privato doveva infatti passare necessariamente per la creazione di strumenti più sofisticati, di più evoluto dialogo tra amministrazioni e imprese, e non per timide varianti di strumenti già noti. Nel modello descritto dal legislatore, come si è più volte evidenziato, mancano strumenti di raccordo tra pubblico e privato, tali da essere funzionali alla tutela degli interessi di entrambe le parti: quello dell'amministrazione e relativo alla realizzazione di un'opera effettivamente utile per lo scopo per il quale è stata immaginata; quello dell'operatore economico che, una volta vistasi aggiudicare la commessa, dovrebbe trovare nel *partner* pubblico un alleato e non semplicemente un giudice che ricompare unicamente nella fase di collaudo, secondo una disciplina che moltiplica i fattori di incertezza<sup>126</sup>.

Quella del contratto di disponibilità appare invece una procedura ingessata<sup>127</sup> che, nel poggiarsi su schemi preconfezionati dall'amministrazione, a dispetto del nome, di realmente contrattuale ha ben poco. Le modalità di aggiudicazione ricalcano pedissequamente quelle dell'appalto di lavori e la fisiologia del rapporto soffre di una troppo marcata divisione dei ruoli tra pubblico e privato, nella quale viene a mancare ogni confronto sulle concrete modalità di realizzazione dell'intervento, obiettivo non trascurabile se l'intento finale è quello di rilanciare il partenariato pubblico-privato<sup>128</sup> attraverso l'implementazione di modelli più raffinati ed efficaci.

L'occasione per una correzione di rotta, in ogni caso, potrà arrivare con la prossima attività normativa di recepimento delle nuove direttive europee n. 23 e 24 del 2014 su concessioni e appalti, ma qui si aprono nuovi orizzonti, allo stato difficili da scrutare. Il profilo problematico deriva in particolare

<sup>125</sup> CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati*, cit., p. 246.

<sup>126</sup> Evitare di "creare incertezze" dovrebbe peraltro rappresentare un obiettivo fondamentale degli interventi di liberalizzazione, come evidenziato da CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., p. 367.

<sup>127</sup> FIDONE, *Dalla locazione finanziaria*, cit., pp. 1069-70, il quale sottolinea i rischi connessi alla "tendenza del Legislatore alla iper-regolazione e alla tipizzazione di molteplici modelli contrattuali, ciascuno con proprie peculiarità, sia per l'affidamento del contratto che per la sua esecuzione".

<sup>128</sup> TONETTI, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, cit., p. 228, sottolinea come a livello europeo "l'Italia risulta ancora in coda, sia per numero che per valore, nella classifica delle operazioni di partenariato pubblico-privato effettivamente realizzate".

dalla circostanza per cui, nella direttiva concessioni manca ogni riferimento al PPP, il che apre a svariate opzioni ermeneutiche<sup>129</sup> sulle sorti della categoria. In ogni caso, l'inquadramento del contratto di disponibilità nel modello concessorio dal quale siamo partiti potrebbe dover richiedere l'adattamento dello stesso alle regole innovative<sup>130</sup> che la direttiva in materia di concessioni presenta, a partire dal principio di libertà procedurale, per cui le amministrazioni potranno modellare la procedura di affidamento a seconda dell'oggetto e delle caratteristiche della concessione. Il che, rispetto al contratto di disponibilità, può rappresentare un buon passo in avanti in funzione dell'introduzione di elementi di flessibilità nel quadro di un meccanismo allo stato decisamente troppo rigido.

<sup>129</sup> Per un approfondimento: M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it), 2015.

<sup>130</sup> CARANTA, DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *UA*, 2014, 5, p. 493.

## Abstract

Il legislatore, negli ultimi anni, ha cercato di percorrere la strada della liberalizzazione non solo con riguardo a settori a tradizionale spinta liberalizzatrice (dall'edilizia alle attività commerciali), ma investendo la materia degli appalti pubblici per ricavarne una più ampia apertura concorrenziale. I recenti innesti normativi intendono restituire la misura di un coinvolgimento del privato che vada oltre il tradizionale modello di realizzazione di opere pubbliche, attraverso strumenti più evoluti che attingono alle risorse del privato in punto di proprietà delle aree di intervento e di mezzi per realizzarle. In questa dimensione si inserisce l'istituto del contratto di disponibilità, introdotto nel nostro sistema con il decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (art. 44), da intendersi quale strumento negoziale mediante il quale, a fronte di un corrispettivo, sono affidate a un privato la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata ma destinata all'esercizio di un pubblico servizio.

In the last years, the lawmaker develops processes of liberalization not only in construction and trade but also in the public procurement market to get a greater opening to the competition. The recent normative provisions want to achieve an engagement of the private operators that exceeds the traditional model of realization of public works, through the most advanced instruments that draw the resources of the private operators for the ownership of the areas and for the means to achieve them. In this field fits the contract of availability (art. 44, d.l. n. 1/2012), it represents a contractual deed through which is given the task to a private operator to build and manage a work of private ownership to make available to the public administration upon payment of a periodic rent.

## Key words

Partenariato pubblico-privato, liberalizzazione, contratti pubblici, contratto di disponibilità, espropriazione, collaudo.

Public private partnership, liberalization, public procurement, contract of availability, expropriation, public administration test.

## Renata Spagnuolo Vigorita

### Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione

**Sommario:** **1.** Liberalizzazione e concorrenza nel mercato dei contratti pubblici. **2.** Amministrazione e mercato: dalla legge di contabilità alle nuove direttive europee del 2014. **3.** Strumenti che garantiscono una apertura al mercato “più sicura”. a) Il ruolo delle politiche pubbliche. **4.** *Segue:* b) Il ruolo del giudice nel processo di liberalizzazione. **5.** Il contrasto dei fenomeni corruttivi nel codice degli appalti nel codice del processo amministrativo e nel d.l. 90/14. **6.** Contrasto alla corruzione e tutela della concorrenza nella vicenda Expo 2015: ancora sul ruolo del giudice amministrativo. **7.** *Segue:* La decisione del Consiglio di Stato e l’impatto sulla questione della legalità e della apertura al mercato concorrenziale. Conclusioni.

#### 1. *Liberalizzazione e concorrenza nel mercato dei contratti pubblici*

La liberalizzazione nel settore dei contratti non corrisponde alla eliminazione o alla soppressione dell’intervento pubblico. Non è dunque una liberalizzazione piena. Al contrario, per poter essere completata, la liberalizzazione richiede ulteriori interventi pubblici, specialmente di programmazione, ed una sicura guida europea. Infatti, le politiche di liberalizzazione si traducono, nel settore di che trattasi, in una forte regolazione, in una disciplina molto articolata, in funzione pro-concorrenziale<sup>1</sup>. Regolazione e concorrenza sono per-

<sup>1</sup> PELLIZZER, *Semplificazione e appalti pubblici*, in CAMELLI, DE PETRIS, MERUSI (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell’amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008, p. 57 ss. spec. p. 74, secondo cui la regolazione pubblica tutela la concorrenza e la protezione della concorrenza nel mercato passa attraverso istanza di alleggerimento degli adempimenti per l’accesso al mercato e di regole di protezione; POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in FRANCHINI, SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, p. 183, secondo cui “L’interesse concorrenziale richiede una regolazione specifica e dettagliata, mentre la semplificazione è orientata verso uno snellimento della procedura – una riduzione e un alleggerimento delle regole”.

tanto essenziali all'assetto dei complessivi rapporti tra operatori pubblici e privati<sup>2</sup>. Una efficace politica di liberalizzazione può essere inoltre uno strumento efficace di risposta alla crisi, a patto che sia orientata a frenare l'inefficienza della spesa pubblica e che fornisca strumenti di contrasto alla corruzione<sup>3</sup>. La liberalizzazione dei contratti pubblici va intesa allora come eliminazione delle barriere regolamentari ed amministrative<sup>4</sup>.

I primi tentativi di lanciare politiche di liberalizzazione risalgono alla pubblicazione del libro bianco sul completamento dei mercati interni del 1985, mentre le prime direttive appaiono addirittura nel 1971<sup>5</sup>.

Nella logica delle politiche di liberalizzazione del settore, l'interesse pubblico comprende il mercato concorrenziale quale valore da promuovere e tutelare<sup>6</sup>.

La concorrenza viene tutelata: per il mercato, nel senso che i contraenti vengono scelti mediante procedure che garantiscono il rispetto dei valori comunitari; e nel mercato<sup>7</sup>. In tale ultimo ambito la concorrenza si attua con la liberalizzazione dei mercati stessi, affidata in particolare alla eliminazione dei diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese<sup>8</sup>. È a questa specifica nozione di concorrenza (nel mercato) cui si fa riferimento in questa sede, ed a cui sono riconducibili:

- il controllo sul possesso dei requisiti;
- i criteri di aggiudicazione;
- le tipologie contrattuali.

<sup>2</sup> C. Cost. 23.11.2007 n. 401 e 7.5.2014 n. 125.

<sup>3</sup> Raccomandazione Commissione Europea 1998, CLARICH, MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA, PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 61, secondo cui la politica anticorruzione può svolgersi anche attraverso misure apparentemente distanti da questo tema: per esempio attraverso le liberalizzazioni.

<sup>4</sup> CHIRULLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato dei contratti pubblici*, in LIGUORI (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli 2014, p. 25 ss.

<sup>5</sup> CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, p. 337; MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, 1993.

<sup>6</sup> Segnalazione AGCM 17.12.1999.

<sup>7</sup> Cfr. MASSERA, *Lo stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, pp. 58-59.

<sup>8</sup> CORSO, FARES, *Il codice dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, *Foro It.*, 2008, I, p. 1799.



2. *Amministrazione e mercato: dalla legge di contabilità alle nuove direttive europee del 2014*

L'incontro con il mercato si è storicamente fermato ad una fase preliminare ed è stato filtrato da formalismi e automatismi tipici di una logica burocratica (con l'eccezione dell'istituto dell'appalto-concorso)<sup>9</sup>. Ma già le direttive del 2004 segnano il superamento di un modello piuttosto rigido; e certamente quelle del 2014 delineano modelli flessibili e di apertura sempre maggiore al dialogo tra l'ente appaltante e i privati operatori<sup>10</sup>. Il mutato modello di riferimento<sup>11</sup> ha imposto, di conseguenza, una rivisitazione della nozione di evidenza pubblica<sup>12</sup> e delle forme di esercizio del potere discrezionale rimesso, in questo campo, alla stazione appaltante<sup>13</sup>. La ricerca della soluzione più adeguata, che privilegi forme di dialogo ed il contraddittorio tra Amministrazione e operatore privato<sup>14</sup> – dunque soluzioni calibrate al caso specifico<sup>15</sup> – diviene la regola, idonea ad ingenerare nel privato un le-

<sup>9</sup> Per il passaggio della logica contabilistica a quella di mercato, cfr. C.d.S., parere 355/06; C. Cost. 401/07, già citata.

<sup>10</sup> Cfr. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *GDA* 12/2014, p. 1141 ss.; DI CRISTINA, *La prevenzione dell'illegalità e l'interazione tra le amministrazioni*, ibidem, p. 1160 ss.; CARANTA, DRAGOS, *La mini rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *UA* 5/14, p. 493 ss.; CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU Law works*, in *Common Market Law Review*, 52/15, p. 391-460.

<sup>11</sup> Cfr. Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'U.E. in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, Bruxelles, 2011.

<sup>12</sup> La Corte Costituzionale, con la più volte citata sentenza 401/07, ha segnalato come l'evidenza pubblica da disciplina a presidio delle esigenze di interesse pubblico rappresenti ora una regolamentazione che protegge le imprese.

<sup>13</sup> Per il mutamento del profilo funzionale dell'evidenza pubblica, cfr. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della p.a. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, p. 30. Per un inquadramento più generale dell'evidenza pubblica, si v. PERICU, GOLA, *L'attività consensuale della amministrazione pubblica*, in MAZZAROLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 331 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'attività amministrativa*, Milano, 1999; CAFAGNO, *Responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara ed evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in CAFAGNO, BOTTO, FIDONE, BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

<sup>14</sup> MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le pubbliche amministrazioni tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., p. 267 ss.

<sup>15</sup> Cfr. CdS, IV, 6.3.07 n. 1053.

gittimo affidamento sulla capacità dell'Amministrazione di graduare la decisione<sup>16</sup>.

Il dialogo consente di superare le asimmetrie informative che contrassegnano fisiologicamente il rapporto tra p.a. e impresa privata<sup>17</sup>: dall' incompletezza dei rapporti contrattuali si sono prodotti rischi di selezione, di esecuzione, di corruzione<sup>18</sup>.

Le direttive 2014<sup>19</sup>, a differenza delle precedenti, contengono disposizioni specifiche volte a prevenire l'illegalità e la corruzione<sup>20</sup>.

Nello sforzo di compensare il riespandersi del potere discrezionale<sup>21</sup>,

<sup>16</sup> COMPORI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *DE*, 2/07.

<sup>17</sup> Cfr. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 23-4 che nel tracciare la differenza delle procedure di scelta del contraente pubblico rispetto alle "tecniche negoziali utilizzabili nei rapporti commerciali", definisce "matrimonio per corrispondenza" l'incontro tra la p.a. e il partner contrattuale anche a misura del necessario formalismo cui la procedura stessa è improntata. MASSERA, *Lo Stato che controlla e che si accorda*, cit., p. 266, rileva come l'unico rimedio alla asimmetria della posizione delle parti sia stato storicamente rappresentato dall'esercizio di poteri di autotutela esercitabili a contratto concluso.

<sup>18</sup> FIDONE, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, *FA TAR*, 12/2007, p. 3971; si veda pure il libro sulla modernizzazione della politica dell'U.E. in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM 27.1.11.

<sup>19</sup> Cfr. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento e del Consiglio del 26.2.14 (appalti); Direttiva 2014/23/UE (concessioni). Su cui, DI CRISTINA, *La prevenzione dell'illegalità e l'integrazione tra le amministrazioni*, cit., p. 1160 ss.

<sup>20</sup> La corruzione nel mercato dei contratti è fenomeno, come si desume dall'Anticorruption Report del 2014 della Commissione Europea, che non lascia immuni neppure gli Stati tradizionalmente ritenuti campioni di integrità. Sulle misure di controllo ex ante nella prospettiva europea, cfr. DI CRISTINA, *Ex ante controls in procurement procedures: a wild goose chase for public authorities? An EU perspective*, in *IJPL* 12/14, p. 136 ss. Sulle misure che prevengono l'illegalità le direttive hanno previsto, con riferimento al procedimento di gara, l'esclusione di offerte in relazione alle quali vi siano prove di corruzione o collusione (art. 26 dr. 24/14; 53/dr. 25/14); sentenza di condanna per corruzione anche attraverso intermediari, includendo il compimento di un atto non necessariamente contrario ai doveri d'ufficio. Si registra, poi, a livello ordinamentale interno, la recente emanazione della l. 27 maggio 2015 n. 69 "Disposizioni in materia di delitti contro la p.a., di associazione di tipo mafioso e falso in bilancio", con la quale – oltre ad alcune modifiche alla disciplina sanzionatoria in materia di delitti contro la p.a., è previsto che il g.a., nelle controversie di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 133 del c.p.c. "trasmette alla commissione (per la valutazione, trasparenza ed integrità della pubblica amministrazione) ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito a una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza".

<sup>21</sup> A proposito della diversa ampiezza del potere discrezionale della stazione appaltante; cfr. MASSERA, *La pressione sul codice dei contratti pubblici. Il "decreto sviluppo"* - (d.l. 13.5.11 n. 70, convertito in legge 12.7.11), in *GDA* 10/2011, p. 1059 ss.

additato come fonte dei numerosissimi episodi di appalti alterati da intese illegali.

Maggiore flessibilità<sup>22</sup>, negoziazioni, preferenza accordata al dato sostanziale rispetto a quello formale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici<sup>23</sup> possono produrre le conseguenze di un aumento della corruzione, o comunque di fenomeni collusivi, cioè un rischio che non può essere sottovalutato<sup>24</sup>.

### 3. *Strumenti che garantiscono una apertura al mercato “più sicura”. a) Il ruolo delle politiche pubbliche*

Ma poiché la corruzione non è stata arginata da impianti normativi improntati a schemi rigidi di contrattazione ed ad automatismi di aggiudicazione, se ne deve trarre che non sia il margine più o meno ampio di discrezionalità rimesso alla stazione appaltante a segnare il punto di rilevanza nel contrasto alla corruzione<sup>25</sup>. Piuttosto, le politiche pubbliche dei contratti pubblici devono essere concepite con una strategia di lungo periodo, basate su scelte di fondo, non dettate dall’ emergenza<sup>26</sup>. Operazione ineludibile è quella di dotare gli operatori del mercato, parte pubblica e privati imprenditori, di riferimenti normativi chiari<sup>27</sup>. Se si guarda alla strutturazione del codice dei contratti<sup>28</sup>, alla

<sup>22</sup> Le direttive rafforzano, infatti, il ruolo delle Amministrazioni per la scelta di procedure flessibili, privilegiano l’aggregazione delle domande, ridefiniscono le procedure negoziate.

<sup>23</sup> Il riferimento è rappresentato dall’art. 39 del decreto legge n. 90/2014, convertito con l. 114/2014 su cui SAIITA, *Le procedure di gara dopo il d.l. n. 90/2014*, in *lexitalia.it*; cfr. anche determina ANAC 8.1.15 “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2 bis e dell’art. 46, comma 1 ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

<sup>24</sup> VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, in COMPORTI (a cura di), *Le opere pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 265 ss.; CORRADINO, *La disciplina degli appalti e la strategia di prevenzione della corruzione*, in FRANCHINI, SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, p. 217 ss.

<sup>25</sup> Cfr. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in GDA 3/2015, p. 325 ss. a proposito delle direttive europee del 2014 e del loro recepimento.

<sup>26</sup> MATTARELLA, *Le regole dell’onestà*, Bologna, 2007.

<sup>27</sup> Sulla necessità della chiarezza del dato normativo, VOLTAIRE, “*Lois civiles et ecclesiastiques*”, Dizionario filosofico, p. 1764, scrive: “che tutta la legge sia chiara, uniforme e precisa, interpretarla equivale quasi sempre a corromperla”; sulla considerazione che la corruzione si annida nella legge, cfr. D’AURIA, *La corruzione e la legge*, in D’ALBERTI, FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994.

<sup>28</sup> Cfr. CAROLI CASAVOLA, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in GDA

quantità di articoli di cui si compone<sup>29</sup>; al numero delle modifiche subite dall'entrata in vigore ad oggi<sup>30</sup>, non si può negare che la sovrabbondanza di norme, la loro farraginosità, la loro instabilità, abbia contribuito, se non ad alimentare, sicuramente a lasciare campo a fenomeni corruttivi<sup>31</sup>. Del resto, già Tacito, nel libro IV degli Annales, scriveva: “Corruptissima re publica, plurimae leges”.

Nei mercati oggetto di politiche di liberalizzazione, il ruolo svolto dalle autorità indipendenti<sup>32</sup> è di fondamentale importanza. La soppressione dell'AVCP – all'indomani e presumibilmente quale esito, dello scandalo EXPO 2015 – è un segnale che va interpretato per indagare l'adeguatezza dei poteri di controllo e sanzionatori. La scelta di affidare la regolazione e la vigilanza sull'intera materia dei contratti alla neo istituita ANAC<sup>33</sup>, segna una resa, nella misura in cui di fatto consente di affermare l'equazione contratti pubblici=corruzione.

La questione è allora quella di verificare se ed in quale misura l'ANAC sia effettivamente dotata di poteri di regolazione (capaci cioè di imporre comportamenti agli operatori privati), sia ascrivibile *tout court* al modello delle amministrazioni di regolazione<sup>34</sup>; sia, più in particolare, dotata del ca-

12/2014, p. 1135, spec. p. 1140 in ordine alla sovrapproduzione normativa italiana, lontana “dalle esigenze di semplificazione, flessibilità e qualità della regolazione degli appalti che il diritto comunitario impone agli Stati membri”, sottolinea il dato che a fronte di 84 articoli delle direttive 2014, il Codice dei Contratti ne conta 616!

<sup>29</sup> Sull'ipertrofia normativa, sull'incongruenza delle leggi, come causa di indeterminazione delle attività economiche e civili, cfr. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010.

<sup>30</sup> Cfr. [www.codiceappalti.it](http://www.codiceappalti.it), da cui possono trarsi significativi dati sul numero delle modifiche intervenute dal 2006 ad oggi (circa 592!); sulla mole del numero di pronunce rese (più di 6.000), da cui si evince anche il dato che le disposizioni oggetto di contenzioso più elevato sono quelle relative ai requisiti di ordine generale, al controllo dei requisiti, ai bandi di gara, alle cause di esclusione.

<sup>31</sup> La previsione dei divieti di “overdesign” e “gold plating”, dettata dalla direttiva 2014, rappresenta perciò un utile riferimento per rivedere la tecnica normativa.

<sup>32</sup> Cfr. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in D'ALBERTI, PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, p. 11 ss.

<sup>33</sup> All'esito della soppressione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici come previsto dall'art. 19 d.l. 24.6.14 n. 90, conv. dalla l. 11.8.14 n. 114.

<sup>34</sup> Cfr., tra gli altri, CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettiva di un modello*, Bologna, 2005; PASSERO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; LA SPINA, MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Sulla funzione di regolazione, cfr. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 7 ss. MERUSI, PASSERO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002, VI, agg., p. 143 ss.

rattere dell'indipendenza<sup>35</sup>. Essendo chiamata ad operare in collaborazione con il Governo (PCM e Ministero dell'Economia)<sup>36</sup> è ragionevole chiedersi quanto la sua attività sia immune dalle scelte politiche e dunque esposta ai cambiamenti di governo<sup>37</sup>. In altri termini, la questione è verificare quanto il potere riconosciuto sia neutro, cioè non sottoposto alle influenze ed agli andamenti della politica di governo<sup>38</sup>. Non senza dire dell'effettività dei poteri conferiti. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al potere di cui è stata dotata l'Autorità di ordinare a singole amministrazioni l'adozione di atti e comportamenti. La legge 6.11.12 n. 190, così detta Severino, nell'attribuire tale tipo di potere (art. 1, c.3) non specifica con quale procedimento esso vada esercitato, né quali conseguenze giuridiche produca; non indica le sanzioni in caso di mancata ottemperanza al provvedimento d'ordine dell'Autorità<sup>39</sup>. E che l'Autorità ad oggi non sia stata munita di poteri più incisivi è dimostrato da quanto previsto dal disegno di legge 1678, all'esame del Senato, con oggetto la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/233 U.E. 2014/24 e 25 (cd. delega recepimento direttive appalti e concessioni): all'ANAC vengono attribuite più

<sup>35</sup> Riconosce la natura di autorità indipendente dell'allora CIVIT la I Sezione del Consiglio di Stato, sentenza 22.3.2010 n. 1081.

<sup>36</sup> FRACCHIA, in CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 59.

<sup>37</sup> Cfr. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA, PELISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., che sottolinea come l'ANAC si avvalga della Guardia di Finanza, ma pur sempre sulla base di intesa con il Ministero dell'Economia; A. NATALINI, *Prevenire la corruzione senza aumentare il peso della burocrazia*, in *Astrid on line* definisce l'ANAC come apparato sotto la cui tutela, per non perdere consenso, si è messa la politica. L'autore segnala, inoltre, la commistione dei ruoli: l'ANAC è allo stesso tempo chiamata a prevenire e controllare; sulla Autorità ed i suoi compiti, cfr. MERLONI, CANTONE, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015. Sulla utilità stessa di prevedere una entità preposta al controllo, cfr. CLARICH, MATTARELLA, *La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche nel panorama delle amministrazioni indipendenti*, in *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e ciclo della performance*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Promo P.A.*, Fondazione Roma 2010, pp. 134-145; CELONE, *Le funzioni di vigilanza e di regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012.

<sup>38</sup> Sulla istituzione delle Autorità indipendenti in funzione della stabilità del mercato di riferimento, e perciò senza collegamento stretto con il circuito politico che risente di logiche di breve periodo, cfr. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 340; per il pericolo di protagonismo degli organi di indirizzo politico nei mercati liberalizzati, cfr. NAPOLITANO, ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, p. 34.

<sup>39</sup> Con esclusione della comminazione della sanzione amministrativa per la mancata adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione.

ampie funzioni di vigilanza “comportanti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento”.

#### 4. Segue: *b) Il ruolo del giudice nel processo di liberalizzazione*

Come in tutti i settori aperti al confronto concorrenziale, accanto al ruolo della autorità di regolazione, compiti essenziali sono affidati al giudice. Vanno pertanto indagate le nuove norme processuali sul rito dei contratti, i rapporti tra le risultanze del processo penale ed il giudizio amministrativo<sup>40</sup>, al fine di verificarne l'efficacia nell'ottica di una strategia complessiva volta a coniugare le esigenze del mercato con quelle di contrasto alla corruzione.

I processi di liberalizzazione, gli impianti normativi complessi, trovano infatti nella opera del giudice, e del giudice amministrativo in particolare, una aspettativa di inquadramento e/o di orientamento piuttosto rilevante. Del resto, il ruolo del giudice amministrativo nei settori aperti all'economia di mercato è innegabile e riconosciuto in modo pacifico<sup>41</sup>. Nella prospettiva di rendere efficace un sistema di giustizia che sia guida non solo genericamente dell'economia, ma di una economia tendenzialmente immune da fenomeni che alterino le regole di una concorrenza reale, diventa essenziale guardare – per sondarne l'aderenza all'attuale contesto socio-economico e culturale – anche al rapporto tra il giudizio amministrativo e le evenienze del giudizio penale. A tale scopo è utile premettere una ricostruzione, sia pur breve, del quadro normativo di riferimento.

<sup>40</sup> FRANCHINI, Il controllo del giudice penale sulla p.a. Introduzione al tema, Padova, 1998; RIONDATO, BORSARI (a cura di), *Diritto penale degli appalti pubblici*, Padova, 2012; DE VITA, *Tutela penale dei pubblici incanti*, in CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, p. 1117 ss.

<sup>41</sup> Cfr. EG, SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in DA, 2008, p. 262; ZITO, *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale: considerazioni introduttive*, in *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Annuario AIPDA 2009, Napoli, 2010, p. 7, secondo cui l'attività giurisdizionale e le decisioni che ne scaturiscono concorrono alla regolazione del mercato; FRACCHIA, GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, cit., 2013, p. 149 ss.; CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Profili tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, p. 2005.

5. *Il contrasto dei fenomeni corruttivi nel codice degli appalti nel codice del processo amministrativo e nel d.l. 90/14*

Il codice degli appalti prevede che siano esclusi dalla gara, né possano essere affidatari di subappalti (art. 38 d.lgs. 163/06 e s.m.i.) e stipulare i relativi contratti i soggetti: “nei cui confronti è pendente procedimento per l’applicazione di misure di prevenzione; nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta”. In base alla lett. c) del medesimo articolo 38, la omessa menzione in sede di autodichiarazione dell’esistenza di condanne penali può portare all’esclusione solo a seguito di una valutazione discrezionale dell’A. dell’incidenza della condanna sul requisito di moralità<sup>42</sup>. L’esclusione è invece sempre disposta in presenza di condanne per corruzione, frode, riciclaggio.

L’esclusione è poi comminata (art. 38, c. 1, lett. m *ter*) nei confronti di soggetti che non risultino aver denunciato all’autorità giudiziaria i reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale (rispettivamente: concussione ed estorsione), purché tale circostanza “emerga dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell’imputato nell’anno antecedente alla pubblicazione del bando”.

La già citata legge cd. Severino (n. 190/12) ha disposto, all’articolo 1, c. 17, che “le stazioni appaltanti prevedano negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione” (cfr. pure art. 176 codice dei contratti, riferito al contraente generale)<sup>43</sup>.

Quanto alla fase di esecuzione, l’articolo 135 del codice dei contratti prevede che la condanna dell’appaltatore, a seguito di sentenza penale passata in giudicato per i reati, tra l’altro, di corruzione, usura, riciclaggio, imponga al responsabile del procedimento di proporre alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell’intervento, di procedere alla risoluzione del contratto. A quest’ultima la stazione appaltante procede, ai sensi dell’art. 135, c. 1 *bis*, per la

<sup>42</sup> Cfr. CHIRULLI, *Diritto amministrativo e prevenzione di condanne illecite: regole “moralizzatrici” o incertezza delle regole?*, in MANGANARO, ROMANO TASSONE, SAITTA (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2014, p. 172.

<sup>43</sup> RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in MATTARELLA, PELISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., p. 125 ss.

decadenza dell'attestazione o per aver l'appaltatore prodotto documentazione falsa o dichiarazioni mendaci.

Dunque, nella fase di esecuzione la circostanza che sia intervenuta una sentenza di condanna non determina la risoluzione *ipso iure* del contratto, che invece è rimessa ad un apprezzamento discrezionale dell'A. seppure ancorato, per espressa previsione normativa, a considerazioni in ordine allo stato dei lavori ed alla finalità della commessa.

Sino alla entrata in vigore della disposizione del 2014, di cui si dirà, è stata solo la sentenza di condanna passata in giudicato o l'applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 c.p.p., ad aver riflessi immediati sugli atti della amministrazione, comportandone la annullabilità<sup>44</sup>.

Come anticipato, è a partire dal 2014, attraverso l'emanazione di misure straordinarie di prevenzione della corruzione, introdotte dal d.l. 24.6.14 n. 90<sup>45</sup>, che anche la sola pendenza di indagini penali<sup>46</sup> per l'accertamento di reati, quali la turbativa delle procedure di evidenza pubblica, produce effetti immediati sulla scelta del contraente. Viene infatti previsto che il Presidente dell'ANAC propone al Prefetto l'adozione, alternativamente, di provvedimenti di rinnovazione degli organi sociali o l'assunzione della "gestione straordinaria o temporanea dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale".

Tali disposizioni rilevano poi, e specularmente, sul versante del controllo giurisdizionale e il riferimento è alle previsioni del codice del processo amministrativo che in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici

<sup>44</sup> Va segnalata l'esistenza di alcuni orientamenti giurisprudenziali, tra cui C.d.S., IV, 25.11.08 n. 5809 che ritiene nulli gli atti adottati all'esito del compimento di un reato accertato con sentenza, anche ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per la non imputabilità dei medesimi all'A. per interruzione del rapporto organico; ma v. *contra*, e per l'indirizzo maggioritario, C.d.S., VI, 31.10.2013 n. 5266 secondo cui è affetto da annullabilità, e non da nullità, il provvedimento amministrativo che sia stato rilasciato sulla base di un atto la cui emanazione abbia comportato la commissione di un reato, fermo il principio di cui all'art. 654 c.p.p. secondo cui la sentenza penale di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio amministrativo a condizione, tra le altre, che l'A. si sia costituita parte civile, sul presupposto che i poteri istituzionali dell'A. non possono essere incisi da valutazioni di un diverso giudice rese in un processo nel quale è stata estranea (C.d.S., V, 1009 e 760/2008).

<sup>45</sup> Su cui cfr. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *GDA* 11/14, p. 1023 ss.

<sup>46</sup> La direttiva europea 2014/24, all'art. 26, tra le misure che prevengono l'illegalità ha previsto che a fronte di offerte in relazione alle quali vi siano prove di corruzione o collusione si apra un procedimento di *self cleaning*.



conferisce al giudice il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento<sup>47</sup>, limitandolo tuttavia in presenza della necessità, accertata, del rispetto "di esigenze imperative connesse ad un interesse generale".

Tra le gravi violazioni che l'articolo 121 del c.p.a. individua quali fonti legittimanti il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, circoscrivendone l'oggetto e individuandone la decorrenza (art. 122 c.p.a.) non è ricompreso alcun riferimento alla emersione di fenomeni collusivi o di corruzione. Che evidentemente non si ritiene rappresentino esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

Dunque, è a partire dal riconoscimento legislativo della possibilità di inserire nel bando, quale causa di esclusione, la violazione o mancata sottoscrizione dei protocolli di legalità, che il contrasto in via anticipata dei fenomeni criminali e di corruzione, la cui alta diffusività costituisce un pericolo per la genuinità e l'effettiva concorrenzialità della gara, viene espressamente ritenuta materia che attiene all'ordine pubblico e che corrisponde a esigenze imperative di interesse generale. Tuttavia, la norma di cui all'articolo 1, comma 17 l. 190/12, consentendo di introdurre cause di esclusione altre rispetto a quelle indicate dal codice, e per questa via configurando una deroga al disposto dell'art. 45 direttiva 2004/18/CE, è stata di recente rimessa al vaglio della Corte di Giustizia dal Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia<sup>48</sup>, poiché potenzialmente idonea ad essere considerata una deroga al principio della tassatività delle cause di esclusione.

Indipendentemente dalla soluzione che verrà offerta dalla Corte di Giustizia, la questione sollevata dalla CGA riveste particolare importanza: la sottoscrizione di patti di legalità<sup>49</sup>, e degli obblighi attraverso di essi assunti dall'appaltatore, consente di far rientrare l'evenienza di fenomeni corruttivi,

<sup>47</sup> Cfr. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *giust.amm.it*; LIGUORI, *Appunti sulla tutela processuale e sui poteri del giudice nel decreto legislativo n. 53/2010*, in *giust.amm.it*; LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *giust.amm.it*.

<sup>48</sup> Ordinanza 12 settembre 2014 n. 534.

<sup>49</sup> All'ordinanza del CGA si rinvia per l'attenta analisi della natura e finalità dei protocolli: strumenti convenzionali che rinvengono la loro base legislativa di carattere generale nell'articolo 15 della l. 241/90, nonché in norme speciali in materia di contratti pubblici, come l'articolo 1, c. 17, l. 190/12 o l'articolo 176, c. 3, lett. a) del d.lgvo 163/06 (contraente generale). Con riferimento alla funzione, i protocolli di legalità sono considerati strumentali alla lotta ai fenomeni di devianza criminale ed alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la disciplina europea e italiana dei pubblici appalti.

pur non accertata da sentenza passata in giudicato, tra i motivi di ordine pubblico che legittimano la rescissione del vincolo contrattuale – se emersi nella fase di esecuzione – o l'esclusione dalla gara<sup>50</sup>.

Seppur in modo frammentario, è possibile rintracciare dal complesso delle norme contenute nel codice dei contratti, nella legge 190/12, nelle disposizioni del 2014 e nel codice del processo amministrativo, uno strumentario potenzialmente idoneo a contrastare il fenomeno corruzione (ed i reati ad esso strumentali come la corruzione tra privati, il falso in bilancio, il traffico di influenze illecite)<sup>51</sup> pur nella mancanza di un rapporto di pregiudizialità con gli esiti del processo penale.

#### 6. *Contrasto alla corruzione e tutela della concorrenza nella vicenda Expo 2015: ancora sul ruolo del giudice amministrativo*

In questa cornice si è decisa la vicenda giudiziaria definita dal Consiglio di Stato<sup>52</sup> in ordine all'aggiudicazione disposta in favore di un raggruppamento di imprese dell'appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori di realizzazione della architettura di servizio del sito EXPO 2015. Essa è emblematica, potendosene trarre utili riflessioni sulla natura giuridica dei protocolli di legalità, sul rapporto tra condotte illecite penalmente rilevanti poste in essere da pubblici ufficiali ed esistenza di vizi di legittimità, sulla natura del giudizio amministrativo.

Nel giudizio di primo grado il TAR Lombardia<sup>53</sup> ha ritenuto la confessione resa alla Procura da un rappresentante della società circa l'esistenza di episodi di corruzione nell'aggiudicazione della gara, da ascrivere a quelle gravi violazioni di cui all'articolo 121 cpa, per sostanziale violazione dei principi di concorrenza. Costituendo al tempo stesso indice della mancanza delle

<sup>50</sup> Cfr. TAR Lombardia, Milano, I, ord. 26.7.13 n. 1982, in *DPA*, 3/14, p. 1014 ss., per le considerazioni espresse in ordine alla possibilità di derogare al principio di definitività dell'accertamento della responsabilità penale, come espresso dall'art. 45 Dir 2004/18/CE per motivi di opportunità amministrative, su cui v. *infra*, p. 15.

<sup>51</sup> Cfr. art. 1 c.c. 75 e 76 l. 190/12, da ultimo modificata dalla l. 27.5.15 n. 69, art. 346 *bis* c.p., 318-319 *quater*, su cui, tra gli altri, BEVILACQUA, *Il sistema sanzionatorio delineato dalle leggi anticorruzione*, in *Giur.it*, 2012, p. 12.

<sup>52</sup> Sez. V, sentenza 20 gennaio 2015.

<sup>53</sup> Sez. I, sentenza 9 luglio 2014 n. 1802.

condizioni minime di trasparenza essenziali per il legittimo espletamento della gara.

Date queste premesse, il TAR ha ritenuto “non necessario attendere gli esiti dei futuri giudizi per affermare che la sensibile alterazione delle condizioni di par condicio tra i concorrenti integri un motivo sufficiente per disporre l’annullamento dell’aggiudicazione, quale rimedio finalizzato a costituire una frontiera più avanzata di tutela dell’A. contro i possibili abusi dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica”.

Quanto all’applicazione delle disposizioni contenute nel citato d.l. 90/14 (entrato in vigore poco prima della celebrazione dell’udienza), ad avviso del TAR, essa non avrebbe garantito una soluzione più spedita ed efficiente di quella di provvedere al subentro delle imprese ricorrenti, anche sotto il profilo del protrarsi del termine di soluzione della controversia in conseguenza dell’eventuale impugnazione del provvedimento prefettizio di “commissariamento” degli organi sociali.

La sentenza di primo grado è stata annullata dal Consiglio di Stato<sup>54</sup> con argomentazioni che possono riassumersi come segue.

Superata la fase pubblicistica, con riguardo alla fase esecutiva del contratto di appalto, l’unico strumento azionabile è la risoluzione contrattuale: quest’ultima attiene all’esercizio di un diritto potestativo di tipo privatistico e paritetico, con la conseguenza che ogni controversia relativa al suo esercizio (o mancato esercizio) sfugge alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dalla clausola contenuta nel protocollo di legalità, che aveva imposto l’obbligo di denunciare all’autorità giudiziaria ogni illecita interferenza nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione, non poteva trarsi un obbligo a carico di chi sia egli stesso l’artefice o responsabile dell’abuso, in forza dell’inesistenza di un obbligo di autodenuncia. Ad avviso del Consiglio di Stato, la condotta illecita, penalmente rilevante, tenuta dal funzionario nell’esercizio della propria funzione non ridonda necessariamente in un vizio di legittimità degli atti da questi posti in essere. Il ragionamento fa leva sulla diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità che presuppone sempre l’accertamento dei vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall’iter procedimentale che li ha preceduti, diversamente da quanto accade nel giudizio penale. Dunque, le eventuali condotte illecite potranno rilevare, se del caso, sotto il profilo dell’eccesso di potere, a condi-

<sup>54</sup> C.d.S., IV, 20.1.2015 n. 143, cit.

zione che il vizio trovi “rappresentazione” negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche. In ogni caso, aggiunge il Consiglio di Stato, anche a voler considerare violati gli impegni assunti con il protocollo di legalità, l’esclusione avrebbe potuto essere disposta in quanto l’inottemperanza agli impegni fosse stata accertata durante la fase pubblicistica dell’affidamento. Ma in questa nessuna violazione era emersa, essendo la notizia dell’indagine penale successiva alla stipulazione del contratto. In conclusione, l’unico rimedio azionabile sarebbe stata la risoluzione, il cui esercizio (o mancato esercizio) rientra però nella giurisdizione dell’a.g.o.

In definitiva, secondo il Consiglio di Stato, la vicenda penale “avrebbe potuto al più indurre la stazione appaltante a valutare l’opportunità di un intervento in via di autotutela sull’aggiudicazione del contratto ovvero di una risoluzione del contratto già stipulato”.

Il Consiglio di Stato ha tratto conferma del carattere non automaticamente viziante dei fatti emersi durante l’esecuzione, (e tuttavia risalenti alla fase dell’aggiudicazione), dal nuovo disposto normativo di cui al più volte citato d.l. 90/14. Cioè da una opzione normativa che, a suo dire, avrebbe qualificato come recessivo l’interesse delle imprese partecipanti alla gara al subentro nel contratto rispetto al primario interesse pubblico all’esecuzione di opere pubbliche considerate urgenti. Poiché le norme di cui al d.l. 90/14 segnano, ad avviso del Consiglio di Stato, una chiara opzione in favore del mantenimento del contratto, essendosi il legislatore limitato a prevedere il solo bilanciamento di due interessi pubblici: quello alla sollecita realizzazione dell’opera e quello rappresentato dall’impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito.

7. *Segue: La decisione del Consiglio di Stato e l’impatto sulla questione della legalità e della apertura al mercato concorrenziale. Conclusioni*

Senza entrare nel merito, lascia francamente perplessi che la confessione di un reato, dunque la certezza in ordine alla sicura alterazione della procedura di aggiudicazione, non sia stata considerata idonea a fornire alla stazione appaltante prima, al giudice poi, utile elemento per sanzionare l’operato dell’A., assicurando la soddisfazione di un altro interesse, di pari rilievo, rappresentato dalla tutela della concorrenza e dal contrasto di fenomeni illeciti. Tutela della concorrenza e contrasto di fenomeni *lato sensu* corruttivi non

possono non rientrare nel novero delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale, dunque in quei casi di violazioni gravi, in presenza dei quali il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 121 c.p.a., può dichiarare anche l'inefficacia del contratto. Del resto, il contratto, concluso a seguito e in forza di un reato, è contrario a norme imperative, dunque nullo ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile<sup>55</sup>.

E anche a voler considerare come primaria l'esigenza di portare in tempi celeri a compimento l'opera, tale risultato avrebbe potuto esser raggiunto ugualmente, come rilevato dal TAR Lombardia nel giudizio di primo grado, attraverso il subingresso della seconda classificata (previsto dal bando e richiesto dalla ricorrente), con un forte segnale di disvalore nei confronti dei comportamenti illeciti oggetto di confessione.

La questione si sposta allora sul versante della utilità di una pronuncia di tal fatta in un contesto del tutto peculiare come quello italiano, nel quale l'esigenza di contrastare fenomeni corruttivi assume una importanza cruciale per l'economia e lo sviluppo, per l'attivazione di investimenti stranieri<sup>56</sup>.

Se il processo amministrativo è anche servente rispetto al valore, oggettivo, della concorrenza, il controllo deve essere mirato all'individuazione di soluzioni delle controversie che siano utili rispetto alla domanda di giustizia invocata dalla parte, e cioè funzionale al riequilibrio di un mercato alterato. Ne consegue che la decisione deve considerare come primario il valore sociale del contrasto della corruzione.

In altri termini, la realizzazione di un'opera non può rappresentare l'unica aspirazione dell'ordinamento che anzi, nella materia degli appalti pubblici, richiede un'attenzione ed un controllo ancora più pregnante al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato. A fronte di due letture alternative, il giudice deve preferire non quella che ostacola la somministrazione della tutela, ma quella che consente la piena attuazione della legge. Pur se rinvenibili da quelle pronunce che si muovono nel senso di una giurisdizione

<sup>55</sup> MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *giustamm./14*, che nel richiamare la disposizione contenuta nella convenzione di Strasburgo del 1999 – secondo cui gli Stati devono sanzionare con la nullità il patto di corruzione e prevedere almeno l'annullabilità del contratto stipulato in conseguenza della corruzione, sottolinea l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di una norma del genere. Evidenzia, però, che a conclusioni identiche si può pervenire attraverso il disposto dell'art. 1418 c.c. che indica tra le cause di nullità del contratto la contrarietà a norme imperative o l'illiceità della causa.

<sup>56</sup> Cfr. Transparency International Corruption Perception Index 2014, secondo cui l'Italia è al 69° posto su 175 paesi e al 1° posto in Europa per livello di corruzione.

oggettiva del giudice amministrativo<sup>57</sup>, questi principi ben possono ritenersi riferibili al caso in esame. Si consideri poi che la Corte di Giustizia<sup>58</sup> si è recentemente espressa nel senso di ritenere le valutazioni di opportunità dal punto di vista dell'interesse pubblico idonee a derogare al principio di definitività dell'accertamento della responsabilità penale. Chiamata a pronunciarsi sulla questione della conformità al diritto dell'Unione di un controllo del giudice sui provvedimenti adottati dall'amministrazione aggiudicatrice esteso al merito, la Corte ha chiarito che – in mancanza di una normativa specifica in materia – le modalità del controllo giurisdizionale devono essere stabilite attraverso norme processuali nazionali. Fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, il legislatore nazionale può accordare ai giudici nazionali competenti funzioni più estese, di controllo, funzionali all'esercizio di un sindacato in materia di opportunità<sup>59</sup>.

Inoltre, e non da ultimo, la risoluzione del contratto per violazione delle pattuizioni contenute nei protocolli di legalità potrebbe qualificarsi atto vincolato dell'Amministrazione, non frutto di esercizio di una facoltà negoziale disciplinata dal diritto civile e dunque sindacabile dal giudice amministrativo insieme agli atti che con essa si pongono in un nesso di dipendenza logico-giuridica.

È quanto la giurisprudenza afferma con riferimento alla risoluzione contrattuale disposta all'esito dell'informativa prefettizia interdittiva<sup>60</sup>: essa rappresenta la “massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche o indiziarie, al di là della individuazione delle responsabilità penali”. Si tratta del più avanzato livello di protezione dell'ordinamento da fenomeni particolarmente pericolosi ed aggressivi per la vita della collettività: e la corruzione, nonchè i reati ad essa propedeutici, vista la dimensione e la pervasività del fenomeno, oltre che le devastanti ricadute sull'economia certamente, ad oggi,

<sup>57</sup> Cfr. C.d.S., VI, 2755/11; TAR Lazio, II *ter*, 6418/12; I, 1432/12; e da ultimo, C.d.S., V, ord. 284/15 (rimette all'Adunanza Plenaria). Per un commento critico, sulla apertura prospettata dalla sentenza del Consiglio di Stato del 2011, v. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. App.* 8/11, p. 927 ss.

<sup>58</sup> Sez. V, sentenza 11.12.2014.

<sup>59</sup> Sul tipo di giurisdizione in materia di appalti pubblici, cfr. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. II, p. 1440.

<sup>60</sup> C.d.S., Sez. III, 2284/15, benvero sempre su uno degli appalti EXPO 2015.

rappresenta un pericolo di intensità equiparabile. Anche alla luce dei principi di effettività della tutela e di economia processuale, perchè escludere, come ha fatto il Consiglio di Stato con la sentenza più indietro commentata, che il giudice amministrativo possa conoscere anche della risoluzione (o della sua mancata adozione) a fronte del mancato rispetto dei protocolli di legalità?

Esistono, in altri termini, elementi e principi di apertura che avrebbero consentito di assicurare comunque la prosecuzione dei lavori, ma attraverso soluzioni che avrebbero tutelato al tempo stesso i valori della concorrenza e della legalità. Quale tutela è stata invece assicurata alla concorrenza e, specularmente, quale colpo inferto alla corruzione da una sentenza che ha anteposto il dato formale ed espresso a quello sostanziale ricavabile dai principi generali<sup>61</sup>?

Come si vede, accanto al valore guida delle direttive europee, il cui imminente recepimento avrà come conseguenza l'adozione di un nuovo codice degli appalti, le regole dell'equilibrio tra mercato aperto alla concorrenza e contrasto all'illegalità devono essere ricercate nel ragionevole dosaggio di norme certe e chiare, non sovrabbondanti, di autentici e stringenti poteri di vigilanza e controllo, rimessi all'Autorità di settore, e devono poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale funzionale ed incisivo.

<sup>61</sup> Non senza dire delle ricadute sul piano del danno per le casse dello Stato: con sentenza n. 974 del 20 aprile 2015, il TAR Lombardia, definitivamente pronunziandosi sulla questione di cui si è riferito, ha condannato la società EXPO (a partecipazione pubblica) al pagamento dei danni per un importo di euro 915.656,79.

### **Abstract**

Il lavoro si occupa della corruzione nel settore degli appalti pubblici in Italia nel contesto della progressiva liberalizzazione del settore.

Viene analizzata la cornice normativa di riferimento, italiana e comunitaria, con particolare riguardo all'impatto del processo di liberalizzazione sulla concorrenza, la cui effettività è seriamente ostacolata dalla corruzione.

Al fine di identificare i punti critici delle procedure di appalto, lo studio si occupa delle specifiche norme di settore di contrasto alla corruzione e del ruolo del giudice amministrativo.

The essay concerns the issue of corruption in the Italian public procurement sector in the aftermath of the deregulation process.

It analyses the current implementation of both Italian and UE legislation, focusing on the impact of deregulation process on competition within the internal market, whose integrity and objectives corruption undermines and jeopardises.

In order to identify weaknesses in all the stage of public procurement, the essay deals with the administrative rules that contrast corruption and with the role of the Italian administrative courts judicial review.

### **Key words**

Appalti pubblici, politiche pubbliche, liberalizzazione, corruzione, poteri dell'amministrazione, controllo giurisdizionale.

Public procurement, public policies, deregulation, corruption, administrative rules, judicial review.



**Silvia Tuccillo**

## Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Controllo *ex post* e attuazione del disegno costituzionale. **3.** La doverosità della funzione al centro della normativa sulla liberalizzazione edilizia. **4.** La (eccessiva) rilevanza delle posizioni di controinteresse. **5.** Previsione di termini adeguati e criticità della normativa di settore. **6.** Dal dover essere all'essere: il caso Napoli. **7.** La riduzione dei *compliance costs* ovvero l'ennesima missione impossibile della (pseudo)liberalizzazione edilizia. **8.** Conclusioni.

### I. Premessa

Il tema delle liberalizzazioni è, come noto, uno dei più battuti dalla dottrina dell'ultimo ventennio anche se, come si è osservato<sup>1</sup>, gli studi di teoria generale indirizzati a chiarire la reale portata del fenomeno giuridico sono davvero pochi<sup>2</sup>. La necessità di trovare una definizione in termini astratti del concetto emerge, in special modo, per fugare i molteplici equivoci che ancor oggi si creano attorno al tema delle liberalizzazioni e che hanno condotto, come si vedrà, a qualificare come tali interventi normativi nel cui contesto, piuttosto che all'eliminazione del potere, si è puntato a ridurre l'incidenza

<sup>1</sup> BARTOLINI, *La cd. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

<sup>2</sup> Tra questi, il riferimento è ai lavori di SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *DA*, 2012, p. 177 ss.; CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 3492 ss.; LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; TRAVI, *Liberalizzazione*, in *RTDP*, 1998, p. 645 ss. Di recente, MANGANARO, ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014. Per un approccio non solo teorico, BASILICA, BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

del controllo pubblico su alcuni settori, ritenuti di particolare rilevanza economica per la crescita e la competitività del Paese.

Riprendendo la distinzione elaborata da un autorevole studioso<sup>3</sup> tra liberalizzazione amministrativa ed economica, può affermarsi che la liberalizzazione amministrativa è quella che si attua attraverso “l’eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private”. La liberalizzazione economica consiste, invece, nella “possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell’esistenza di monopoli legali” oppure di avere accesso a mercati in precedenza caratterizzati dall’esistenza di rigide barriere all’ingresso<sup>4</sup>.

Se si muove dal presupposto che la liberalizzazione amministrativa ha trovato, almeno in linea teorica<sup>5</sup>, la sua massima espressione nell’istituto della denuncia di inizio attività (oggi scia), e un suo possibile svolgimento nell’istituto del silenzio assenso, non potrà negarsi che alcune ipotesi di liberalizzazione economica si palesano proprio come l’effetto della liberalizzazione amministrativa<sup>6</sup>. Tuttavia, in un numero altrettanto cospicuo di ipotesi, la liberalizzazione è l’esito di un procedimento assai complesso che ha come presupposto l’emanazione di un provvedimento legislativo atto a rimuovere il monopolio legale e a trasformare l’ente pubblico monopolista in società per azioni. Da questo procedimento composito consegue la possibilità per le imprese private di entrare nel mercato “liberalizzato” e per il privato di acquistare una partecipazione azionaria nella società di nuova costituzione.

Le diverse accezioni del fenomeno liberalizzante hanno, dunque, portato ad un utilizzo del termine piuttosto promiscuo che lo rende di fatto idoneo

<sup>3</sup> CORSO, *op. cit.* e ID., *Attività economica privata e deregulation*, in *RTDP*, 1998, p. 629 ss. per una specifica distinzione tra le figure della deregolazione, delegificazione, semplificazione, liberalizzazione, privatizzazione, codificazione. Sul tema, già MAJONE, LA SPINA, “Deregulation” e privatizzazione: divergenze e convergenze, in *SM*, 1992, 2, p. 281.

<sup>4</sup> Così, CORSO, *Liberalizzazione*, cit., p. 3492. Secondo la lettura di SATTA, *op. cit.*, il verbo “liberalizzare” esprime “un’idea non complessa, non difficile. Se ci sono situazioni le quali impediscono a qualcuno di fare qualche cosa, tali situazioni devono essere rimosse”.

<sup>5</sup> Sul tema cfr. TRAVI, *Liberalizzazione*, cit., e ID., *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *ED, Annali*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008, p. 347.

<sup>6</sup> La notazione è sempre di CORSO, *op. cit.*, che richiama ad esempio il caso della autorizzazione all’esercizio del commercio *ex lege* 425 del 1971 che è stata assoggettata al regime del silenzio assenso in forza del d.lgs. 114 del 1998: la liberalizzazione del settore economico “commercio al dettaglio” si è prodotta attraverso il ridimensionamento dello strumento amministrativo. Si veda anche lo scritto di CERULLI IRELLI, LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *DA*, fasc. 3-4, 2000, p. 617 ss.

a descrivere fattispecie giuridiche profondamente differenti che sovente sono ben lontane dal rappresentare ipotesi di liberalizzazione, ma si avvicinano piuttosto ad altre fenomenologie<sup>7</sup>. Ed è a queste ultime, in particolare a quelle legate ad un intento di semplificazione, che il legislatore ha guardato con maggiore interesse rendendole il punto di forza di politiche di sviluppo economico e di rilancio del Paese in termini di competitività<sup>8</sup>, imposte anche dalla necessità di dare attuazione alle norme e ai principi della Costituzione economica europea<sup>9</sup>. Interessante notare come, leggendo il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa<sup>10</sup>, la Commissione parlamentare all'uopo costituita abbia più volte stigmatizzato l'importanza di valorizzare istituti come la segnalazione certificata di inizio attività per perseguire la semplificazione amministrativa.

Ne discende che liberalizzazione e semplificazione divengono concetti sovrapponibili e interscambiabili se non addirittura legati da un rapporto di *genus ad species*, laddove lo strumento liberalizzante diviene *species* di molte-

<sup>7</sup> In tal senso la ricostruzione di BARTOLINI, *op. cit.*, p. 1838, che evidenzia come “nel caso della liberalizzazione di attività economiche molto spesso, in forza del diritto europeo, si è assistito al passaggio da regimi concessori ad autorizzatori: per cui ci si è liberati della presenza ingombrante dello Stato come operatore economico, il quale, peraltro, non è uscito dalla scena, essendosi riservato il potere di regolare il mercato (si pensi al caso delle telecomunicazioni). Oppure, recentemente, si è parlato di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, in quanto l'affidamento *in house* è stato notevolmente ridimensionato: tuttavia la presenza del potere pubblico non è venuta meno, in quanto gli enti locali possono partecipare a partenariati istituzionalizzati (società miste) e mantengono la potestà di affidamento del servizio e conseguentemente la potestà di regolazione mediante il contratto di servizio”. Sul tema, LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *RIDPC*, fasc. 3-4, 2013, p. 603 ss., specie per quel che concerne la matrice europea del concetto di liberalizzazione.

<sup>8</sup> Sul tema della semplificazione, riguardata soprattutto in chiave critica, di grande interesse, anche per i numerosi riferimenti bibliografici, la lettura di BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, III, p. 1827 ss.

<sup>9</sup> La disciplina europea delle liberalizzazioni e il suo recepimento nell'ordinamento italiano sono diffusamente esaminate nello scritto di NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *RIDPC*, 2013, p. 679 ss. Per i riferimenti sulla costituzione economica europea, CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *RIDPC*, fasc.6, 2001, p. 907 ss. e CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2013; GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008, spec. 24 ss. che rinvia specificamente sul tema allo scritto di BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

<sup>10</sup> Sul quale interessante il commento di BENEDETTI, *Lo “stato dell'arte” della semplificazione in Italia*, in *GDA*, 10/2014, p. 972 ss.

plici interventi semplificatori (tra i quali sportelli unici, conferenza di servizi ecc.)<sup>11</sup>: come acutamente si è notato, “non sempre l’impiego dei due termini riflette la sostanziale differenza che intercorre tra l’uno e l’altro”<sup>12</sup>.

Il dato è invero paradossale se si considera che – come già evidenziato da autorevole dottrina<sup>13</sup> in una lucida analisi degli effetti del processo di deprovincializzazione avviato con le riforme degli anni ‘90 – elemento caratterizzante le vicende della liberalizzazione sia il “rilevante ancoraggio al dato positivo”, a differenza di quanto solitamente accade nelle problematiche degli atti amministrativi che si dipanano muovendo da elementi forniti dagli interpreti in sede giurisdizionale e dottrinale.

Anche nel d.l. “Sblocca Italia” il tema della semplificazione torna ad essere nucleo centrale della politica di rilancio economico di cui l’atto si fa portatore; eppure, come si è osservato ad una prima lettura<sup>14</sup>, l’intento del legislatore non sembra trovare adeguata attuazione nelle disposizioni del decreto. È come se, perseverando diabolicamente su percorsi già battuti, il legislatore si sia reso autore dell’ennesimo pasticcio normativo<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 148, nel raffronto tra liberalizzazione e semplificazione, muovendo dal presupposto che entrambe le vicende rispondano alla “medesima ratio” ovvero quella “dell’allentamento dei vincoli pubblicistiche alle attività economiche”, precisa che mentre “i fenomeni di liberalizzazione incidono sulla disciplina pubblicistica sostanziale, nel senso di far venir meno la discrezionalità amministrativa sull’accesso o, nei mercati diversi dai servizi pubblici, il perseguimento di conformazioni finalistiche, la semplificazione, di per sé, non solo non fa venir meno, ma anzi presuppone strutturalmente il permanere della regola di diritto pubblico, che viene appunto semplificata nelle sue modalità attuative”.

<sup>12</sup> Così, TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit. 22, che chiarisce come la semplificazione riguardi essenzialmente “l’alleggerimento delle procedure amministrative, ferma restando la loro funzione”. In tal senso “sono misure di semplificazione quelle che eliminano passaggi superflui, o che agevolano gli adempimenti degli operatori economici prescrivendo alle amministrazioni di fornire adeguate informazioni e di prestare assistenza. In un’accezione più ampia si parla di semplificazione anche per designare la riduzione delle autorizzazioni, cioè l’eliminazione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti di legge. La liberalizzazione propriamente detta riguarda l’apertura dei mercati alla concorrenza, e si realizza quando vengono eliminate barriere legali che limitano l’accesso ai mercati stessi, riservando l’attività economica ad un numero limitato di imprese o a anche una impresa soltanto”.

<sup>13</sup> M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *DA*, 1996, p. 181 e ss.

<sup>14</sup> Tale conclusione può ritrovarsi, in maniera più o meno espressa, nelle relazioni svolte al Convegno *Gli effetti del d.l. “Sblocca-Italia” conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell’edilizia*, tenutosi a Roma, il 22 gennaio 2015, il cui testo è ora pubblicato sul suppl. al n. 6/2014 della *Rivista giuridica dell’edilizia*.

<sup>15</sup> D’altronde, sempre SATTÀ, *op. cit.*, nel comparare i concetti di liberalizzazione e sem-

L'idea di incentrare la ricerca sul ruolo dell'amministrazione nelle politiche di liberalizzazione nasce dalla constatazione che la presenza del soggetto pubblico – per le motivazioni più diverse – è ancora fortemente voluta e, pertanto, piuttosto che invocare soluzioni che consentano di fuggire dal potere, se ne potrebbe valorizzare la funzione di mediazione tra legge e privato<sup>16</sup>. Chiaramente questa operazione è possibile solo se si perimetra adeguatamente il potere di cui l'amministrazione è titolare e si recupera il senso pieno della funzione di controllo e verifica di cui è tributaria.

D'altronde, la normativa in continuo fermento, la giurisprudenza in costante contraddizione rispetto ad orientamenti che apparivano ormai tasselli consolidati, hanno complicato ulteriormente l'esegesi di istituti dai contorni oscuri sin dalla loro originaria previsione e reso ardua l'analisi della cd. liberalizzazione edilizia che costituisce una cassa di risonanza di tutte le principali questioni sorte in sede applicativa.

Dal punto di vista metodologico, si è ritenuto di procedere cercando anzitutto di dipanare la matassa di sovrapposizioni, anche nominalistiche, tra le diverse tipologie di interventi realizzabili a regime amministrativo per cd. debole.

Nell'ambito dell'attività edilizia libera<sup>17</sup>, anche all'esito delle recenti novità riconducibili alla decretazione dello scorso settembre, al netto dei ben pochi interventi realizzabili ad “amministrazione zero”, si è potuto distinguere tra attività soggette a comunicazione e attività soggette a comunicazione asseverata. In relazione agli interventi caratterizzati dalla presenza del cd. controllo *ex post*, si è dovuto, invece, fare i conti col cambio d'abito della dia semplice, divenuta – per forza di legge – scia ai sensi dell'articolo 19 a tutti gli effetti, e col permanere del regime speciale del testo unico dell'edilizia solo per quella precedentemente denominata superdia<sup>18</sup>.

plificazione ha stigmatizzato come “La parola “semplificazione” ed il verbo che la rende azione, “semplificare”, esprimono un concetto difficilissimo. Semplificazione e semplificare non hanno un valore assoluto, se così si può dire. Richiedono non solo un oggetto, ma soprattutto un termine di riferimento”.

<sup>16</sup> Come osservato da SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, spec. p. 64, l'introduzione dell'istituto della d.i.a. e le conseguenze da esso prodotte “non paiono poter condurre all'affermazione *tout court* di una pur prospettata rinuncia, da parte del legislatore, all'esercizio della funzione amministrativa nelle fattispecie alle quali esso si applica”.

<sup>17</sup> Per un quadro completo della disciplina dettata dal Testo unico dell'edilizia in tema di “attività libera”, anche all'esito delle modifiche apportate dal d.l. 133 del 2014 può vedersi E. BOSCOLO, *Attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015.

<sup>18</sup> Per una prima ricostruzione delle modifiche apportate alla disciplina della scia e della

Le non poche difficoltà che ancora permangono per rendere attingibile all'operatore oltre che all'interprete una normativa così disorganica – in quello che costituisce paradossalmente il settore di elezione di tutte le passate sperimentazioni delle politiche di liberalizzazione/semplificazione – suggerirebbero quasi di cancellare con un colpo di spugna quella che avrebbe dovuto essere considerata una *sunset legislation*<sup>19</sup>. Il quadro è ulteriormente aggravato dalla consapevolezza che – sebbene la dottrina più illustre dell'ultimo trentennio si sia ripetutamente cimentata nel tentativo di riconoscere modelli di reale liberalizzazione nella normativa di volta in volta commentata – gli approdi più recenti sembrerebbero tendere ad affermare – complice il legislatore – che quella che ha interessato l'attività edilizia sia stata piuttosto una massiccia opera di semplificazione procedimentale.

Si è scelto, pertanto, in questa sede di puntare l'attenzione non tanto sulle questioni di teoria generale relative a cosa debba intendersi per liberalizzazione in questo specifico settore, quanto sul ruolo che l'amministrazione ha o dovrebbe avere per bilanciare un conflitto che vede come protagonisti il privato e la legge<sup>20</sup>.

Se, come da più parti si è detto, il fallimento delle politiche di liberalizzazione risiede nella mancanza di fiducia nel privato, che interpreta il proprio ruolo di “controllore di se stesso”<sup>21</sup> tendendo ad aggirare le re-

dia edilizie si rinvia ai commenti di LIGUORI, *Introduzione al capo III*, MANTINI, DELFINO, *Interventi subordinati a denuncia di inizio attività*, TUCCILLO, *Disciplina della denuncia di inizio attività*, tutti in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico*, cit.

<sup>19</sup> Il riferimento generale al concetto di *sunset legislation* è ripreso da CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 91, ove si guarda alle cd. leggi “tramonto” (e cioè a termine) come ad un utile strumento per valutare l'impatto di una nuova normativa sugli operatori del sistema. Ulteriori riferimenti in WARREN, *Administrative law in the political system*, Westview Press, Oxford, 2004, spec. p. 153 ss.

<sup>20</sup> Di grande interesse sul tema lo scritto di TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *DPA*, 2014, p. 25 ss. L'A., in particolare, afferma che “La disciplina amministrativa dell'attività, dalla quale deriva il rapporto concreto del singolo con l'amministrazione, riguarda le relazioni sociali, giacché essa sposta le relazioni tra gli individui implicati nell'attività medesima – e in particolare nelle attività economiche – dal terreno della libertà del mercato, e le sottopone a regole intese a risolvere il contrasto di interessi che si manifesta nell'esplicitarsi della libertà di ciascuno. In casi del genere la legge interviene sulla libertà di entrambe le parti della relazione sociale, risolvendo il contrasto nel modo che il legislatore considera più conveniente. Questa valutazione normativa verrà attuata dall'amministrazione quale “interesse pubblico” nel caso concreto”.

<sup>21</sup> Alcuna dottrina ha introdotto con riguardo al modello normativo della dia il concetto di autoamministrazione che si sostanzia allorché il cittadino amministra i propri interessi assu-

gole<sup>22</sup> e nella sfiducia nei confronti dell'amministrazione che non esercita i doveri connessi alla funzione di vigilanza e controllo di cui resta titolare, può provarsi a verificare se, presupponendo che la p.a. sia posta nelle condizioni di agire in termini certi e di farlo applicando un metodo costante ed efficace, effettivamente nel settore edilizio ci troviamo al cospetto di una cattiva regolazione<sup>23</sup> oppure se quelle norme possano, invece, rappresentare un necessario presidio di garanzie a tutela di interessi rilevanti.

In primo luogo, si affronterà il tema della doverosità del controllo da parte dell'amministrazione, controllo che per poter davvero essere considerato come un alleato della legalità e non come un nemico dell'efficienza, deve necessariamente essere contenuto in termini perentori, previsti a pena di decadenza<sup>24</sup>.

Successivamente, si andranno a valutare i sistemi possibili per implementare la partecipazione degli eventuali terzi controinteressati<sup>25</sup> all'attività

mendosi la responsabilità di decidere se rispettare la legge oppure no. Cfr. in tal senso FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Trezzano 19-21 settembre 1996, Milano, 1989, p. 45. Sul tema DURET, *sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004 e, con accenti critici, FERRARA, *Dia (e silezio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 167 ss. Cfr. anche FRANZESE, *Oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo ovvero dell'autoamministrazione e della sussidiarietà*, in PERFETTI (a cura di), *Il procedimento e la responsabilità*, Padova, 2013, p. 3 ss.

<sup>22</sup> Il tema della fiducia ha riscontrato un rinnovato interesse nell'ambito del dibattito economico-giuridico sviluppato per l'indagine delle logiche di mercato. Può vedersi, anche per gli ulteriori riferimenti, BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, spec. 24 ss., ove si riprende lo studio di LUHMANN, *La fiducia*, trad.it., Bologna, 2002, secondo il quale (p. 45), "il problema della fiducia è legato ad una riduzione della complessità, e in modo ancora più specifico, di quella complessità che entra nel mondo in virtù della libertà di altri individui".

<sup>23</sup> Sul punto, NAPOLITANO, *La qualità delle regole*, in Ricerca Formez-Giannini, *Innovazione amministrativa e crescita*, Napoli, 2008. Nell'ambito dell'ampia bibliografia sul tema possono vedersi, anche per gli ulteriori riferimenti, DE BENEDETTO, MARTELLI, RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011 e MATTARELLA, NATALINI, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013.

<sup>24</sup> Come già sostenuto da CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, spec. p. 110 ss.

<sup>25</sup> La tutela delle parti coinvolte nel regime semplificato delle attività soggette a segnalazione costituisce, sicuramente, l'elemento fragile della normativa sul tema dal momento che dottrina e giurisprudenza hanno, senza invero eccellere in chiarezza, cercato le soluzioni interpretative più disparate per dare risposta alla presunta rinuncia alle garanzie procedurali che

di verifica dell'amministrazione di tal che quest'ultima possa essere supportata, in una dinamica collaborativa prima ancora che difensiva, dall'intervento dei privati. In sostanza, se il privato collabora a tutto tondo all'attività, anche ispettiva, dell'amministrazione, potrebbe conseguirsi l'obiettivo di considerare l'intervento del giudice come estrema *ratio* per correggere l'omessa o errata funzione di controllo.

L'abuso del processo<sup>26</sup> cui si assiste anche nel settore edilizio è, d'altro canto, uno degli ostacoli maggiori per le politiche di deregolamentazione amministrativa: se, infatti, l'amministrazione è chiamata a svolgere una funzione che, riprendendo una definizione riconducibile agli studi di Forti, è essenzialmente di "giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme o principi"<sup>27</sup>, l'intervento del giudice risulta spesso essere un inutile duplicato<sup>28</sup>, volto a colmare l'omissione del soggetto pubblico, quando v'è stata, e ad alimentare il sentimento di incertezza con cui, anzitutto il privato, vive il processo di semplificazione o liberalizzazione burocratica.

Se, tra l'altro, si considerano i notevoli passi in avanti compiuti dal legi-

al modello, almeno in linea teorica, dovrebbe accompagnarsi. Sul tema, nell'ambito di un dibattito di amplissima portata, da ultimo, TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a tra modelli positivi e modelli culturali*, in *DP*, 1/2014, p. 15 ss., nonché LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>26</sup> Sul tema, di recente, può vedersi l'approfondito lavoro di TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

<sup>27</sup> FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, II, 2, Milano, 1915. Sul tema della potestà di controllo in generale, anche per una rivisitazione della ricostruzione di Forti, si vedano, BERTI, TUMIATI, *Controlli amministrativi* (voce), in *ED*, Milano, 1962, X, p. 298 ss.; GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *RTDP*, 1974, p. 1263; CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991; AA.VV., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Atti del XXXIV Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 1988, Milano, 1991; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003; D'AURIA, *I controlli amministrativi*, in, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006; VANDELLE (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009.

<sup>28</sup> Nella dottrina che si è impegnata nell'approfondimento della funzione di controllo si è colto come sia essenziale tracciare una distinzione tra il controllo in senso proprio e il controllo giurisdizionale: già GIANNINI, *op. ult. cit.*, 1272, evidenziava come l'attività del giudice non fosse finalizzata al controllo, ma al giudizio e dunque all'adozione della sentenza. Sul tema, tra gli altri, R. LOMBARDI, *op. cit.*, VANDELLE, *op. cit.*, p. 12, il quale ricorda come anche nella cd. "Commissione Piga" fossero state denunciate le carenze della disciplina dei controlli e si fosse individuato come obiettivo prioritario quello di funzionalizzare il controllo all'interesse pubblico, invece di continuare a configurarlo come una riproduzione del controllo giurisdizionale.



slatore nell'ultimo lustro in tema di garanzia delle tempistiche procedurali<sup>29</sup> (di cui sono principale espressione la riscrittura dell'art. 2 l. 241 del 1990 e l'introduzione dell'art. 2 *bis*), ben si comprende come possa risultare preferibile l'autorizzazione espressa<sup>30</sup> all'incerto sistema di controlli, non tracciabili e – secondo alcune letture dottrinali e giurisprudenziali<sup>31</sup> – ripetibili ad opera del giudice, cui si è ormai consegnato il ruolo di garante della presunta liberalizzazione edilizia<sup>32</sup>. Un calvario per il privato che, dopo aver scongiurato l'intervento inibitorio dell'amministrazione resta col fiato sospeso nel timore che segua l'eventuale “attacco” del giudice. Senza considerare che nel settore edilizio, molto spesso la tutela giurisdizionale viene azionata anche a scopo ostruzionistico dal terzo controinteressato che vuole semplicemente ritardare la realizzazione di opere da parte del vicino, ancorché compatibili con gli strumenti urbanistici vigenti.

È, d'altronde, un dato comunemente osservato, fin dal primo impatto della liberalizzazione delle opere edilizie minori che quando la disciplina locale dell'intervento edilizio si fa più “complessa o oscura”, i cittadini, piuttosto che avvalersi della dia, preferiscono richiedere all'amministrazione il rilascio di un titolo. La constatazione è accompagnata dalla considerazione, di stringente attualità, che “il costo di una procedura più onerosa è sopportato più facilmente dei rischi di una procedura più agevole, ma che determini maggiori incertezze per la posizione del cittadino”<sup>33</sup>. In altri termini, “il singolo, pur di non assumere la responsabilità della dichiarazione, preferisce non

<sup>29</sup> Sul tema, di recente, anche per i fondamentali riferimenti bibliografici, può vedersi, COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013.

<sup>30</sup> Per un raffronto tra la disciplina, più garantista dal punto di vista del privato, del titolo espresso e quella della s.c.i.a., diffusamente, SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *RGE*, 6-2013, p. 301 ss.

<sup>31</sup> In tema, criticamente, LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *www.giustamm.it*, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici più recenti.

<sup>32</sup> D'altronde, su un piano più generale, si è messa in luce l'inadeguatezza del rimedio giurisdizionale a surrogare la funzione di controllo. In tal senso, CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in VANDELLI (a cura di), cit., p. 37, ha notato come il controllo giurisdizionale non sia sufficiente ad assicurare che l'azione amministrativa avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità, efficacia ed efficienza perché è un controllo “condizionato dall'iniziativa di determinati soggetti e limitato alla tutela dei loro interessi protetti. Per sua natura (che attiene alla funzione giurisdizionale) esso presuppone controversie in atto, interessi violati, sussistenza di condizioni pratiche perché tali interessi possano essere soddisfatti”.

<sup>33</sup> TRAVI, *La liberalizzazione*, cit., p. 653

avvalersi di siffatta possibilità e permanere nella condizione di postulante del soggetto pubblico”<sup>34</sup>.

La situazione, a distanza di quasi vent’anni, è rimasta pressoché immutata e quello che desta maggiori perplessità (e forse maggior sfiducia) è che i numerosi, confusi, quand’anche eccessivi, sforzi del legislatore di modificare la disciplina dell’istituto della scia per ampliarne l’ambito di applicazione e meglio definirne la portata, hanno finito per complicare il quadro normativo di riferimento<sup>35</sup>. I limiti imposti dal rispetto delle discipline di settore, il farraginoso quadro del riparto delle competenze, la previsione di non esattamente qualificati poteri di autotutela, l’eccessiva preoccupazione di apprestare un efficace strumentario a tutela del terzo, hanno determinato il fallimento di quello che era stato salutato come il vero spiraglio tra le complessità dell’amministrazione italiana. Il paradosso è che il privato trova più rasserenante affidarsi al modello di “protezionismo liberale”<sup>36</sup>, piuttosto che aprirsi all’autoamministrazione.

E le conclusioni, come le premesse, non possono che essere dissimili, ancora una volta, da quelle di chi notava che “ha senso procedere alla liberalizzazione di un’attività solo se per quell’attività vi è una normativa che assicuri chiarezza, certezza, organicità”. “Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto a quello voluto”. “Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell’attività, perché si introducono nuovi fattori di incertezza, di rischio, di responsabilità”<sup>37</sup>.

Si è inteso dunque, con una sorta di ritorno al passato, allorché si guardava alle nuove norme poi trasfuse nel TUED come ad un’opportunità da cogliere, puntare i riflettori sul dover essere della regolazione, perché sull’essere, ad oggi, da dire è rimasto davvero poco e quel poco è stato ribadito, con toni fortemente critici, anche in tempi recentissimi<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006.

<sup>35</sup> NAPOLITANO, *La logica*, cit., p. 166, fa efficacemente ricorso alla teoria dei giochi per spiegare le possibili ragioni dei risultati “sub-ottimali” conseguiti dal modello disciplinato dall’articolo 19 della legge 241 del 1990.

<sup>36</sup> AMATO, *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA, NAPOLITANO, Bologna, 1998, p. 5.

<sup>37</sup> TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 653.

<sup>38</sup> Si veda LIGUORI, *Le incertezze*, cit.; CUDIA, *Scia e Dia*, in [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

## 2. *Controllo ex post e attuazione del disegno costituzionale*

La centralità della funzione di controllo nell'ambito della disciplina degli interventi edilizi è, infatti, cosa più che nota: la libertà del privato di avviare la propria attività dichiarando il possesso di presupposti e requisiti di legge, molti dei quali, peraltro, già asseverati da altra amministrazione (nulla osta, assensi ecc.), è adeguatamente controbilanciata dalla previsione di un dovere-potere in capo all'amministrazione di verificare la corrispondenza ai dettami normativi dell'iniziativa intrapresa. L'amministrazione è garante delle regole e questo ruolo è una costante di tutti i regimi transitati da un sistema di controllo (assenso) preventivo a un sistema di controllo successivo<sup>39</sup>.

Già ragionando dell'articolo 19, certa dottrina<sup>40</sup> aveva stigmatizzato come il potere si articola in una fase di verifica (scrutinio) in ordine alla sussistenza in capo al dichiarante dei presupposti e dei requisiti per avviare l'attività e nell'eventuale esercizio di un potere inibitorio/ripristinatorio allorché la verifica abbia dato esito negativo. Il controllo, dunque, si articola in una fase necessaria di giudizio e in una fase eventuale di misura.

La stessa dottrina si era prefissa principalmente di classificare e definire i contorni di detto potere e ciò a causa della laconicità della previsione normativa sul punto. Laconicità della quale, invero, nei ripetuti interventi correttivi degli anni che hanno seguito l'entrata in vigore della disposizione, il legislatore non si è mai occupato. In particolare Boscolo cercava di restituire l'esercizio di tale potere alla funzione di controllo (seppur suggerendone una peculiare accezione), ponendosi allora il problema di differenziarlo, come pure si era cercato di fare, dal potere di autotutela<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sul ruolo dell'amministrazione nelle politiche di riduzione della sfera pubblica la bibliografia è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia, oltre che agli scritti già citati, ai fondamentali GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

<sup>40</sup> BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, anche per gli ulteriori riferimenti sul tema.

<sup>41</sup> L'inappropriatezza della lettura tendente ad assimilare all'autotutela il potere di controllo successivo, veniva illustrata già nello scritto di M.P. CHITI, cit. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 1999, p. 466, precisava, sul punto, che il potere di controllo non costituisce esercizio di autotutela e fondava la conclusione "non tanto sul fatto che manca un atto da riconsiderare, quanto sulla circostanza che l'amministrazione si limita a riscontrare la corrispondenza con la normativa di quanto dichiarato dal privato, senza operare ponderazioni tra l'interesse pubblico e quello del privato, anche perché l'affidamento del cittadino non può essersi consolidato nel breve termine entro il quale l'amministrazione deve attivarsi".

Questi problemi di differenziazione furono poi “brillantemente” risolti dal legislatore con una tecnica che potrebbe definirsi “additiva”: piuttosto che precisare di che tipo di controllo dovesse parlarsi si preferì, nel 2005, affiancare al potere di controllo l’autotutela. E, considerato il contesto in cui si pretese di inserire il potere di riesame (atti formalmente e sostanzialmente privati-assenza di attività provvedimentale previa), ben si comprende come l’attenzione degli interpreti venisse catturata proprio da questo ibrido innesto piuttosto che dall’utilità di perimetrare l’ambito della funzione di controllo individuando strumenti per garantirne la cogenza. Anzi, la volontà di affiancare l’autotutela al potere di controllo ha rappresentato l’affermazione esplicita nella percezione del legislatore del fallimento dei compiti di garanzia<sup>42</sup> della parte pubblica (il potere di controllo è doveroso? Il termine per il suo esercizio è perentorio?). L’autotutela è diventata potere “salva tutti”, anzi il momento centrale di tutela e garanzia degli interessi con le conseguenze aberranti che ben sono state evidenziate<sup>43</sup>.

Basti pensare che alcuna giurisprudenza, ancora nel 2014, conferisce funzione “riparatrice” all’autotutela nei termini secondo cui: “decorso il termine di trenta giorni dalla comunicazione di inizio di attività, l’amministrazione, che conserva il potere di esercitare l’autotutela, può porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, attraverso l’avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, tenendo conto del limite del termine ragionevole e, soprattutto, della necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell’affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio”<sup>44</sup>. In effetti, nell’indagine condotta sul campo presso il servizio edilizia privata del Comune di Napoli (in merito alla quale si dirà dettagliatamente in prosieguo), nel riscontrare che non sempre il termine perentorio per il controllo viene rispettato, si è anche preso atto che gli uffici non si preoccupano del suo inutile decorso proprio perché rassicurati dalla permanenza del potere di autotutela.

<sup>42</sup> BOSCOLO, *op. ult. cit.*, spec. p. 13, parla di controllo in funzione di “protezione” e riporta il pensiero di HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2000, secondo il quale in situazioni quali quella esaminata il ruolo dell’amministrazione si sostanzia nella protezione dei consociati da “azioni contro terzi”.

<sup>43</sup> LIGUORI, *Le incertezze*, cit.

<sup>44</sup> Così, Tar Campania, Salerno, 19 febbraio 2014, n. 421, in *FA*, 2014, 2, p. 684.

Ma v'è di più. Questa sorta di “attaccamento” al potere di autotutela è confermata da alcuna recentissima legislazione regionale ove si legge che, decorso il termine di trenta giorni per l'espletamento dell'attività di controllo, “il comune può disporre la cessazione dell'attività solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies della l. 241/1990” (art. 125, comma 13, l. r. Umbria, n. 1 del 2015, Testo unico governo del territorio e materie correlate). È evidente il contrasto con le recenti disposizioni della legge 164 del 2014 che, intervenendo sul testo dell'articolo 19 della l. 241 del 1990, si è premurata di limitare il ricorso al potere di autotutela esclusivamente al caso di accertata sussistenza di un pregiudizio per interessi preminenti (appunto patrimonio storico artistico, ambiente, salute).

Il messaggio di aiuto da più parti lanciato al legislatore per sollecitare un intervento chiarificatore sul punto è stato, dunque, inizialmente raccolto con il decreto Sblocca Italia, che ha limitato il riesame alla lesione di un *numerus clausus* di interessi sensibili. Da ultimo, il governo, consapevole della necessità di intervenire nuovamente, è tornato sull'istituto con la legge 7 agosto 2015 n. 124 nella quale, con un ulteriore colpo di spugna, ha cancellato dal testo dell'articolo 19 il riferimento all'autotutela per inserire una sorta di convalescenza del potere inibitorio che, normalmente esercitabile nel termine di 60 gg. dalla presentazione della scia, è ora (eventualmente) riesercitabile, anche dopo la suddetta scadenza, allorchè si presentino le condizioni di cui all'articolo 21 *nonies* della legge 241 del 1990<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> La novella legislativa è intervenuta nelle more della pubblicazione del presente lavoro. Pertanto un approfondimento dell'impatto che tali modifiche, invero più apparenti che reali, sono destinate a produrre sull'istituto sarà svolto in altra sede. Ciò che può anticiparsi è che, per quel che specificamente interessa le considerazioni svolte nello scritto, a livello legislativo non si è ancora colta l'importanza di definire con chiarezza la disciplina dei termini individuati per “circoscrivere” l'intervento inibitorio dell'amministrazione e si continua ad investire sulla presenza dell'amministrazione in chiave rimediabile.

La norma, infatti, ha sostituito i commi 3 e 4 dell'articolo 19, l. 241 del 1990, con i seguenti:

“3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti

Ma non è dell'autotutela che intende parlarsi, tantomeno in prospettiva *de iure condendo*, anche se, allo stato dell'arte, qualche problema interpretativo si pone con riguardo all'articolo 23 del TUED che, disciplinando esclusivamente il procedimento della denuncia di inizio attività (ex superdia) e non della scia edilizia, potrebbe anche considerarsi estraneo alle previsioni dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 e dunque anche alle norme sull'autotutela<sup>46</sup>. Su questo, però, si tornerà in seguito.

È piuttosto del controllo (e delle sue logiche), di quel fondamentale momento iniziale delle vicende riguardanti la cd. liberalizzazione edilizia, ovvero dell'unico spazio legittimo e incontrovertibile di potere previsto per l'amministrazione, che ci si vuole occupare.

Gli interrogativi sono numerosi: la funzione di controllo è doverosa? Segue o meno le regole generali dell'azione amministrativa? Deve chiudersi con un provvedimento espresso? O meglio, dell'effettuato controllo deve rimanere traccia? È soggetta a termini certi?

Quanto al profilo della doverosità, il discorso ha matrici antiche, e può riportarsi al dibattito sorto attorno agli artt. 41, comma 2 e 42 della Costituzione<sup>47</sup>. La previsione del potere di controllo riguarda tutte le ipotesi in cui l'esercizio di una determinata attività privata non risulti "indifferente" rispetto agli interessi pubblici e per tale ragione detto controllo assume il carattere della doverosità<sup>48</sup>.

di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure stesse, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata.

4. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Su cui può vedersi, TUCCILLO, *Disciplina della denuncia di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Tèsto unico*, cit.

<sup>47</sup> GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 181 e BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 132. Sulla portata, in generale dell'art. 41 Cost., CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *RADP*, 1960, p. 260 ss. e ancor prima V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, spec. p. 50 ss.

<sup>48</sup> Del rapporto tra costo privato e costo sociale delle attività produttive, definite come "diseconomie esterne" parla TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 28 s., la quale afferma che "quando il legislatore detta regole per l'esercizio delle attività produttive, esso pone bensì limiti all'esercizio

In uno studio sui nuovi poteri<sup>49</sup> si è evidenziato come la tutela degli interessi, in termini foucaultiani, sia intesa come tecnologia di controllo. Dalla nuova natura del potere discende il tramonto del provvedimento: il potere definito nel provvedimento è potere classico, legato alla segretezza, laddove oggi la dimensione del potere è quella della conoscibilità, della trasparenza, anche in una logica di prevenzione della corruzione<sup>50</sup>.

Potere, diritto e verità sono i termini di una relazione complessa in cui il diritto limita il potere, ma offre al potere l'occasione per produrre effetti di verità certificando l'attuazione del diritto. La verità pretende di plasmare il diritto che poi riprende il suo lavoro sul potere, ossia su relazioni di dominio di matrice prevalentemente economica. Il diritto media le relazioni tra sapere e potere limitando il potere e definendo l'ambito degli effetti di verità producibili dal potere. Se il potere transita dal provvedimento a forme nuove, quali gli accordi e gli atti di auto amministrazione, mutano le forme di controllo.

La funzione di controllo diviene elemento centrale nelle forme di autoamministrazione dove costituisce una sorta di contrappeso agli spazi di libertà concessi al privato. In quanto tale essa è irrinunciabile ed ogni contraria previsione (da parte del legislatore regionale) deve ritenersi, altresì, assunta in violazione dei principi fondamentali. Il passo ulteriore va compiuto nell'intendere la doverosità del controllo come "prestazione" essenziale non solo a tutela dell'interesse pubblico, ma anche a garanzia dell'interesse del privato alla libertà di esplicazione di una attività considerata compatibile con la volontà legislativa. Il potere, dunque, "deve" produrre effetti di verità (cer-

della libertà d'impresa, ma al contempo risolve un contrasto tra questa libertà e le libertà di altri soggetti. Per questa ragione questi ultimi hanno titolo per pretendere l'osservanza delle regole medesime, le quali li riguardano, tanto quanto riguardano coloro che sono tenuti ad osservarle".

<sup>49</sup> MONTEODORO, *Assenza di provvedimento e tutela degli interessi*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Atti del LV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Napoli, 2010, spec. p. 242, che richiama lo studio di FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, p. 1977.

<sup>50</sup> Sulle recenti evoluzioni del principio di trasparenza si veda lo scritto di SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *DA*, fasc. 4, 2013, p. 749 ss.; SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *GDA*, 2013, p. 795 ss.; RENNA, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza dei documenti amministrativi*, in F.G. SCOCA, DI SCIASCIO, *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?* Napoli, 2015, p. 69 ss. Sulla disciplina della corruzione, anche se con segnato riguardo alla materia dei contratti pubblici, cfr. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *FA*, fasc.6, 2014, p. 1861 ss. e R. SPAGNUOLO VIGORITA, in questo *Volume*.

tezza) ed esiste, specie in queste ipotesi, per “certificare” l’attuazione del diritto<sup>51</sup>.

La Corte Costituzionale<sup>52</sup>, d’altronde, ha ribadito, anche in tempi recenti, l’infondatezza delle delle q.l.c. dell’art. 49, comma 4 ter d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv., con modificazioni, in l. 30 luglio 2010 n. 122, censurato (in riferimento agli art. 8, comma 1 n. 5, e 9 dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige, in relazione all’art. 2 d.lg. 16 marzo 1992 n. 266), nella parte in cui qualifica la disciplina sulla “segnalazione certificata di inizio attività” (s.c.i.a.) come attinente alla tutela della concorrenza, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e), cost., ne ribadisce la qualificazione come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. m), cost., e dispone che la disciplina sulla s.c.i.a. sostituisca direttamente quella della “dichiarazione di inizio attività” (d.i.a.), recata da ogni normativa statale e regionale. In particolare si evidenzia come se da un lato il richiamo alla tutela della concorrenza può qualificarsi inadeguato, poiché la disciplina della s.c.i.a., con il principio di semplificazione ad essa sotteso, ha un ambito applicativo diretto alla generalità dei cittadini, dall’altro ha affermato come debba ritenersi che “la relativa disciplina rientri nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, essendo riconducibile al parametro di cui all’art. 117, comma 2, lett. m), cost., che permette una restrizione dell’autonomia legislativa delle regioni giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione”. La Corte ha precisato, altresì, che l’attività amministrativa

<sup>51</sup> L’idea che la funzione di controllo possa essere specificamente quella di fornire ai componenti della collettività elementi di certezza è già espressa da GIANNINI, *Controllo*, cit., 1270. Il dato di interesse ai fini dell’indagine è che essi si chiudono con un “atto finale di confezione di un documento rappresentativo”, che resta depositato nell’ufficio competente per fornire certezza ai consociati in ordine alla conformità di un’attività o di altro strumento. Si può anticipare sin d’ora che anche con riguardo all’attività di controllo che segue il deposito della scia si ritiene fondamentale l’elaborazione di un documento conclusivo che possa fornire alla collettività la certezza in ordine al fatto che il controllo è stato effettuato di tal che tutta l’attività successiva a quella doverosa di verifica possa essere correttamente ascritta all’ambito di quella, ben distinta, di vigilanza o sanzione. Sul tema delle certezze pubbliche, cfr. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *DA*, fasc. 4, 2005, p. 867 ss.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale, n. 121 del 9 maggio 2014, in *FI* 2014, 10, I, p. 2703, che richiama, tra i molti precedenti conformi, le sentt. nn. 29 del 1995, 25 del 1996, 282 del 2002, 120, 285, 336, 383, 406, 407 del 2005, 134, 248, 328, 447 del 2006, 169, 387, 443 del 2007, 1, 50, 165 del 2008, 282, 298, 322 del 2009, 10, 207 del 2010, 142, 164, 178, 202, 203 del 2012, 203 del 2013.



“può assicurare alla qualifica di “prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati, e la normativa censurata riconosce ai soggetti interessati, in condizioni di parità su tutto il territorio nazionale, la possibilità di dare immediato inizio all’attività, fermo restando l’esercizio dei poteri inibitori da parte della p.a., ricorrendone gli estremi”.

E anche dal principio di non duplicabilità delle scelte discrezionali affermato dalle altre pronunce della Corte Cost.<sup>53</sup> discende il corollario della doverosità del controllo inteso proprio come l’equo bilanciamento rispetto alla scelta di delegare all’attività del privato l’autoproduzione dell’effetto abilitativo che, tuttavia, per operare legittimamente, necessita della successiva ricognizione amministrativa<sup>54</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha mostrato in effetti di aver preso piena consapevolezza del fatto che profilo fondamentale e qualificante della disciplina dell’istituto è quello relativo alle conseguenze che discendono dalla scadenza del termine per l’espletamento da parte dell’amministrazione del riscontro successivo “in quanto rappresenta un punto di equilibrio fra le esigenze del controllo del territorio e quelle dell’affidamento del privato la cui tutela non può essere lasciata a scelte contingenti e territorialmente differenziate”<sup>55</sup>. Ne discende che tale aspetto “può sicuramente ascrivere ai principi fondamentali della materia edilizia [...] e che, in ogni caso, afferisce ai LEP”<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Corte Cost., n. 303 dell’1 ottobre 2003, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1730 ss.

<sup>54</sup> LIGUORI, *La dichiarazione di inizio dell’attività edilizia. Le complicazioni di una liberalizzazione*, in SANDULLI, SPASIANO, STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, spec. p. 221.

<sup>55</sup> Così, TAR Toscana, Firenze, sez. III, 09 luglio 2014, n. 1215, in *FA*, 2014, 7-8, p. 2141.

<sup>56</sup> Sempre TAR Firenze, cit., precisa che il principio è stato chiarito dalla Corte costituzionale (a proposito dell’analogo istituto della s.c.i.a.) nella sentenza n. 164 del 2012 secondo la quale “non può porsi in dubbio che le esigenze di semplificazione e di uniforme trattamento sull’intero territorio nazionale valgano anche per l’edilizia” allorché venga in rilievo “il diritto dell’interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l’iniziativa”. Sul tema, interessanti le recenti notazioni di CAVASINO, *La legge generale sul procedimento amministrativo fra gli strumenti dell’uguaglianza*, in *EG. SCOCA, DI SCIASCIO, op. cit.*, p. II ss.

### 3. *La doverosità della funzione al centro della normativa sulla liberalizzazione edilizia*

Oggi, d'altro canto, il tema della doverosità della funzione si accompagna a tutti gli ambiti di esplicazione del potere, potendo parlarsi dell'esistenza di un principio di doverosità, intesa come doverosità globale<sup>57</sup>, che prescinde dall'atto finale e che guarda al modo di essere dell'amministrazione. L'affermazione del carattere della doverosità non è mero auspicio, ma è voler richiamare il potere pubblico al recupero della sua reale funzione: quella di esprimersi sempre e comunque sul rapporto autorità-libertà. Quale sia l'effetto della valutazione poco importa: è invece rilevante restituire centralità al dovere di agire per l'esercizio del potere e il potere diventa strumento di attuazione del dovere.

Il discorso, che chiaramente non può essere se non che accennato in questa sede<sup>58</sup>, investe in pieno la questione del controllo che costituisce, come detto, l'unico momento di presenza dell'amministrazione in un contesto "deregolamentato".

Affermare la non cogenza del potere di controllo equivarrebbe a considerare il potere pubblico *tamquam non esset*. E, come si è accennato, è stata proprio questa affermazione di indifferenza implicita rispetto al potere di controllo a condurre al fallimento delle politiche di liberalizzazione nel settore.

Il controllo, dunque, deve essere puntuale, nel senso che ogni segnalazione o denuncia deve essere sottoposta a verifica, escludendosi in radice che in questo ambito possa valere la regola del controllo a campione<sup>59</sup> il quale a sua volta richiederebbe una disciplina espressa (e che meglio si attaglia alla esplicazione della funzione di vigilanza).

Il ruolo di mediazione tra libertà privata e tutela degli interessi pubblici assume dunque carattere cogente.

Si è potuto, tuttavia, constatare, che questa affermazione non è poi così scontata se sol si considera, ad esempio, che la l. r. Emilia Romagna 30 luglio 2013, n. 15, così come adeguata alle disposizioni dello Sblocca Italia, prevede,

<sup>57</sup> CLARICH, *Manuale*, cit., spec. p. 97.

<sup>58</sup> Ulteriori riferimenti sul tema della doverosità della funzione possono vedersi in TUCCILLO, *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *NA* 2-2014, p. 233 ss.

<sup>59</sup> FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, in *DP*, 1997.

all'art. 14, che "L'amministrazione comunale può definire modalità di svolgimento del controllo a campione qualora le risorse organizzative non consentono di eseguire il controllo sistematico delle SCIA", ma sul punto si tornerà. Basta sin d'ora evidenziare l'effetto distorsivo che una tale disciplina produce sul modo stesso di intendere il modello generale. Privare il controllo del carattere doveroso significa o equipararlo al potere di vigilanza (questo sì effettuabile a campione) o snaturare la scia che si viene, così, ad accostare alle comunicazioni.

Ecco, dunque, emergere l'esigenza<sup>60</sup> della sottoponibilità alle regole del procedimento della funzione attraverso la quale questo ruolo di "garante delle regole" si esplica. L'esercizio del potere di controllo deve essere tracciato in tutte le sue fasi in modo da consentire ai privati, soprattutto ai terzi, di prendere parte a questo momento di verifica rappresentando all'amministrazione ogni possibile ulteriore elemento istruttorio.

Quest'idea, all'origine, si affiancava a quella di chi<sup>61</sup> riteneva che la procedimentalizzazione fosse necessaria solo nel caso in cui il controllo avesse condotto all'esercizio di poteri interdittivi in ordine all'attività denunciata; ma la rilevanza di una integrazione istruttorio da parte dei terzi veniva avvertita come essenziale proprio a fronte del carattere di verifica, quasi meccanica<sup>62</sup>, cui l'attività di controllo dava luogo.

Certo, non è così semplice immaginare che si possa dare comunicazione anche a terzi dell'avvio dell'attività di controllo, ma le recenti disposizioni in tema di informatizzazione della p.a., trasparenza, anticorruzione<sup>63</sup>, potrebbero avallare l'idea che anche della presentazione della scia allo sportello unico possa, anzi debba, rimanere traccia. E l'utilità di una partecipazione

<sup>60</sup> Già evidenziata in alcune letture di grande interesse: FALCON, *op. cit.*, e CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in DA, 1993, p. 55 e ss.

<sup>61</sup> M.P. CHITI, *Atti di consenso*, cit., secondo il quale la verifica positiva darebbe luogo ad un atto interno, laddove il riscontro negativo imporrebbe all'amministrazione di adottare un provvedimento (di intimazione a conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente) che "è espressione di un ulteriore e distinto procedimento che inizia dopo la verifica negativa ed in cui devono essere osservati i principi generali posti dalla legge n. 241/1990, ed in particolare l'obbligo di informazione all'interessato e le regole sul contraddittorio".

<sup>62</sup> CERULLI IRELLI, *Modelli*, cit.

<sup>63</sup> Sulle quali può rinviarsi, per un utile sguardo di insieme, a CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, ult. ed., Milano, 2014. Sull'informatica come strumento per rendere tracciabile l'attività dell'amministrazione ed aumentarne l'*accountability* si veda, BOMBARDELLI, *op. cit.*, p. 1845, anche per gli ulteriori riferimenti.

del terzo anticipata a tale fase è indubbia se poi, accanto all'apporto istruttorio, si apprezza la possibilità di evitare un'esposizione *sine die* dell'attività intrapresa alle iniziative giurisdizionali volte a rilevare le presunte omissioni (nel controllo) dell'amministrazione e le violazioni (nel segnalare l'attività intrapresa) del privato.

In sede di primo commento all'articolo 19 si parlava del rilascio della ricevuta di presentazione della denuncia come di un atto formale di apertura del procedimento di controllo, anche perché la ricevuta presentava gli stessi contenuti indicati dall'articolo 8, comma 2, della legge 241. Tale assimilazione non soddisfaceva e non soddisfa, però, l'esigenza di dare idonea e tempestiva pubblicità ai terzi della presa in considerazione dell'attività del privato da parte dell'amministrazione. E ciò tanto più se si considera che secondo la normativa attuale la segnalazione (così come la denuncia) viene inviata attraverso mezzi informatici.

Quanto, invece, alla necessità che l'amministrazione fornisca un riscontro in merito alla conclusione e all'esito dell'attività di controllo esercitata, va detto che la dottrina si è divisa tra l'idea di coloro i quali<sup>64</sup>, invocando l'applicabilità dell'articolo 2 l. 241 del 1990 anche alle ipotesi di scia, ritengono che la conclusione della fase di controllo vada in ogni caso cristallizzata in un atto (non avente natura provvedimento), e di chi, invece, seguendo l'idea espressa dall'adunanza generale del Consiglio di Stato (parere 27 del 6 febbraio 1992), ha ritenuto essenziale la forma scritta solo allorché il controllo abbia esito negativo e dunque debba determinare l'interdizione dell'attività<sup>65</sup>.

Prima però di soffermarci sulla "dose" di pubblicità possibile, che dovrebbe contemplare, a mio avviso, regimi diversi a seconda del tipo di attività che si intende intraprendere (si vuol dire che per la realizzazione di taluni interventi edilizi potrebbero non esservi posizioni di controinteresse e pertanto la relazione potrebbe esaurirsi nell'interazione tra segnalante/dichiarante e amministrazione), va considerato che il tema del coinvolgimento del privato è legato a doppio filo alla questione del termine per la conclusione del procedimento di controllo.

Sul punto, va anzitutto richiamato l'ampio dibattito sorto in merito alla

<sup>64</sup> BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 145

<sup>65</sup> TRAVI, *Silenzi assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *FA*, 1993.

natura perentoria o ordinatoria del termine per l'espletamento della funzione di controllo che ha visto, in ogni caso, prevalente la ricostruzione favorevole ad individuare nel decorso del termine in questione una vera e propria ipotesi di decadenza<sup>66</sup>.

Le varie tesi, tuttavia, non sono state sufficientemente convincenti nell'affermare la consumazione del potere (o meglio gli effetti che tale consumazione dovrebbe produrre) e nel circoscrivere i poteri residui dell'amministrazione e solo in tempi recenti<sup>67</sup> si è affermata la necessità di precludere anche al giudice la possibilità di rivalutare la legittimità della verifica amministrativa se adito dal terzo fuori tempo massimo (60 giorni dopo il decorso del termine).

Anche questo tema, unitamente a quello della doverosità del controllo, è stato messo in ombra dal dibattito sorto attorno all'ambito di applicazione dei poteri di autotutela per riemergere incidentalmente nelle questioni riguardanti la tutela dei terzi.

La costruzione del potere di controllo come doveroso, la sua proceduralizzazione e il suo contenimento entro termini certi, consentirebbe, tuttavia, di risolvere molte delle questioni ancora in essere e soprattutto di ridurre sensibilmente le ipotesi di ricorso al giudice.

Anzitutto, per assicurare che il controllo venga effettuato sarebbe necessario individuare delle sanzioni in capo al funzionario inerte, analogamente a quanto si sta facendo in diverse disposizioni generali riguardanti altri istituti di semplificazione (conferenza di servizi e pareri) e a come si è fatto in tema di rispetto delle tempistiche procedurali. È pur vero che il moltiplicarsi di ipotesi di responsabilità può condurre, come si è notato, ad un attenuarsi della "responsabilizzazione" per il pubblico dipendente<sup>68</sup>, ma in un contesto in cui le risorse sono così limitate pare assai difficile puntare su strumenti di incentivazione e logiche premiali. Potrebbe in tale ottica essere di ausilio lo stesso privato che, una volta decorso il termine, potrebbe sollecitare il rilascio di un documento di archiviazione pratica<sup>69</sup>. Archivia-

<sup>66</sup> *In primis*, CLARICH, *Termine*, cit.; FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 160 ss.

<sup>67</sup> Vedi anche LIGUORI, *Le incertezze*, cit.

<sup>68</sup> Interessantissimi sul tema gli spunti offerti dallo scritto di BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *RTDP*, fasc. 1, 2015, p. 53 ss.

<sup>69</sup> ZAMPETTI, *D.I.A. e S.C.I.A. dopo l'Adunanza plenaria, n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *DA*, 2011, p. 811 ss. In diverse legislazioni regionali

zione di cui dovrebbe darsi atto anche nel protocollo informatico dell'amministrazione in modo da rendere gli atti del procedimento di controllo accessibili secondo le normali modalità previste per l'esercizio del diritto di accesso. E, di fatto, questo già succede in alcune amministrazioni – tra le quali il Comune di Napoli – ove le procedure sono interamente informatizzate.

L'accento posto sul carattere doveroso del potere di controllo assume un pregnante significato nel contesto delle trasformazioni edilizie. Se infatti si parte dalla storica definizione di dovere fornita da Santi Romano nei suoi *Frammenti*<sup>70</sup>, a tenore della quale è dovere giuridico la situazione soggettiva enunciata dall'ordinamento senza che sia individuato un beneficiario di essa che si possa considerare titolare di un diritto correlativo, si comprende come la necessità del controllo nasce dalla circostanza che in alcune ipotesi di scia potrebbe ben mancare il titolare di una posizione di controinteresse che, in caso di inerzia della p.a., faccia valere l'illegittimità della condotta omissiva. In attuazione del principio di doverosità, infatti, l'azione della p.a. non può arrestarsi dinanzi allo scampato pericolo della reazione giurisdizionale, dovendo piuttosto giungere essa stessa a porre in essere tutti gli strumenti in suo possesso per scongiurare che la violazione si compia o meglio che la violazione produca conseguenze negative (anche solo) per uno degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa (che non hanno tutti necessariamente natura privata). La doverosità, dunque, connota il potere (in tal caso di controllo) ogni qual volta non vi sia altra forma di tutela per gli interessi.

si prevede la possibilità per il privato di richiedere il rilascio di una certificazione di mancata assunzione di provvedimenti inibitori. Si pensi, ad esempio, all'articolo 42, comma 10, della l. r. Lombardia n. 12 del 2005, ove è dettata la disciplina della denuncia di inizio attività, si prevede che qualora non debba provvedere ad adottare provvedimenti inibitori, “il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ovvero, laddove costituito, dello sportello unico per l'edilizia, attesta sulla denuncia di inizio attività la chiusura del procedimento”; o ancora in tal senso è l'art. 15, comma 4, della l. r. Emilia Romagna, n. 15 del 2013, nel quale si legge che “l'interessato può motivatamente richiedere allo Sportello unico la certificazione della mancata assunzione dei provvedimenti di cui all'articolo 14, commi 7 e 8, entro il termine di trenta giorni per lo svolgimento del controllo sulla SCIA presentata”.

<sup>70</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 104-105.

#### 4. *La (eccessiva) rilevanza delle posizioni di controinteresse*

Il problema degli interessi correlati all'esercizio della funzione di controllo è un altro punto centrale della dogmatica sorta in tema di liberalizzazione<sup>71</sup>, ma deve ritenersi ancor più pregnante e nodale nella materia delle trasformazioni urbanistiche del territorio. Qui la questione non può prescindere dalla disamina delle tipologie di interventi che possono realizzarsi con i diversi titoli abilitativi in essere che, come acutamente rilevato<sup>72</sup>, possono ritenersi una categoria unitaria solo se considerati come fatti legittimanti allo svolgimento dell'attività di trasformazione immobiliare.

Il panorama attuale contempla, in una elencazione che procede verso gli interventi di impatto via via minore in termini di trasformazione del territorio e implementazione del carico urbanistico, il permesso di costruire (cui devono aggiungersi il permesso in deroga e il permesso convenzionato), la dia (*ex superdia*), la segnalazione certificata di inizio attività (che a sua volta può essere a legittimazione immediata o differita), l'attività soggetta a comunicazione preventiva asseverata, l'attività condizionata alla mera comunicazione e, *dulcis in fundo*, l'attività edilizia libera.

Se si guarda alla tipologia degli interventi rientranti nella catalogazione dell'art. 10 del TUED, e dunque soggetti a permesso di costruire (gli interventi di nuova costruzione; gli interventi di ristrutturazione urbanistica; gli interventi di ristrutturazione edilizia pesante<sup>73</sup>) il ventaglio di opere risulta, allo stato dell'arte, ridotto e, in alcuni casi di diversa valutazione del legislatore regionale, in concorrenza con la scia, con la precisazione che l'alternatività attrae anche il regime sanzionatorio penale.

Alla segnalazione certificata di inizio attività (che soggiace alla disciplina dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 23 *bis* TUED) sono subor-

<sup>71</sup> Sul tema ed in particolare per la definizione del tipo di interesse vantato dal terzo, cfr., TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo"*, cit. Interessanti anche le notazioni di FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *DPA*, 2012, 193 ss., nonché le recenti osservazioni di TRAVI, *La tutela*, cit.

<sup>72</sup> STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, 2a ed., Milano, 2012.

<sup>73</sup> Si considerano interventi di ristrutturazione "pesante" quelli che "portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni".

dinati tutti gli interventi non rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 10 e 6 (attività edilizia libera) (nonché le varianti a permessi di costruire "leggere"<sup>74</sup>). Si allude in particolare a interventi di manutenzione straordinaria che non riguardino parti strutturali dell'edificio, restauro e risanamento conservativo, ristrutturazione di cui all'art. 3 lett. d, nonché quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Quest'ultima tipologia di interventi pone non pochi problemi interpretativi se sol si considera che in caso di immobili crollati e demoliti ci si può trovare al cospetto di vere e proprie nuove costruzioni rispetto alle quali assai vago è il riferimento alla possibilità di accertarne la preesistente consistenza<sup>75</sup>. Senza poi considerare che dalle più recenti riforme lo stesso strumento della scia viene, in alcuni casi, privato del suo carattere più pregnante, ovvero dell'avvio a legittimazione immediata, nelle ipotesi in cui l'intervento (di demolizione e ricostruzione, o di variante a permesso di costruire) comporti la modifica della sagoma dell'immobile interessato<sup>76</sup>.

Il regime totalmente deregolato concerne gli interventi non aventi alcun impatto sull'uso del territorio e riconducibili alla categoria dello *ius utendi*, cioè la facoltà di utilizzare l'immobile senza trasformarlo che costituisce esplicazione diretta del diritto di proprietà<sup>77</sup>. La categoria risulta, tuttavia, limitata perché la scelta del legislatore è stata sì nel senso di ampliare le ipotesi da ri-

<sup>74</sup> Intendendosi per tali quelli che "non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alterano la sagoma dell'edificio qualora sottoposto a vincolo ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire e, comunicate a fine lavori con attestazione del professionista, le varianti a permessi di costruire che non configurano una variazione essenziale, a condizione che siano conformi alle prescrizioni urbanistico-edilizie e siano attuate dopo l'acquisizione degli eventuali atti di assenso prescritti dalla normativa sui vincoli paesaggistici, idrogeologici, ambientali, di tutela del patrimonio storico, artistico ed archeologico e dalle altre normative di settore".

<sup>75</sup> Come rileva, MARZARO GAMBA, *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>76</sup> Vedi quanto osservato da SANDULLI, *Il regime*, cit.

<sup>77</sup> Così, BOSCOLO, *Attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015; MARZARO GAMBA, cit.



condurre all'ambito di applicazione dell'articolo 6, ma lo ha fatto prevedendo la necessità di un potere di vigilanza residuo da parte della p.a., potere che, specie con riguardo alle ipotesi di comunicazione asseverata, non può ritenersi sottratto alla qualificazione in termini di doverosità. Qualcosa in più sul punto il decreto di settembre, o quantomeno la legge di conversione, avrebbero dovuto dirlo, specie se si considera che, in forza del nuovo *corpus* normativo, alle regioni è riconosciuta la possibilità di normare «le modalità di effettuazione dei controlli» sull'attività edilizia libera col rischio di creare situazioni di disomogeneità e di incertezza ulteriori (la Regione Toscana è intervenuta, ad esempio, con l'art. 137, comma 9, della l.rg. 10 novembre 2014, n. 65, prevedendo che siano effettuati dei controlli a campione sugli interventi di edilizia libera).

Quanto invece alla dia, di cui all'agli artt. 22, comma 3, e 23 del TUED, l'ambito di applicazione non sembra mutato restando oggi la denuncia (ex superdia) l'unica alternativa per l'avvio di alcuni interventi riservati al permesso di costruire. Ciò che, invece, ha subito modifiche è la disciplina applicabile che, in forza dei recenti interventi dello Sblocca Italia, sembra essere unicamente quella dettata dal testo unico, anche se, come pure si è avuto modo di evidenziare, una lettura estensiva di alcune disposizioni dell'articolo 19 della l.241 del 1990 (quelle riguardanti i residui poteri di autotutela e le azioni a difesa del terzo) può considerarsi sicuramente compatibile col sistema.

Tornando al punto da cui si è preso avvio, e all'esito dell'elencazione svolta, può verificarsi che non sempre gli interventi soggetti a regime liberalizzato (scia "leggera" e art. 6) sono idonei a incidere sulle posizioni di terzi. In tali ipotesi, la tutela dei restanti interessi (pubblici) ben può essere esaurita dal binomio controllo doveroso-sistema sanzionatorio, nel quale la posizione del privato interessato alla realizzazione dell'attività sarà garantita dalla perentorietà del termine. Viceversa tutte le volte in cui dall'attività di trasformazione intrapresa attraverso regimi liberalizzati/semplificati (come avviene nel caso della super dia, nelle ipotesi di ristrutturazione attraverso demolizione e ricostruzione di cui alla scia, o anche di spostamento di tramezzi interni ad una unità immobiliare) possa derivare un pregiudizio per terzi controinteressati, dovrà essere fornita a questi ultimi la possibilità di partecipare al procedimento di controllo, avendone tempestiva conoscenza e sollecitandone il più corretto espletamento. La graduazione anche delle forme di tutela apprestate per i terzi è espressione dei principi di proporzio-

nalità e ragionevolezza, i quali impongono di limitare allo stretto necessario lo spazio di interventi che – lungi dal costituire guarentigie per posizioni di controinteresse – possono avere finalità meramente ostruzionistiche.

Interessante spunto in merito al coinvolgimento del terzo sin dalle fasi iniziali dell'attività edilizia di un privato, può trarsi dall'esperienza britannica ove la disciplina del *planning permission* contempla che l'istante abbia l'obbligo di dare notizia dell'intervento che intende realizzare a tutti i soggetti potenzialmente interessati, e cioè a tutti coloro ai quali potrebbe derivare un danno dalla nuova opera edificatoria<sup>78</sup>.

In ogni caso, alcune leggi regionali (da ultimo in tal senso ha provveduto la l. r. Umbria n. 1 del 2015, art. 127) hanno stabilito che, per dare idonea pubblicità della scia posta a legittimazione delle attività edilizie in corso, gli estremi della stessa siano indicati nel cartello esposto presso il cantiere.

Ugualmente rilevante per la presente riflessione è sempre la disciplina del sistema britannico ove è presente l'istituto dei CLOPUD (*certificates of lawfulness of proposed use of development*) ovvero dei certificati di conformità che chiunque può richiedere all'amministrazione con riguardo ad un determinato intervento da realizzarsi su un'area specifica del territorio<sup>79</sup>.

##### 5. *Previsione di termini adeguati e criticità della normativa di settore*

Essenziale per realizzare un'utile e possibile partecipazione al controllo dell'amministrazione è anzitutto ipotizzare che i termini per il suo espletamento possano essere più lunghi rispetto a quelli previsti dall'attuale disciplina. Circostanza che, tra l'altro, renderebbe sicuramente più accettabile la natura perentoria del termine e ammissibile l'affermazione della preclusione per il terzo dell'azione di cui all'art. 19, co. 6 *ter*, della legge 241 del 1990 una volta che lo stesso sia spirato. All'indomani dell'assimilazione della scia edilizia al modello generale di cui all'articolo 19 l. 241/90, non si comprende, invero, a quale logica si sia ispirata la scelta di riservare per la verifica della conformità

<sup>78</sup> GIANI, *Autoritatività tra potere e atto. Alcune riflessioni sul sistema britannico*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 109 ss. D'altronde nel diritto britannico è la stessa nozione di controllo a ricomprendere anche la partecipazione procedimentale: cfr. GIANNINI, *Controllo*, cit., p. 1267.

<sup>79</sup> Per i riferimenti essenziali può vedersi, HARWOOD, *Planning Enforcement*, Bloomsbury, London, 2013.

a legge di quest'ultima un termine diverso da quello generale di 60 giorni. Il dimezzamento dei termini poteva, infatti, risultare il giusto compromesso per la permanenza di una legittimazione differita ad intraprendere l'attività, ma l'ampliamento del novero degli interventi realizzabili con scia e l'estensione della legittimazione immediata sembrano davvero concessioni eccessive ad un sistema di regole che nel settore edilizio non si contraddistingue per nitore e linearità, con la conseguenza che si determina un ammanco di garanzie tanto per la libertà privata che per l'interesse pubblico.

Quello della determinazione dei termini poteva essere un settore nel quale la flessibilità scelta dal Testo unico dell'edilizia nel lasciare ampio spazio all'intervento normativo regionale<sup>80</sup> avrebbe potuto utilmente esprimersi e garantire al contempo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Si è, infatti, spesso discusso in ordine all'inadeguatezza degli apparati burocratici rispetto alla necessità di dare attuazione al sistema di controlli imposto dalla deregolamentazione in alcuni settori e si è dovuto fare i conti (si veda il caso degli sportelli unici) con l'impossibilità di prevedere strutture organizzative adeguate a far sì che l'alleggerimento degli oneri fosse reale e non virtuale (riforme a costo zero). E, come ricordato da autorevole dottrina<sup>81</sup>, "la semplificazione amministrativa 'costa'; ove ciò non fosse compreso, semplificare significherebbe solo dequalificare l'azione dell'amministrazione e porre a rischio la tutela della legalità e del pubblico interesse".

Il ritardo nella conclusione degli iter di verifica molto spesso, dunque, non è imputabile all'indolenza di cattivi funzionari, ma al fatto che mancano le risorse umane e strumentali per tener dietro al numero di segnalazioni/denunce presentate.

Di conseguenza, anche in relazione alla capacità organizzativa degli uffici, sarebbe di indubbia utilità prevedere la possibilità di predeterminare il termine per l'effettuazione dei controlli, la cui durata massima andrebbe generalizzata, e la cui durata minima diverrebbe adattabile ai diversi contesti.

Il ricorso alla flessibilità con riguardo alla fissazione di termini che devono considerarsi perentori non sarebbe, d'altronde, una scelta nuova se solo si guarda alla disposizione fondamentale sulle tempistiche procedurali di

<sup>80</sup> Su cui, STELLA RICHTER, *op. cit.* Cfr. anche, GIULIETTI, *Il controverso impatto della l. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>81</sup> M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*, in *FA CDS*, 3-2006, spec. p. 1072.

cui all'art. 2 della l. 241 del 1990 ove espressamente si prevede che l'amministrazione possa dotarsi di tempistiche procedurali adeguate alla complessità dei procedimenti di propria competenza.

Anziché agire sul termine, tuttavia, il legislatore regionale finisce con l'intaccare il principio di doverosità dei controlli e prevedere che, in assenza di apparati organizzativi adeguati, il controllo possa essere effettuato a campione (cfr. l. r. Emilia Romagna, cit.). La circostanza genera nuovamente confusione e sovrapposizione tra i modelli: in assenza di doverosità del controllo, non si coglie la differenza reale tra la comunicazione inizio lavori asseverata e la scia, se non sul ben diverso piano del regime sanzionatorio.

#### 6. *Dal dover essere all'essere: il caso Napoli*

Un utile terreno di verifica in ordine alla validità delle soluzioni suseposte è stato rappresentato dall'attività di analisi svolta presso il Servizio edilizia privata del Comune di Napoli.

Diverse sono le criticità emerse nell'attuale sistema dei titoli abilitanti lo svolgimento delle attività edilizie, la maggior parte delle quali ascrivibili alla mancanza di personale addetto all'espletamento dell'attività di controllo.

Anzitutto, nel suddetto contesto un dato sicuramente significativo è che l'attività di controllo si intende come doverosa, non soltanto per quel che concerne gli interventi soggetti a scia, ma anche per quelli che richiedono l'inoltro della semplice comunicazione, asseverata e non. Il che comporta che gli oneri amministrativi siano i medesimi, anche nell'ambito della cd. attività edilizia libera.

Questa attenzione rivolta alla verifica della effettiva conformità alle norme vigenti di tutti gli atti di segnalazione e comunicazione, se sicuramente connota positivamente la scelta dell'amministrazione campana rispetto agli altri contesti locali citati (Emilia Romagna, Umbria, Liguria, Toscana) – nei quali, non solo per gli interventi soggetti a comunicazione di cui all'art. 6 del TUE, ma addirittura anche per la scia, sono previsti controlli a campione (Emilia Romagna) – ha come dato negativo quello della oggettiva difficoltà di rispettare il termine di legge previsto per l'attività di controllo. Il termine medio per la durata del procedimento di controllo va da un minimo di 6 giorni ad un massimo di 120 giorni. La circostanza si comprende ancor meglio se si considera che tra il momento di attribuzione del protocollo da

parte dello Sportello Unico – che per il privato costituisce il *dies a quo* per determinare il decorso del termine – e quello in cui l'atto è assegnato al responsabile del procedimento possono anche trascorrere diversi giorni e che ciascun responsabile è anche tenuto ad effettuare i sopralluoghi di verifica, ad interfacciarsi con le altre autorità competenti all'esercizio dell'attività di vigilanza e con le altre amministrazioni coinvolte dall'attività intrapresa.

L'amministrazione napoletana (in linea con le amministrazioni di altre regioni, tra le quali Liguria, Emilia Romagna, Lombardia<sup>82</sup>) ha in qualche modo ovviato a questa disfunzione prevedendo che il privato possa stabilire autonomamente di differire il termine di inizio lavori: nella modulistica per la presentazione della scia, infatti, è data al segnalante la facoltà di indicare per l'inizio dell'attività un termine diverso da quello in cui, perfezionandosi il deposito della documentazione, sarebbe legittimato a procedere. Si assiste al paradosso che il privato rinuncia spontaneamente ad una agevolazione (quella di essere immediatamente legittimato all'avvio dell'attività), per non subire le conseguenze di un intervento – dai contorni tutt'altro che definiti – dell'amministrazione sull'attività già intrapresa. Il valore della certezza prevale, anche in questo caso, su quello della celerità.

7. *La riduzione dei compliance costs ovvero l'ennesima missione impossibile della (pseudo)liberalizzazione edilizia*

I dati sinora emersi consentono di affermare che di liberalizzazione vera e propria nel settore edilizio può parlarsi soltanto con riguardo agli interventi di attività libera per i quali non è posto in capo al privato alcun onere comunicativo.

Tuttavia, la mancanza di uniformità nel definire le modalità di inoltro delle comunicazioni, il diverso regime dei controlli e l'assenza di un termine stabilito per effettuarli sono tutti elementi che contribuiscono ad alimentare la diffidenza del privato non solo rispetto alla scia, ma anche nei confronti degli interventi più semplici, per l'avvio dei quali è ancor oggi – paradossal-

<sup>82</sup> Nella l. r. Emilia Romagna, 15/2013 cit., ad esempio, all'articolo 15 si prevede che “nella SCIA l'interessato può dichiarare che i lavori non saranno avviati prima della conclusione del procedimento di controllo, di cui all'articolo 14, commi da 4 a 8, ovvero può indicare una data successiva di inizio lavori, comunque non posteriore ad un anno dalla presentazione della SCIA”.

mente – impossibile prescindere dall’assistenza di un tecnico abilitato<sup>83</sup>. Ne discende che i costi gravanti sul privato sono i medesimi anche nei casi di attività apparentemente deregolata<sup>84</sup>.

La difficoltà di uniformare i modelli di presentazione di certificazioni e segnalazioni ha spinto le regioni ad adottare una modulistica unica: lo scorso 18 dicembre è stato, infatti, sancito l’accordo in sede di Conferenza unificata tra il Governo, le regioni e gli enti locali, per l’adozione di moduli unificati e standardizzati per la presentazione della comunicazione di inizio lavori e della comunicazione di inizio lavori asseverata per gli interventi di edilizia libera (l’accordo è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 41 del 19/02/2015 ed ha ultimato un processo di unificazione già avviato nel giugno 2014 con riguardo ai modelli per la presentazione di permesso di costruire e scia<sup>85</sup>). Quel che però disorienta il cittadino è il permanere di una certa disomogeneità in ordine alla latitudine dei poteri di intervento *ex post* dell’amministrazione.

La semplificazione ha un’anima fragile. È sempre al limite tra le ragioni dell’efficienza e quelle dell’imparzialità. Quando poi si spinge l’area della semplificazione fino a lambire i territori della liberalizzazione il rischio che siano i cittadini a pagarne il prezzo è molto elevato. Lo sforzo del legislatore dovrebbe essere, dunque, indirizzato ad intervenire sul panorama normativo esistente in maniera più coraggiosa: o definendo in dettaglio i poteri di controllo dell’amministrazione o rassegnandosi a riconsegnare l’edilizia al regime

<sup>83</sup> E già BARTOLINI, *cit.*, ha rilevato come “In linea di principio la disciplina sull’attività libera va salutata con favore, poiché tende a deamministrativizzare una serie di interventi che sicuramente non comportano un serio vulnus all’interesse riguardante l’ordinato assetto del territorio. Tuttavia, la nuova disciplina anziché semplificare pare complicare l’attività edilizia, a causa della smodato aumento dei regimi edilizi (attività libera, attività libera preceduta da scia, scia, dia e dia pesante, permesso di costruire)”.

<sup>84</sup> Si è notato in dottrina, in particolare, CORTESE, *Commento all’art. 6*, in BATTINI, CASINI, VESPERINI, VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Milano, 2013, p. 1142 ss., come al momento dell’introduzione nell’ambito del Testo unico dell’edilizia di una disposizione dedicata all’attività libera, “a differenza di quanto si potesse eventualmente, e inavvertitamente, desumere dalla sola lettura della rubrica, la disposizione non consentiva di ricavare solide certezze circa l’esistenza, nell’ordinamento positivo, di una serie di attività edilizie da considerarsi totalmente libere”. La norma, infatti, faceva comunque salve “sia le disposizioni più restrittive discendenti dalla legislazione regionale o dagli strumenti urbanistici concretamente operanti nel caso di specie, sia le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell’attività edilizia”.

<sup>85</sup> Si veda in proposito quanto disposto dal d.l. 90 del 2014, sul quale le notazioni di VESPERINI, *La semplificazione, politica comune*, in *GDA*, 11/2014, p. 1019 ss.

del controllo *ex ante*. Quest'ultima ipotesi non deve necessariamente essere considerata una sconfitta, soprattutto se si guarda alla liberalizzazione in chiave rimediabile e si considera la scia come un *second best*<sup>86</sup>. La tendenza troverebbe, tra l'altro, ragion d'essere specie alla luce dei più significativi interventi normativi (in termini di semplificazione) che hanno di recente riguardato il procedimento per il rilascio del permesso di costruire (termini certi, silenzio assenso, conferenza di servizi).

D'altronde nella maggior parte dei paesi europei la permanenza dei titoli espressi non è avvertita come problematica in quanto, come efficacemente evidenziato da alcuna dottrina<sup>87</sup>, l'amministrazione è efficiente (tempestiva) e non abbisogna di interventi legislativi che ne semplifichino l'azione attraverso una riduzione degli oneri procedurali. E in un settore nel quale non si fa questione di apertura dei mercati alla concorrenza, ma si tratta di consentire principalmente la piena esplicazione del diritto di proprietà con riguardo ad interventi di impatto limitato in termini di trasformazioni del territorio, non si comprende perché non si possa investire sulla costruzione di un sistema di controlli efficace che si basi su (poche) regole certe.

La sensazione che se ne trae è che l'atteggiamento timido e confusionario del legislatore nazionale sta consegnando interamente la disciplina del governo del territorio alle normative regionali le quali se, da un lato, si sono fatte carico di avviare un apprezzabile tentativo di risistemazione della materia – anche attraverso l'adozione di testi unici organici e dettagliati (v. TU regione Umbria) – dall'altro stanno stravolgendo i tratti più significativi dei modelli di autoamministrazione (controllo non doveroso, permanenza dei poteri di autotutela), dei quali, tra breve, rimarrà ben poco.

## 8. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni su esposte e dei dati raccolti può concludersi, dunque, che il settore edilizio è stato fatto oggetto da parte del legislatore, almeno nelle intenzioni, più di interventi volti a semplificare e a ridurre gli oneri procedurali che a varare politiche di liberalizzazione vera e propria.

<sup>86</sup> Come affermato da MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *GDA*, 12/2010, p. 1328 ss.

<sup>87</sup> In tal senso, sempre MATTARELLA, *op. ult. cit.*

La liberalizzazione è divenuta così un manifesto, un'idea richiamata allo scopo di conferire maggior impatto ad una generale politica di rilancio dell'economia che, invero, in questo specifico ambito, si è risolta in una mera dichiarazione di intenti.

Questo perché ogni settore ha le sue logiche, le sue criticità e i suoi operatori e dalla diversità di ciascuno di essi emerge la necessità di approcci flessibili e proporzionati agli interessi da tutelare. Le linee di intervento non possono, dunque, essere tutte uguali e la scelta di puntare sui medesimi strumenti può rivelarsi inadeguata quando mutano le logiche del sistema.

Il punto di avvio deve sempre essere l'esame della legislazione vigente onde verificare l'utilità di mantenere in vita regole e procedure, prima di procedere alla loro eliminazione.

Tale approccio consente di considerare tutti i fattori che determinano il rallentamento della crescita economica, senza puntare in maniera "brutale" sulle politiche di liberalizzazione (specie se non si sono previamente valutati comparativamente, caso per caso, i rischi e i vantaggi<sup>88</sup>). E non è nuova l'idea secondo la quale la conservazione di un regime autorizzatorio efficace ed efficiente è meno grave di una deprovincializzazione incerta ed ibrida<sup>89</sup>.

D'altronde la direttiva servizi aveva principalmente imposto un riesame analitico dei regimi amministrativi esistenti per verificare se essi fossero giustificati da fini più importanti di quello di garantire la libertà di iniziativa economica. Solo all'esito, dove possibile, si sarebbe dovuto procedere con la riduzione di oneri e regole per evitare che il nuovo regime fosse peggiore del precedente<sup>90</sup>.

Strumento di punta avrebbe dovuto essere l'analisi di impatto della regolazione (AIR) che, unitamente alla successiva verifica (VIR), avrebbe potuto consentire di apprezzare preventivamente e nel tempo l'impatto di innesti legislativi nelle discipline settoriali o in molti casi, condurre ad optare per un non intervento<sup>91</sup>, investendo più su una razionalizzazione dell'esistente che su operazioni di "sartoria" normativa.

<sup>88</sup> In tal senso, TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, spec. p. 25.

<sup>89</sup> MATTARELLA, NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, spec. p. 19 ss.

<sup>90</sup> CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2/2013, p. 363 ss. Sul tema, vedi anche NEGRELLI, *op. cit.*

<sup>91</sup> NAPOLITANO, *La logica*, cit.; CLARICH, MATTARELLA, *op. cit.*, spec. p. 373 ss. Sull'AIR e



In tal senso, il settore edilizio avrebbe potuto essere un'utilissimo terreno di sperimentazione proprio per le peculiarità che lo contraddistinguono: interessi privati che si contrappongono ad interessi pubblici di particolare rilevanza, apparati burocratici non adeguati alle nuove logiche dell'informatizzazione, costi di adeguamento elevati per il privato che sceglie di attingere alle vie della semplificazione.

Purtroppo anche questa dello Sblocca Italia si è rivelata un'occasione mancata e il riferimento ai modelli di *sunset legislation* fatto in apertura era, per quanto in termini di mera suggestione, proprio indirizzato a sottolineare come prima di introdurre nuove regole, anche se ispirate a logiche di rilancio economico, bisognerebbe testarne la portata e gli effetti nel lungo periodo<sup>92</sup>. Solo all'esito della verifica dell'impatto che il nuovo tessuto normativo ha prodotto sugli operatori del sistema, che devono essere – si badi bene – gli operatori di quello specifico segmento di mercato – si può procedere ad una stabilizzazione della disciplina<sup>93</sup>. D'altronde nel report sui risultati della consultazione pubblica svolta dall'Ufficio per la semplificazione amministrativa del Dipartimento della funzione pubblica nell'aprile 2014 sul tema “Semplificazione: cosa chiedono cittadini e imprese”<sup>94</sup>, può riscontrarsi come nella “top ten” degli adempimenti e delle procedure ritenute maggiormente complicate compaiano al secondo posto – sia da parte dei cittadini che da parte delle imprese – gli adempimenti e le procedure in materia edilizia.

L'intervento del legislatore nel settore è, dunque, ancora avvertito come necessario, ma in quale senso debba essere orientato è difficile a dirsi.

Sicuramente più semplice è determinare cosa non dovrebbe più farsi: intervenire sulle norme esistenti complicandone la lettura, piuttosto che cercare di riscriverne il contenuto; introdurre regimi asseverativi dalla dubbia natura (comunicazioni, comunicazioni asseverate, segnalazioni, dichiarazioni); mantenere in vita regimi differenziati nell'ambito delle procedure abilitative

sul suo ingresso nel nostro ordinamento MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi tecnico-normativa*, in *GDA*, 1/2001, p. 85 ss.; L. CARBONE, *Analisi di impatto della regolazione*, in CLARICH, FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 53 ss.; MORFUNI, *L'introduzione dell'AIR in Italia*, in *GDA*, 2002, p. 729 ss.; MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Milano, 2011, nonché BASILICA, BARAZZONI, *op. cit.*

<sup>92</sup> La preferenza per la legislazione a termine è espressa anche da CLARICH, MATTARELLA, *cit.*, spec. p. 370.

<sup>93</sup> Secondo una metodologia suggerita dal modello di analisi del *Socio-legal approach* su cui, tra i molti, SCHIFF, *Socio-legal theory: social structure and law*, *The Modern Law Review*, 3, 1976, p. 287 ss.

<sup>94</sup> Reperibile sul sito *ASTRIDonline*.

laddove non ve ne sia un bisogno reale (verificato), per la tutela dell'interesse pubblico. Quanto alla *pars construens* si è già detto, potendosi aggiungere in chiusura, che il dover essere necessita di essere riconosciuto e garantito conferendo forza nuova ai principi di doverosità, proporzionalità e ragionevolezza; l'essere, invece, va assunto quale unica guida possibile per evitare che l'intervento regolatorio guardi a contesti ideali, cui si può aspirare solo nella consapevolezza che sono ancora lontani.

L'AIR sicuramente può essere strumento prezioso; e doveva esserlo anche per le disposizioni del decreto dello scorso autunno. Ma così non è stato, come conferma il rilievo mosso dal Comitato per la Legislazione nel parere reso in sede di conversione in ordine alla circostanza che “il disegno di legge di conversione non è corredato della relazione sull'analisi tecnico-normativa (ATN) e della relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), senza che nella relazione di accompagnamento si riferisca in merito all'eventuale esenzione dall'obbligo di redigerla, in difformità dunque da quanto statuito dall'articolo 9 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 170 del 2008”. In uno studio sulla semplificazione di circa un decennio fa<sup>95</sup> venivano ricordate le parole di G. Filangieri che, nella sua Scienza della legislazione, stigmatizzava le difficoltà della politica di intervenire sul problema della molteplicità delle leggi, e gli spunti offerti dallo Studioso possono forse attagliarsi anche al contesto descritto: “Se un disordine si fa appena sentire in una nazione, una nuova legge si emana. Essa non ha per oggetto che quel caso particolare, che potrebbe esser facilmente compreso in una legge anteriore, la quale con due o tre parole in più, con due o tre parole in meno, potrebbe comprenderlo. Ma il destino delle legislazioni è di correre sempre innanzi, senza mai rivolgersi indietro”.

<sup>95</sup> M.P. CHITI, *Semplificazione*, cit., p. 1058.

### **Abstract**

Il saggio ha ad oggetto le criticità che connotano le politiche di liberalizzazione nel settore edilizio. In particolare, viene approfondito il ruolo che la pubblica amministrazione ancora riveste nell'ambito del controverso rapporto tra i privati e la legge. In tale contesto, si evidenzia la natura doverosa del potere di controllo e la necessità che i termini per il suo esercizio siano adeguatamente definiti dal legislatore, al quale si chiede un intervento chiarificatore a fronte di una normativa che è fonte di incertezza per operatori e interpreti.

This paper describes critical points of liberalization in building regulation. In detail, it underlines how the rule of public authorities is still fundamental and necessary to assure the pursuit of public interests. In this contest, control powers should be interpreted as a duty and time-limits for their use should be better defined by law. Due to their complexity, italian rules in this field require a new regulation, upon a deep study of their impact, that could assure the reduction of compliance costs for stakeholders.

### **Key words**

Liberalizzazione edilizia, segnalazione certificata d'inizio attività, potere di controllo, doverosità della funzione, termini.

Liberalization in building regulation, control power, due use of administrative function, compliance costs.



**Silvia Tuccillo**

## Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Controllo *ex post* e attuazione del disegno costituzionale. **3.** La doverosità della funzione al centro della normativa sulla liberalizzazione edilizia. **4.** La (eccessiva) rilevanza delle posizioni di controinteresse. **5.** Previsione di termini adeguati e criticità della normativa di settore. **6.** Dal dover essere all'essere: il caso Napoli. **7.** La riduzione dei *compliance costs* ovvero l'ennesima missione impossibile della (pseudo)liberalizzazione edilizia. **8.** Conclusioni.

### I. Premessa

Il tema delle liberalizzazioni è, come noto, uno dei più battuti dalla dottrina dell'ultimo ventennio anche se, come si è osservato<sup>1</sup>, gli studi di teoria generale indirizzati a chiarire la reale portata del fenomeno giuridico sono davvero pochi<sup>2</sup>. La necessità di trovare una definizione in termini astratti del concetto emerge, in special modo, per fugare i molteplici equivoci che ancor oggi si creano attorno al tema delle liberalizzazioni e che hanno condotto, come si vedrà, a qualificare come tali interventi normativi nel cui contesto, piuttosto che all'eliminazione del potere, si è puntato a ridurre l'incidenza

<sup>1</sup> BARTOLINI, *La cd. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011.

<sup>2</sup> Tra questi, il riferimento è ai lavori di SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *DA*, 2012, p. 177 ss.; CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006, p. 3492 ss.; LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; TRAVI, *Liberalizzazione*, in *RTDP*, 1998, p. 645 ss. Di recente, MANGANARO, ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014. Per un approccio non solo teorico, BASILICA, BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

del controllo pubblico su alcuni settori, ritenuti di particolare rilevanza economica per la crescita e la competitività del Paese.

Riprendendo la distinzione elaborata da un autorevole studioso<sup>3</sup> tra liberalizzazione amministrativa ed economica, può affermarsi che la liberalizzazione amministrativa è quella che si attua attraverso “l’eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private”. La liberalizzazione economica consiste, invece, nella “possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell’esistenza di monopoli legali” oppure di avere accesso a mercati in precedenza caratterizzati dall’esistenza di rigide barriere all’ingresso<sup>4</sup>.

Se si muove dal presupposto che la liberalizzazione amministrativa ha trovato, almeno in linea teorica<sup>5</sup>, la sua massima espressione nell’istituto della denuncia di inizio attività (oggi scia), e un suo possibile svolgimento nell’istituto del silenzio assenso, non potrà negarsi che alcune ipotesi di liberalizzazione economica si palesano proprio come l’effetto della liberalizzazione amministrativa<sup>6</sup>. Tuttavia, in un numero altrettanto cospicuo di ipotesi, la liberalizzazione è l’esito di un procedimento assai complesso che ha come presupposto l’emanazione di un provvedimento legislativo atto a rimuovere il monopolio legale e a trasformare l’ente pubblico monopolista in società per azioni. Da questo procedimento composito consegue la possibilità per le imprese private di entrare nel mercato “liberalizzato” e per il privato di acquistare una partecipazione azionaria nella società di nuova costituzione.

Le diverse accezioni del fenomeno liberalizzante hanno, dunque, portato ad un utilizzo del termine piuttosto promiscuo che lo rende di fatto idoneo

<sup>3</sup> CORSO, *op. cit.* e ID., *Attività economica privata e deregulation*, in *RTDP*, 1998, p. 629 ss. per una specifica distinzione tra le figure della deregolazione, delegificazione, semplificazione, liberalizzazione, privatizzazione, codificazione. Sul tema, già MAJONE, LA SPINA, “Deregulation” e privatizzazione: divergenze e convergenze, in *SM*, 1992, 2, p. 281.

<sup>4</sup> Così, CORSO, *Liberalizzazione*, cit., p. 3492. Secondo la lettura di SATTA, *op. cit.*, il verbo “liberalizzare” esprime “un’idea non complessa, non difficile. Se ci sono situazioni le quali impediscono a qualcuno di fare qualche cosa, tali situazioni devono essere rimosse”.

<sup>5</sup> Sul tema cfr. TRAVI, *Liberalizzazione*, cit., e ID., *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *ED, Annali*, vol. II, tomo 2, Milano, 2008, p. 347.

<sup>6</sup> La notazione è sempre di CORSO, *op. cit.*, che richiama ad esempio il caso della autorizzazione all’esercizio del commercio *ex lege* 425 del 1971 che è stata assoggettata al regime del silenzio assenso in forza del d.lgs. 114 del 1998: la liberalizzazione del settore economico “commercio al dettaglio” si è prodotta attraverso il ridimensionamento dello strumento amministrativo. Si veda anche lo scritto di CERULLI IRELLI, LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *DA*, fasc. 3-4, 2000, p. 617 ss.

a descrivere fattispecie giuridiche profondamente differenti che sovente sono ben lontane dal rappresentare ipotesi di liberalizzazione, ma si avvicinano piuttosto ad altre fenomenologie<sup>7</sup>. Ed è a queste ultime, in particolare a quelle legate ad un intento di semplificazione, che il legislatore ha guardato con maggiore interesse rendendole il punto di forza di politiche di sviluppo economico e di rilancio del Paese in termini di competitività<sup>8</sup>, imposte anche dalla necessità di dare attuazione alle norme e ai principi della Costituzione economica europea<sup>9</sup>. Interessante notare come, leggendo il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa<sup>10</sup>, la Commissione parlamentare all'uopo costituita abbia più volte stigmatizzato l'importanza di valorizzare istituti come la segnalazione certificata di inizio attività per perseguire la semplificazione amministrativa.

Ne discende che liberalizzazione e semplificazione divengono concetti sovrapponibili e interscambiabili se non addirittura legati da un rapporto di *genus ad species*, laddove lo strumento liberalizzante diviene *species* di molte-

<sup>7</sup> In tal senso la ricostruzione di BARTOLINI, *op. cit.*, p. 1838, che evidenzia come “nel caso della liberalizzazione di attività economiche molto spesso, in forza del diritto europeo, si è assistito al passaggio da regimi concessori ad autorizzatori: per cui ci si è liberati della presenza ingombrante dello Stato come operatore economico, il quale, peraltro, non è uscito dalla scena, essendosi riservato il potere di regolare il mercato (si pensi al caso delle telecomunicazioni). Oppure, recentemente, si è parlato di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, in quanto l'affidamento *in house* è stato notevolmente ridimensionato: tuttavia la presenza del potere pubblico non è venuta meno, in quanto gli enti locali possono partecipare a partenariati istituzionalizzati (società miste) e mantengono la potestà di affidamento del servizio e conseguentemente la potestà di regolazione mediante il contratto di servizio”. Sul tema, LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *RIDPC*, fasc. 3-4, 2013, p. 603 ss., specie per quel che concerne la matrice europea del concetto di liberalizzazione.

<sup>8</sup> Sul tema della semplificazione, riguardata soprattutto in chiave critica, di grande interesse, anche per i numerosi riferimenti bibliografici, la lettura di BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa: problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, III, p. 1827 ss.

<sup>9</sup> La disciplina europea delle liberalizzazioni e il suo recepimento nell'ordinamento italiano sono diffusamente esaminate nello scritto di NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *RIDPC*, 2013, p. 679 ss. Per i riferimenti sulla costituzione economica europea, CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *RIDPC*, fasc.6, 2001, p. 907 ss. e CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2013; GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008, spec. 24 ss. che rinvia specificamente sul tema allo scritto di BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

<sup>10</sup> Sul quale interessante il commento di BENEDETTI, *Lo “stato dell'arte” della semplificazione in Italia*, in *GDA*, 10/2014, p. 972 ss.

plici interventi semplificatori (tra i quali sportelli unici, conferenza di servizi ecc.)<sup>11</sup>: come acutamente si è notato, “non sempre l’impiego dei due termini riflette la sostanziale differenza che intercorre tra l’uno e l’altro”<sup>12</sup>.

Il dato è invero paradossale se si considera che – come già evidenziato da autorevole dottrina<sup>13</sup> in una lucida analisi degli effetti del processo di deprovvederalizzazione avviato con le riforme degli anni ‘90 – elemento caratterizzante le vicende della liberalizzazione sia il “rilevante ancoraggio al dato positivo”, a differenza di quanto solitamente accade nelle problematiche degli atti amministrativi che si dipanano muovendo da elementi forniti dagli interpreti in sede giurisdizionale e dottrinale.

Anche nel d.l. “Sblocca Italia” il tema della semplificazione torna ad essere nucleo centrale della politica di rilancio economico di cui l’atto si fa portatore; eppure, come si è osservato ad una prima lettura<sup>14</sup>, l’intento del legislatore non sembra trovare adeguata attuazione nelle disposizioni del decreto. È come se, perseverando diabolicamente su percorsi già battuti, il legislatore si sia reso autore dell’ennesimo pasticcio normativo<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 148, nel raffronto tra liberalizzazione e semplificazione, muovendo dal presupposto che entrambe le vicende rispondano alla “medesima ratio” ovvero quella “dell’allentamento dei vincoli pubblicistiche alle attività economiche”, precisa che mentre “i fenomeni di liberalizzazione incidono sulla disciplina pubblicistica sostanziale, nel senso di far venir meno la discrezionalità amministrativa sull’accesso o, nei mercati diversi dai servizi pubblici, il perseguimento di conformazioni finalistiche, la semplificazione, di per sé, non solo non fa venir meno, ma anzi presuppone strutturalmente il permanere della regola di diritto pubblico, che viene appunto semplificata nelle sue modalità attuative”.

<sup>12</sup> Così, TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit. 22, che chiarisce come la semplificazione riguardi essenzialmente “l’alleggerimento delle procedure amministrative, ferma restando la loro funzione”. In tal senso “sono misure di semplificazione quelle che eliminano passaggi superflui, o che agevolano gli adempimenti degli operatori economici prescrivendo alle amministrazioni di fornire adeguate informazioni e di prestare assistenza. In un’accezione più ampia si parla di semplificazione anche per designare la riduzione delle autorizzazioni, cioè l’eliminazione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti di legge. La liberalizzazione propriamente detta riguarda l’apertura dei mercati alla concorrenza, e si realizza quando vengono eliminate barriere legali che limitano l’accesso ai mercati stessi, riservando l’attività economica ad un numero limitato di imprese o a anche una impresa soltanto”.

<sup>13</sup> M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *DA*, 1996, p. 181 e ss.

<sup>14</sup> Tale conclusione può ritrovarsi, in maniera più o meno espressa, nelle relazioni svolte al Convegno *Gli effetti del d.l. “Sblocca-Italia” conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell’edilizia*, tenutosi a Roma, il 22 gennaio 2015, il cui testo è ora pubblicato sul suppl. al n. 6/2014 della *Rivista giuridica dell’edilizia*.

<sup>15</sup> D’altronde, sempre SATTÀ, *op. cit.*, nel comparare i concetti di liberalizzazione e sem-



L'idea di incentrare la ricerca sul ruolo dell'amministrazione nelle politiche di liberalizzazione nasce dalla constatazione che la presenza del soggetto pubblico – per le motivazioni più diverse – è ancora fortemente voluta e, pertanto, piuttosto che invocare soluzioni che consentano di fuggire dal potere, se ne potrebbe valorizzare la funzione di mediazione tra legge e privato<sup>16</sup>. Chiaramente questa operazione è possibile solo se si perimetra adeguatamente il potere di cui l'amministrazione è titolare e si recupera il senso pieno della funzione di controllo e verifica di cui è tributaria.

D'altronde, la normativa in continuo fermento, la giurisprudenza in costante contraddizione rispetto ad orientamenti che apparivano ormai tasselli consolidati, hanno complicato ulteriormente l'esegesi di istituti dai contorni oscuri sin dalla loro originaria previsione e reso ardua l'analisi della cd. liberalizzazione edilizia che costituisce una cassa di risonanza di tutte le principali questioni sorte in sede applicativa.

Dal punto di vista metodologico, si è ritenuto di procedere cercando anzitutto di dipanare la matassa di sovrapposizioni, anche nominalistiche, tra le diverse tipologie di interventi realizzabili a regime amministrativo per cd. debole.

Nell'ambito dell'attività edilizia libera<sup>17</sup>, anche all'esito delle recenti novità riconducibili alla decretazione dello scorso settembre, al netto dei ben pochi interventi realizzabili ad “amministrazione zero”, si è potuto distinguere tra attività soggette a comunicazione e attività soggette a comunicazione asseverata. In relazione agli interventi caratterizzati dalla presenza del cd. controllo *ex post*, si è dovuto, invece, fare i conti col cambio d'abito della dia semplice, divenuta – per forza di legge – scia ai sensi dell'articolo 19 a tutti gli effetti, e col permanere del regime speciale del testo unico dell'edilizia solo per quella precedentemente denominata superdia<sup>18</sup>.

plificazione ha stigmatizzato come “La parola “semplificazione” ed il verbo che la rende azione, “semplificare”, esprimono un concetto difficilissimo. Semplificazione e semplificare non hanno un valore assoluto, se così si può dire. Richiedono non solo un oggetto, ma soprattutto un termine di riferimento”.

<sup>16</sup> Come osservato da SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, spec. p. 64, l'introduzione dell'istituto della d.i.a. e le conseguenze da esso prodotte “non paiono poter condurre all'affermazione *tout court* di una pur prospettata rinuncia, da parte del legislatore, all'esercizio della funzione amministrativa nelle fattispecie alle quali esso si applica”.

<sup>17</sup> Per un quadro completo della disciplina dettata dal Testo unico dell'edilizia in tema di “attività libera”, anche all'esito delle modifiche apportate dal d.l. 133 del 2014 può vedersi E. BOSCOLO, *Attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015.

<sup>18</sup> Per una prima ricostruzione delle modifiche apportate alla disciplina della scia e della

Le non poche difficoltà che ancora permangono per rendere attingibile all'operatore oltre che all'interprete una normativa così disorganica – in quello che costituisce paradossalmente il settore di elezione di tutte le passate sperimentazioni delle politiche di liberalizzazione/semplificazione – suggerirebbero quasi di cancellare con un colpo di spugna quella che avrebbe dovuto essere considerata una *sunset legislation*<sup>19</sup>. Il quadro è ulteriormente aggravato dalla consapevolezza che – sebbene la dottrina più illustre dell'ultimo trentennio si sia ripetutamente cimentata nel tentativo di riconoscere modelli di reale liberalizzazione nella normativa di volta in volta commentata – gli approdi più recenti sembrerebbero tendere ad affermare – complice il legislatore – che quella che ha interessato l'attività edilizia sia stata piuttosto una massiccia opera di semplificazione procedimentale.

Si è scelto, pertanto, in questa sede di puntare l'attenzione non tanto sulle questioni di teoria generale relative a cosa debba intendersi per liberalizzazione in questo specifico settore, quanto sul ruolo che l'amministrazione ha o dovrebbe avere per bilanciare un conflitto che vede come protagonisti il privato e la legge<sup>20</sup>.

Se, come da più parti si è detto, il fallimento delle politiche di liberalizzazione risiede nella mancanza di fiducia nel privato, che interpreta il proprio ruolo di “controllore di se stesso”<sup>21</sup> tendendo ad aggirare le re-

dia edilizie si rinvia ai commenti di LIGUORI, *Introduzione al capo III*, MANTINI, DELFINO, *Interventi subordinati a denuncia di inizio attività*, TUCCILLO, *Disciplina della denuncia di inizio attività*, tutti in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico*, cit.

<sup>19</sup> Il riferimento generale al concetto di *sunset legislation* è ripreso da CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 91, ove si guarda alle cd. leggi “tramonto” (e cioè a termine) come ad un utile strumento per valutare l'impatto di una nuova normativa sugli operatori del sistema. Ulteriori riferimenti in WARREN, *Administrative law in the political system*, Westview Press, Oxford, 2004, spec. p. 153 ss.

<sup>20</sup> Di grande interesse sul tema lo scritto di TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *DPA*, 2014, p. 25 ss. L'A., in particolare, afferma che “La disciplina amministrativa dell'attività, dalla quale deriva il rapporto concreto del singolo con l'amministrazione, riguarda le relazioni sociali, giacché essa sposta le relazioni tra gli individui implicati nell'attività medesima – e in particolare nelle attività economiche – dal terreno della libertà del mercato, e le sottopone a regole intese a risolvere il contrasto di interessi che si manifesta nell'esplicitarsi della libertà di ciascuno. In casi del genere la legge interviene sulla libertà di entrambe le parti della relazione sociale, risolvendo il contrasto nel modo che il legislatore considera più conveniente. Questa valutazione normativa verrà attuata dall'amministrazione quale “interesse pubblico” nel caso concreto”.

<sup>21</sup> Alcuna dottrina ha introdotto con riguardo al modello normativo della dia il concetto di autoamministrazione che si sostanzia allorché il cittadino amministra i propri interessi assu-

gole<sup>22</sup> e nella sfiducia nei confronti dell'amministrazione che non esercita i doveri connessi alla funzione di vigilanza e controllo di cui resta titolare, può provarsi a verificare se, presupponendo che la p.a. sia posta nelle condizioni di agire in termini certi e di farlo applicando un metodo costante ed efficace, effettivamente nel settore edilizio ci troviamo al cospetto di una cattiva regolazione<sup>23</sup> oppure se quelle norme possano, invece, rappresentare un necessario presidio di garanzie a tutela di interessi rilevanti.

In primo luogo, si affronterà il tema della doverosità del controllo da parte dell'amministrazione, controllo che per poter davvero essere considerato come un alleato della legalità e non come un nemico dell'efficienza, deve necessariamente essere contenuto in termini perentori, previsti a pena di decadenza<sup>24</sup>.

Successivamente, si andranno a valutare i sistemi possibili per implementare la partecipazione degli eventuali terzi controinteressati<sup>25</sup> all'attività

mendosi la responsabilità di decidere se rispettare la legge oppure no. Cfr. in tal senso FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Trezzano 19-21 settembre 1996, Milano, 1989, p. 45. Sul tema DURET, *sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004 e, con accenti critici, FERRARA, *Dia (e silezio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 167 ss. Cfr. anche FRANZESE, *Oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo ovvero dell'autoamministrazione e della sussidiarietà*, in PERFETTI (a cura di), *Il procedimento e la responsabilità*, Padova, 2013, p. 3 ss.

<sup>22</sup> Il tema della fiducia ha riscontrato un rinnovato interesse nell'ambito del dibattito economico-giuridico sviluppato per l'indagine delle logiche di mercato. Può vedersi, anche per gli ulteriori riferimenti, BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, spec. 24 ss., ove si riprende lo studio di LUHMANN, *La fiducia*, trad.it., Bologna, 2002, secondo il quale (p. 45), "il problema della fiducia è legato ad una riduzione della complessità, e in modo ancora più specifico, di quella complessità che entra nel mondo in virtù della libertà di altri individui".

<sup>23</sup> Sul punto, NAPOLITANO, *La qualità delle regole*, in Ricerca Formez-Giannini, *Innovazione amministrativa e crescita*, Napoli, 2008. Nell'ambito dell'ampia bibliografia sul tema possono vedersi, anche per gli ulteriori riferimenti, DE BENEDETTO, MARTELLI, RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011 e MATTARELLA, NATALINI, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013.

<sup>24</sup> Come già sostenuto da CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, spec. p. 110 ss.

<sup>25</sup> La tutela delle parti coinvolte nel regime semplificato delle attività soggette a segnalazione costituisce, sicuramente, l'elemento fragile della normativa sul tema dal momento che dottrina e giurisprudenza hanno, senza invero eccellere in chiarezza, cercato le soluzioni interpretative più disparate per dare risposta alla presunta rinuncia alle garanzie procedurali che

di verifica dell'amministrazione di tal che quest'ultima possa essere supportata, in una dinamica collaborativa prima ancora che difensiva, dall'intervento dei privati. In sostanza, se il privato collabora a tutto tondo all'attività, anche ispettiva, dell'amministrazione, potrebbe conseguirsi l'obiettivo di considerare l'intervento del giudice come estrema *ratio* per correggere l'omessa o errata funzione di controllo.

L'abuso del processo<sup>26</sup> cui si assiste anche nel settore edilizio è, d'altro canto, uno degli ostacoli maggiori per le politiche di deregolamentazione amministrativa: se, infatti, l'amministrazione è chiamata a svolgere una funzione che, riprendendo una definizione riconducibile agli studi di Forti, è essenzialmente di "giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme o principi"<sup>27</sup>, l'intervento del giudice risulta spesso essere un inutile duplicato<sup>28</sup>, volto a colmare l'omissione del soggetto pubblico, quando v'è stata, e ad alimentare il sentimento di incertezza con cui, anzitutto il privato, vive il processo di semplificazione o liberalizzazione burocratica.

Se, tra l'altro, si considerano i notevoli passi in avanti compiuti dal legi-

al modello, almeno in linea teorica, dovrebbe accompagnarsi. Sul tema, nell'ambito di un dibattito di amplissima portata, da ultimo, TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a tra modelli positivi e modelli culturali*, in *DP*, 1/2014, p. 15 ss., nonché LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>26</sup> Sul tema, di recente, può vedersi l'approfondito lavoro di TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

<sup>27</sup> FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, II, 2, Milano, 1915. Sul tema della potestà di controllo in generale, anche per una rivisitazione della ricostruzione di Forti, si vedano, BERTI, TUMIATI, *Controlli amministrativi* (voce), in *ED*, Milano, 1962, X, p. 298 ss.; GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *RTDP*, 1974, p. 1263; CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche private*, Napoli, 1991; AA.VV., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Atti del XXXIV Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 1988, Milano, 1991; R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo. Controlli interni e attività amministrativa*, Milano, 2003; D'AURIA, *I controlli amministrativi*, in, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE, Milano, 2006; VANDELLE (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, 2009.

<sup>28</sup> Nella dottrina che si è impegnata nell'approfondimento della funzione di controllo si è colto come sia essenziale tracciare una distinzione tra il controllo in senso proprio e il controllo giurisdizionale: già GIANNINI, *op. ult. cit.*, 1272, evidenziava come l'attività del giudice non fosse finalizzata al controllo, ma al giudizio e dunque all'adozione della sentenza. Sul tema, tra gli altri, R. LOMBARDI, *op. cit.*, VANDELLE, *op. cit.*, p. 12, il quale ricorda come anche nella cd. "Commissione Piga" fossero state denunciate le carenze della disciplina dei controlli e si fosse individuato come obiettivo prioritario quello di funzionalizzare il controllo all'interesse pubblico, invece di continuare a configurarlo come una riproduzione del controllo giurisdizionale.

slatore nell'ultimo lustro in tema di garanzia delle tempistiche procedurali<sup>29</sup> (di cui sono principale espressione la riscrittura dell'art. 2 l. 241 del 1990 e l'introduzione dell'art. 2 *bis*), ben si comprende come possa risultare preferibile l'autorizzazione espressa<sup>30</sup> all'incerto sistema di controlli, non tracciabili e – secondo alcune letture dottrinali e giurisprudenziali<sup>31</sup> – ripetibili ad opera del giudice, cui si è ormai consegnato il ruolo di garante della presunta liberalizzazione edilizia<sup>32</sup>. Un calvario per il privato che, dopo aver scongiurato l'intervento inibitorio dell'amministrazione resta col fiato sospeso nel timore che segua l'eventuale “attacco” del giudice. Senza considerare che nel settore edilizio, molto spesso la tutela giurisdizionale viene azionata anche a scopo ostruzionistico dal terzo controinteressato che vuole semplicemente ritardare la realizzazione di opere da parte del vicino, ancorché compatibili con gli strumenti urbanistici vigenti.

È, d'altronde, un dato comunemente osservato, fin dal primo impatto della liberalizzazione delle opere edilizie minori che quando la disciplina locale dell'intervento edilizio si fa più “complessa o oscura”, i cittadini, piuttosto che avvalersi della dia, preferiscono richiedere all'amministrazione il rilascio di un titolo. La constatazione è accompagnata dalla considerazione, di stringente attualità, che “il costo di una procedura più onerosa è sopportato più facilmente dei rischi di una procedura più agevole, ma che determini maggiori incertezze per la posizione del cittadino”<sup>33</sup>. In altri termini, “il singolo, pur di non assumere la responsabilità della dichiarazione, preferisce non

<sup>29</sup> Sul tema, di recente, anche per i fondamentali riferimenti bibliografici, può vedersi, COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013.

<sup>30</sup> Per un raffronto tra la disciplina, più garantista dal punto di vista del privato, del titolo espresso e quella della s.c.i.a., diffusamente, SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *RGE*, 6-2013, p. 301 ss.

<sup>31</sup> In tema, criticamente, LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *www.giustamm.it*, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici più recenti.

<sup>32</sup> D'altronde, su un piano più generale, si è messa in luce l'inadeguatezza del rimedio giurisdizionale a surrogare la funzione di controllo. In tal senso, CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in VANDELLI (a cura di), cit., p. 37, ha notato come il controllo giurisdizionale non sia sufficiente ad assicurare che l'azione amministrativa avvenga nel rispetto dei principi di imparzialità, efficacia ed efficienza perché è un controllo “condizionato dall'iniziativa di determinati soggetti e limitato alla tutela dei loro interessi protetti. Per sua natura (che attiene alla funzione giurisdizionale) esso presuppone controversie in atto, interessi violati, sussistenza di condizioni pratiche perché tali interessi possano essere soddisfatti”.

<sup>33</sup> TRAVI, *La liberalizzazione*, cit., p. 653

avvalersi di siffatta possibilità e permanere nella condizione di postulante del soggetto pubblico”<sup>34</sup>.

La situazione, a distanza di quasi vent’anni, è rimasta pressoché immutata e quello che desta maggiori perplessità (e forse maggior sfiducia) è che i numerosi, confusi, quand’anche eccessivi, sforzi del legislatore di modificare la disciplina dell’istituto della scia per ampliarne l’ambito di applicazione e meglio definirne la portata, hanno finito per complicare il quadro normativo di riferimento<sup>35</sup>. I limiti imposti dal rispetto delle discipline di settore, il farraginoso quadro del riparto delle competenze, la previsione di non esattamente qualificati poteri di autotutela, l’eccessiva preoccupazione di apprestare un efficace strumentario a tutela del terzo, hanno determinato il fallimento di quello che era stato salutato come il vero spiraglio tra le complessità dell’amministrazione italiana. Il paradosso è che il privato trova più rasserenante affidarsi al modello di “protezionismo liberale”<sup>36</sup>, piuttosto che aprirsi all’autoamministrazione.

E le conclusioni, come le premesse, non possono che essere dissimili, ancora una volta, da quelle di chi notava che “ha senso procedere alla liberalizzazione di un’attività solo se per quell’attività vi è una normativa che assicuri chiarezza, certezza, organicità”. “Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto a quello voluto”. “Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell’attività, perché si introducono nuovi fattori di incertezza, di rischio, di responsabilità”<sup>37</sup>.

Si è inteso dunque, con una sorta di ritorno al passato, allorché si guardava alle nuove norme poi trasfuse nel TUED come ad un’opportunità da cogliere, puntare i riflettori sul dover essere della regolazione, perché sull’essere, ad oggi, da dire è rimasto davvero poco e quel poco è stato ribadito, con toni fortemente critici, anche in tempi recentissimi<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova, 2006.

<sup>35</sup> NAPOLITANO, *La logica*, cit., p. 166, fa efficacemente ricorso alla teoria dei giochi per spiegare le possibili ragioni dei risultati “sub-ottimali” conseguiti dal modello disciplinato dall’articolo 19 della legge 241 del 1990.

<sup>36</sup> AMATO, *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA, NAPOLITANO, Bologna, 1998, p. 5.

<sup>37</sup> TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 653.

<sup>38</sup> Si veda LIGUORI, *Le incertezze*, cit.; CUDIA, *Scia e Dia*, in [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).

## 2. *Controllo ex post e attuazione del disegno costituzionale*

La centralità della funzione di controllo nell'ambito della disciplina degli interventi edilizi è, infatti, cosa più che nota: la libertà del privato di avviare la propria attività dichiarando il possesso di presupposti e requisiti di legge, molti dei quali, peraltro, già asseverati da altra amministrazione (nulla osta, assensi ecc.), è adeguatamente controbilanciata dalla previsione di un dovere-potere in capo all'amministrazione di verificare la corrispondenza ai dettami normativi dell'iniziativa intrapresa. L'amministrazione è garante delle regole e questo ruolo è una costante di tutti i regimi transitati da un sistema di controllo (assenso) preventivo a un sistema di controllo successivo<sup>39</sup>.

Già ragionando dell'articolo 19, certa dottrina<sup>40</sup> aveva stigmatizzato come il potere si articola in una fase di verifica (scrutinio) in ordine alla sussistenza in capo al dichiarante dei presupposti e dei requisiti per avviare l'attività e nell'eventuale esercizio di un potere inibitorio/ripristinatorio allorché la verifica abbia dato esito negativo. Il controllo, dunque, si articola in una fase necessaria di giudizio e in una fase eventuale di misura.

La stessa dottrina si era prefissa principalmente di classificare e definire i contorni di detto potere e ciò a causa della laconicità della previsione normativa sul punto. Laconicità della quale, invero, nei ripetuti interventi correttivi degli anni che hanno seguito l'entrata in vigore della disposizione, il legislatore non si è mai occupato. In particolare Boscolo cercava di restituire l'esercizio di tale potere alla funzione di controllo (seppur suggerendone una peculiare accezione), ponendosi allora il problema di differenziarlo, come pure si era cercato di fare, dal potere di autotutela<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sul ruolo dell'amministrazione nelle politiche di riduzione della sfera pubblica la bibliografia è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche, si rinvia, oltre che agli scritti già citati, ai fondamentali GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

<sup>40</sup> BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, anche per gli ulteriori riferimenti sul tema.

<sup>41</sup> L'inappropriatezza della lettura tendente ad assimilare all'autotutela il potere di controllo successivo, veniva illustrata già nello scritto di M.P. CHITI, cit. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 1999, p. 466, precisava, sul punto, che il potere di controllo non costituisce esercizio di autotutela e fondava la conclusione "non tanto sul fatto che manca un atto da riconsiderare, quanto sulla circostanza che l'amministrazione si limita a riscontrare la corrispondenza con la normativa di quanto dichiarato dal privato, senza operare ponderazioni tra l'interesse pubblico e quello del privato, anche perché l'affidamento del cittadino non può essersi consolidato nel breve termine entro il quale l'amministrazione deve attivarsi".

Questi problemi di differenziazione furono poi “brillantemente” risolti dal legislatore con una tecnica che potrebbe definirsi “additiva”: piuttosto che precisare di che tipo di controllo dovesse parlarsi si preferì, nel 2005, affiancare al potere di controllo l’autotutela. E, considerato il contesto in cui si pretese di inserire il potere di riesame (atti formalmente e sostanzialmente privati-assenza di attività provvedimentale previa), ben si comprende come l’attenzione degli interpreti venisse catturata proprio da questo ibrido innesto piuttosto che dall’utilità di perimetrare l’ambito della funzione di controllo individuando strumenti per garantirne la cogenza. Anzi, la volontà di affiancare l’autotutela al potere di controllo ha rappresentato l’affermazione esplicita nella percezione del legislatore del fallimento dei compiti di garanzia<sup>42</sup> della parte pubblica (il potere di controllo è doveroso? Il termine per il suo esercizio è perentorio?). L’autotutela è diventata potere “salva tutti”, anzi il momento centrale di tutela e garanzia degli interessi con le conseguenze aberranti che ben sono state evidenziate<sup>43</sup>.

Basti pensare che alcuna giurisprudenza, ancora nel 2014, conferisce funzione “riparatrice” all’autotutela nei termini secondo cui: “decorso il termine di trenta giorni dalla comunicazione di inizio di attività, l’amministrazione, che conserva il potere di esercitare l’autotutela, può porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, attraverso l’avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, tenendo conto del limite del termine ragionevole e, soprattutto, della necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell’affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio”<sup>44</sup>. In effetti, nell’indagine condotta sul campo presso il servizio edilizia privata del Comune di Napoli (in merito alla quale si dirà dettagliatamente in prosieguo), nel riscontrare che non sempre il termine perentorio per il controllo viene rispettato, si è anche preso atto che gli uffici non si preoccupano del suo inutile decorso proprio perché rassicurati dalla permanenza del potere di autotutela.

<sup>42</sup> BOSCOLO, *op. ult. cit.*, spec. p. 13, parla di controllo in funzione di “protezione” e riporta il pensiero di HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 2000, secondo il quale in situazioni quali quella esaminata il ruolo dell’amministrazione si sostanzia nella protezione dei consociati da “azioni contro terzi”.

<sup>43</sup> LIGUORI, *Le incertezze*, cit.

<sup>44</sup> Così, Tar Campania, Salerno, 19 febbraio 2014, n. 421, in *FA*, 2014, 2, p. 684.



Ma v'è di più. Questa sorta di “attaccamento” al potere di autotutela è confermata da alcuna recentissima legislazione regionale ove si legge che, decorso il termine di trenta giorni per l'espletamento dell'attività di controllo, “il comune può disporre la cessazione dell'attività solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies della l. 241/1990” (art. 125, comma 13, l. r. Umbria, n. 1 del 2015, Testo unico governo del territorio e materie correlate). È evidente il contrasto con le recenti disposizioni della legge 164 del 2014 che, intervenendo sul testo dell'articolo 19 della l. 241 del 1990, si è premurata di limitare il ricorso al potere di autotutela esclusivamente al caso di accertata sussistenza di un pregiudizio per interessi preminenti (appunto patrimonio storico artistico, ambiente, salute).

Il messaggio di aiuto da più parti lanciato al legislatore per sollecitare un intervento chiarificatore sul punto è stato, dunque, inizialmente raccolto con il decreto Sblocca Italia, che ha limitato il riesame alla lesione di un *numerus clausus* di interessi sensibili. Da ultimo, il governo, consapevole della necessità di intervenire nuovamente, è tornato sull'istituto con la legge 7 agosto 2015 n. 124 nella quale, con un ulteriore colpo di spugna, ha cancellato dal testo dell'articolo 19 il riferimento all'autotutela per inserire una sorta di convalescenza del potere inibitorio che, normalmente esercitabile nel termine di 60 gg. dalla presentazione della scia, è ora (eventualmente) riesercitabile, anche dopo la suddetta scadenza, allorchè si presentino le condizioni di cui all'articolo 21 *nonies* della legge 241 del 1990<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> La novella legislativa è intervenuta nelle more della pubblicazione del presente lavoro. Pertanto un approfondimento dell'impatto che tali modifiche, invero più apparenti che reali, sono destinate a produrre sull'istituto sarà svolto in altra sede. Ciò che può anticiparsi è che, per quel che specificamente interessa le considerazioni svolte nello scritto, a livello legislativo non si è ancora colta l'importanza di definire con chiarezza la disciplina dei termini individuati per “circoscrivere” l'intervento inibitorio dell'amministrazione e si continua ad investire sulla presenza dell'amministrazione in chiave rimediale.

La norma, infatti, ha sostituito i commi 3 e 4 dell'articolo 19, l. 241 del 1990, con i seguenti:

“3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti

Ma non è dell'autotutela che intende parlarsi, tantomeno in prospettiva *de iure condendo*, anche se, allo stato dell'arte, qualche problema interpretativo si pone con riguardo all'articolo 23 del TUED che, disciplinando esclusivamente il procedimento della denuncia di inizio attività (ex superdia) e non della scia edilizia, potrebbe anche considerarsi estraneo alle previsioni dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 e dunque anche alle norme sull'autotutela<sup>46</sup>. Su questo, però, si tornerà in seguito.

È piuttosto del controllo (e delle sue logiche), di quel fondamentale momento iniziale delle vicende riguardanti la cd. liberalizzazione edilizia, ovvero dell'unico spazio legittimo e incontrovertibile di potere previsto per l'amministrazione, che ci si vuole occupare.

Gli interrogativi sono numerosi: la funzione di controllo è doverosa? Segue o meno le regole generali dell'azione amministrativa? Deve chiudersi con un provvedimento espresso? O meglio, dell'effettuato controllo deve rimanere traccia? È soggetta a termini certi?

Quanto al profilo della doverosità, il discorso ha matrici antiche, e può riportarsi al dibattito sorto attorno agli artt. 41, comma 2 e 42 della Costituzione<sup>47</sup>. La previsione del potere di controllo riguarda tutte le ipotesi in cui l'esercizio di una determinata attività privata non risulti "indifferente" rispetto agli interessi pubblici e per tale ragione detto controllo assume il carattere della doverosità<sup>48</sup>.

di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure stesse, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata.

4. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies".

<sup>46</sup> Su cui può vedersi, TUCCILLO, *Disciplina della denuncia di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico*, cit.

<sup>47</sup> GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 181 e BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 132. Sulla portata, in generale dell'art. 41 Cost., CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *RADP*, 1960, p. 260 ss. e ancor prima V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, spec. p. 50 ss.

<sup>48</sup> Del rapporto tra costo privato e costo sociale delle attività produttive, definite come "diseconomie esterne" parla TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 28 s., la quale afferma che "quando il legislatore detta regole per l'esercizio delle attività produttive, esso pone bensì limiti all'esercizio

In uno studio sui nuovi poteri<sup>49</sup> si è evidenziato come la tutela degli interessi, in termini foucaultiani, sia intesa come tecnologia di controllo. Dalla nuova natura del potere discende il tramonto del provvedimento: il potere definito nel provvedimento è potere classico, legato alla segretezza, laddove oggi la dimensione del potere è quella della conoscibilità, della trasparenza, anche in una logica di prevenzione della corruzione<sup>50</sup>.

Potere, diritto e verità sono i termini di una relazione complessa in cui il diritto limita il potere, ma offre al potere l'occasione per produrre effetti di verità certificando l'attuazione del diritto. La verità pretende di plasmare il diritto che poi riprende il suo lavoro sul potere, ossia su relazioni di dominio di matrice prevalentemente economica. Il diritto media le relazioni tra sapere e potere limitando il potere e definendo l'ambito degli effetti di verità producibili dal potere. Se il potere transita dal provvedimento a forme nuove, quali gli accordi e gli atti di auto amministrazione, mutano le forme di controllo.

La funzione di controllo diviene elemento centrale nelle forme di autoamministrazione dove costituisce una sorta di contrappeso agli spazi di libertà concessi al privato. In quanto tale essa è irrinunciabile ed ogni contraria previsione (da parte del legislatore regionale) deve ritenersi, altresì, assunta in violazione dei principi fondamentali. Il passo ulteriore va compiuto nell'intendere la doverosità del controllo come "prestazione" essenziale non solo a tutela dell'interesse pubblico, ma anche a garanzia dell'interesse del privato alla libertà di esplicazione di una attività considerata compatibile con la volontà legislativa. Il potere, dunque, "deve" produrre effetti di verità (cer-

della libertà d'impresa, ma al contempo risolve un contrasto tra questa libertà e le libertà di altri soggetti. Per questa ragione questi ultimi hanno titolo per pretendere l'osservanza delle regole medesime, le quali li riguardano, tanto quanto riguardano coloro che sono tenuti ad osservarle".

<sup>49</sup> MONTEDORO, *Assenza di provvedimento e tutela degli interessi*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Atti del LV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Napoli, 2010, spec. p. 242, che richiama lo studio di FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, p. 1977.

<sup>50</sup> Sulle recenti evoluzioni del principio di trasparenza si veda lo scritto di SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *DA*, fasc. 4, 2013, p. 749 ss.; SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *GDA*, 2013, p. 795 ss.; RENNA, *La nuova trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 33/2013: dall'accesso differenziato alla conoscenza dei documenti amministrativi*, in F.G. SCOCA, DI SCIASCIO, *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?* Napoli, 2015, p. 69 ss. Sulla disciplina della corruzione, anche se con segnato riguardo alla materia dei contratti pubblici, cfr. MANGANARO, *La corruzione in Italia*, in *FA*, fasc.6, 2014, p. 1861 ss. e R. SPAGNUOLO VIGORITA, in questo *Volume*.

tezza) ed esiste, specie in queste ipotesi, per “certificare” l’attuazione del diritto<sup>51</sup>.

La Corte Costituzionale<sup>52</sup>, d’altronde, ha ribadito, anche in tempi recenti, l’infondatezza delle delle q.l.c. dell’art. 49, comma 4 ter d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv., con modificazioni, in l. 30 luglio 2010 n. 122, censurato (in riferimento agli art. 8, comma 1 n. 5, e 9 dello statuto speciale per il Trentino Alto-Adige, in relazione all’art. 2 d.lg. 16 marzo 1992 n. 266), nella parte in cui qualifica la disciplina sulla “segnalazione certificata di inizio attività” (s.c.i.a.) come attinente alla tutela della concorrenza, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e), cost., ne ribadisce la qualificazione come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. m), cost., e dispone che la disciplina sulla s.c.i.a. sostituisca direttamente quella della “dichiarazione di inizio attività” (d.i.a.), recata da ogni normativa statale e regionale. In particolare si evidenzia come se da un lato il richiamo alla tutela della concorrenza può qualificarsi inadeguato, poiché la disciplina della s.c.i.a., con il principio di semplificazione ad essa sotteso, ha un ambito applicativo diretto alla generalità dei cittadini, dall’altro ha affermato come debba ritenersi che “la relativa disciplina rientri nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, essendo riconducibile al parametro di cui all’art. 117, comma 2, lett. m), cost., che permette una restrizione dell’autonomia legislativa delle regioni giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione”. La Corte ha precisato, altresì, che l’attività amministrativa

<sup>51</sup> L’idea che la funzione di controllo possa essere specificamente quella di fornire ai componenti della collettività elementi di certezza è già espressa da GIANNINI, *Controllo*, cit., 1270. Il dato di interesse ai fini dell’indagine è che essi si chiudono con un “atto finale di confezione di un documento rappresentativo”, che resta depositato nell’ufficio competente per fornire certezza ai consociati in ordine alla conformità di un’attività o di altro strumento. Si può anticipare sin d’ora che anche con riguardo all’attività di controllo che segue il deposito della scia si ritiene fondamentale l’elaborazione di un documento conclusivo che possa fornire alla collettività la certezza in ordine al fatto che il controllo è stato effettuato di tal che tutta l’attività successiva a quella doverosa di verifica possa essere correttamente ascritta all’ambito di quella, ben distinta, di vigilanza o sanzione. Sul tema delle certezze pubbliche, cfr. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *DA*, fasc. 4, 2005, p. 867 ss.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale, n. 121 del 9 maggio 2014, in *FI* 2014, 10, I, p. 2703, che richiama, tra i molti precedenti conformi, le sentt. nn. 29 del 1995, 25 del 1996, 282 del 2002, 120, 285, 336, 383, 406, 407 del 2005, 134, 248, 328, 447 del 2006, 169, 387, 443 del 2007, 1, 50, 165 del 2008, 282, 298, 322 del 2009, 10, 207 del 2010, 142, 164, 178, 202, 203 del 2012, 203 del 2013.

“può assicurare alla qualifica di “prestazione”, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati, e la normativa censurata riconosce ai soggetti interessati, in condizioni di parità su tutto il territorio nazionale, la possibilità di dare immediato inizio all’attività, fermo restando l’esercizio dei poteri inibitori da parte della p.a., ricorrendone gli estremi”.

E anche dal principio di non duplicabilità delle scelte discrezionali affermato dalle altre pronunce della Corte Cost.<sup>53</sup> discende il corollario della doverosità del controllo inteso proprio come l’equo bilanciamento rispetto alla scelta di delegare all’attività del privato l’autoproduzione dell’effetto abilitativo che, tuttavia, per operare legittimamente, necessita della successiva ricognizione amministrativa<sup>54</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha mostrato in effetti di aver preso piena consapevolezza del fatto che profilo fondamentale e qualificante della disciplina dell’istituto è quello relativo alle conseguenze che discendono dalla scadenza del termine per l’espletamento da parte dell’amministrazione del riscontro successivo “in quanto rappresenta un punto di equilibrio fra le esigenze del controllo del territorio e quelle dell’affidamento del privato la cui tutela non può essere lasciata a scelte contingenti e territorialmente differenziate”<sup>55</sup>. Ne discende che tale aspetto “può sicuramente ascrivere ai principi fondamentali della materia edilizia [...] e che, in ogni caso, afferisce ai LEP”<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Corte Cost., n. 303 dell’1 ottobre 2003, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1730 ss.

<sup>54</sup> LIGUORI, *La dichiarazione di inizio dell’attività edilizia. Le complicazioni di una liberalizzazione*, in SANDULLI, SPASIANO, STELLA RICHTER (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, spec. p. 221.

<sup>55</sup> Così, TAR Toscana, Firenze, sez. III, 09 luglio 2014, n. 1215, in *FA*, 2014, 7-8, p. 2141.

<sup>56</sup> Sempre TAR Firenze, cit., precisa che il principio è stato chiarito dalla Corte costituzionale (a proposito dell’analogo istituto della s.c.i.a.) nella sentenza n. 164 del 2012 secondo la quale “non può porsi in dubbio che le esigenze di semplificazione e di uniforme trattamento sull’intero territorio nazionale valgano anche per l’edilizia” allorché venga in rilievo “il diritto dell’interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l’iniziativa”. Sul tema, interessanti le recenti notazioni di CAVASINO, *La legge generale sul procedimento amministrativo fra gli strumenti dell’uguaglianza*, in *EG. SCOCA, DI SCIASCIO, op. cit.*, p. II ss.

### 3. *La doverosità della funzione al centro della normativa sulla liberalizzazione edilizia*

Oggi, d'altro canto, il tema della doverosità della funzione si accompagna a tutti gli ambiti di esplicazione del potere, potendo parlarsi dell'esistenza di un principio di doverosità, intesa come doverosità globale<sup>57</sup>, che prescinde dall'atto finale e che guarda al modo di essere dell'amministrazione. L'affermazione del carattere della doverosità non è mero auspicio, ma è voler richiamare il potere pubblico al recupero della sua reale funzione: quella di esprimersi sempre e comunque sul rapporto autorità-libertà. Quale sia l'effetto della valutazione poco importa: è invece rilevante restituire centralità al dovere di agire per l'esercizio del potere e il potere diventa strumento di attuazione del dovere.

Il discorso, che chiaramente non può essere se non che accennato in questa sede<sup>58</sup>, investe in pieno la questione del controllo che costituisce, come detto, l'unico momento di presenza dell'amministrazione in un contesto "deregolamentato".

Affermare la non cogenza del potere di controllo equivarrebbe a considerare il potere pubblico *tamquam non esset*. E, come si è accennato, è stata proprio questa affermazione di indifferenza implicita rispetto al potere di controllo a condurre al fallimento delle politiche di liberalizzazione nel settore.

Il controllo, dunque, deve essere puntuale, nel senso che ogni segnalazione o denuncia deve essere sottoposta a verifica, escludendosi in radice che in questo ambito possa valere la regola del controllo a campione<sup>59</sup> il quale a sua volta richiederebbe una disciplina espressa (e che meglio si attaglia alla esplicazione della funzione di vigilanza).

Il ruolo di mediazione tra libertà privata e tutela degli interessi pubblici assume dunque carattere cogente.

Si è potuto, tuttavia, constatare, che questa affermazione non è poi così scontata se sol si considera, ad esempio, che la l. r. Emilia Romagna 30 luglio 2013, n. 15, così come adeguata alle disposizioni dello Sblocca Italia, prevede,

<sup>57</sup> CLARICH, *Manuale*, cit., spec. p. 97.

<sup>58</sup> Ulteriori riferimenti sul tema della doverosità della funzione possono vedersi in TUCCILLO, *Coordinate per uno studio sul carattere doveroso della funzione amministrativa*, in *NA* 2-2014, p. 233 ss.

<sup>59</sup> FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge 241 del 1990*, in *DP*, 1997.

all'art. 14, che “L'amministrazione comunale può definire modalità di svolgimento del controllo a campione qualora le risorse organizzative non consentono di eseguire il controllo sistematico delle SCIA”, ma sul punto si tornerà. Basta sin d'ora evidenziare l'effetto distorsivo che una tale disciplina produce sul modo stesso di intendere il modello generale. Privare il controllo del carattere doveroso significa o equipararlo al potere di vigilanza (questo sì effettuabile a campione) o snaturare la scia che si viene, così, ad accostare alle comunicazioni.

Ecco, dunque, emergere l'esigenza<sup>60</sup> della sottoponibilità alle regole del procedimento della funzione attraverso la quale questo ruolo di “garante delle regole” si esplica. L'esercizio del potere di controllo deve essere tracciato in tutte le sue fasi in modo da consentire ai privati, soprattutto ai terzi, di prendere parte a questo momento di verifica rappresentando all'amministrazione ogni possibile ulteriore elemento istruttorio.

Quest'idea, all'origine, si affiancava a quella di chi<sup>61</sup> riteneva che la procedimentalizzazione fosse necessaria solo nel caso in cui il controllo avesse condotto all'esercizio di poteri interdittivi in ordine all'attività denunciata; ma la rilevanza di una integrazione istruttorio da parte dei terzi veniva avvertita come essenziale proprio a fronte del carattere di verifica, quasi meccanica<sup>62</sup>, cui l'attività di controllo dava luogo.

Certo, non è così semplice immaginare che si possa dare comunicazione anche a terzi dell'avvio dell'attività di controllo, ma le recenti disposizioni in tema di informatizzazione della p.a., trasparenza, anticorruzione<sup>63</sup>, potrebbero avallare l'idea che anche della presentazione della scia allo sportello unico possa, anzi debba, rimanere traccia. E l'utilità di una partecipazione

<sup>60</sup> Già evidenziata in alcune letture di grande interesse: FALCON, *op. cit.*, e CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in DA, 1993, p. 55 e ss.

<sup>61</sup> M.P. CHITI, *Atti di consenso*, cit., secondo il quale la verifica positiva darebbe luogo ad un atto interno, laddove il riscontro negativo imporrebbe all'amministrazione di adottare un provvedimento (di intimazione a conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente) che “è espressione di un ulteriore e distinto procedimento che inizia dopo la verifica negativa ed in cui devono essere osservati i principi generali posti dalla legge n. 241/1990, ed in particolare l'obbligo di informazione all'interessato e le regole sul contraddittorio”.

<sup>62</sup> CERULLI IRELLI, *Modelli*, cit.

<sup>63</sup> Sulle quali può rinviarsi, per un utile sguardo di insieme, a CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, ult. ed., Milano, 2014. Sull'informatica come strumento per rendere tracciabile l'attività dell'amministrazione ed aumentarne l'*accountability* si veda, BOMBARDELLI, *op. cit.*, p. 1845, anche per gli ulteriori riferimenti.

del terzo anticipata a tale fase è indubbia se poi, accanto all'apporto istruttorio, si apprezza la possibilità di evitare un'esposizione *sine die* dell'attività intrapresa alle iniziative giurisdizionali volte a rilevare le presunte omissioni (nel controllo) dell'amministrazione e le violazioni (nel segnalare l'attività intrapresa) del privato.

In sede di primo commento all'articolo 19 si parlava del rilascio della ricevuta di presentazione della denuncia come di un atto formale di apertura del procedimento di controllo, anche perché la ricevuta presentava gli stessi contenuti indicati dall'articolo 8, comma 2, della legge 241. Tale assimilazione non soddisfaceva e non soddisfa, però, l'esigenza di dare idonea e tempestiva pubblicità ai terzi della presa in considerazione dell'attività del privato da parte dell'amministrazione. E ciò tanto più se si considera che secondo la normativa attuale la segnalazione (così come la denuncia) viene inviata attraverso mezzi informatici.

Quanto, invece, alla necessità che l'amministrazione fornisca un riscontro in merito alla conclusione e all'esito dell'attività di controllo esercitata, va detto che la dottrina si è divisa tra l'idea di coloro i quali<sup>64</sup>, invocando l'applicabilità dell'articolo 2 l. 241 del 1990 anche alle ipotesi di scia, ritengono che la conclusione della fase di controllo vada in ogni caso cristallizzata in un atto (non avente natura provvedimento), e di chi, invece, seguendo l'idea espressa dall'adunanza generale del Consiglio di Stato (parere 27 del 6 febbraio 1992), ha ritenuto essenziale la forma scritta solo allorché il controllo abbia esito negativo e dunque debba determinare l'interdizione dell'attività<sup>65</sup>.

Prima però di soffermarci sulla "dose" di pubblicità possibile, che dovrebbe contemplare, a mio avviso, regimi diversi a seconda del tipo di attività che si intende intraprendere (si vuol dire che per la realizzazione di taluni interventi edilizi potrebbero non esservi posizioni di controinteresse e pertanto la relazione potrebbe esaurirsi nell'interazione tra segnalante/dichiarante e amministrazione), va considerato che il tema del coinvolgimento del privato è legato a doppio filo alla questione del termine per la conclusione del procedimento di controllo.

Sul punto, va anzitutto richiamato l'ampio dibattito sorto in merito alla

<sup>64</sup> BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 145

<sup>65</sup> TRAVI, *Silenzi assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *FA*, 1993.



natura perentoria o ordinatoria del termine per l'espletamento della funzione di controllo che ha visto, in ogni caso, prevalente la ricostruzione favorevole ad individuare nel decorso del termine in questione una vera e propria ipotesi di decadenza<sup>66</sup>.

Le varie tesi, tuttavia, non sono state sufficientemente convincenti nell'affermare la consumazione del potere (o meglio gli effetti che tale consumazione dovrebbe produrre) e nel circoscrivere i poteri residui dell'amministrazione e solo in tempi recenti<sup>67</sup> si è affermata la necessità di precludere anche al giudice la possibilità di rivalutare la legittimità della verifica amministrativa se adito dal terzo fuori tempo massimo (60 giorni dopo il decorso del termine).

Anche questo tema, unitamente a quello della doverosità del controllo, è stato messo in ombra dal dibattito sorto attorno all'ambito di applicazione dei poteri di autotutela per riemergere incidentalmente nelle questioni riguardanti la tutela dei terzi.

La costruzione del potere di controllo come doveroso, la sua proceduralizzazione e il suo contenimento entro termini certi, consentirebbe, tuttavia, di risolvere molte delle questioni ancora in essere e soprattutto di ridurre sensibilmente le ipotesi di ricorso al giudice.

Anzitutto, per assicurare che il controllo venga effettuato sarebbe necessario individuare delle sanzioni in capo al funzionario inerte, analogamente a quanto si sta facendo in diverse disposizioni generali riguardanti altri istituti di semplificazione (conferenza di servizi e pareri) e a come si è fatto in tema di rispetto delle tempistiche procedurali. È pur vero che il moltiplicarsi di ipotesi di responsabilità può condurre, come si è notato, ad un attenuarsi della "responsabilizzazione" per il pubblico dipendente<sup>68</sup>, ma in un contesto in cui le risorse sono così limitate pare assai difficile puntare su strumenti di incentivazione e logiche premiali. Potrebbe in tale ottica essere di ausilio lo stesso privato che, una volta decorso il termine, potrebbe sollecitare il rilascio di un documento di archiviazione pratica<sup>69</sup>. Archivia-

<sup>66</sup> *In primis*, CLARICH, *Termine*, cit.; FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; BOSCOLO, *I diritti*, cit., p. 160 ss.

<sup>67</sup> Vedi anche LIGUORI, *Le incertezze*, cit.

<sup>68</sup> Interessantissimi sul tema gli spunti offerti dallo scritto di BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *RTDP*, fasc. 1, 2015, p. 53 ss.

<sup>69</sup> ZAMPETTI, *D.I.A. e S.C.I.A. dopo l'Adunanza plenaria, n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *DA*, 2011, p. 811 ss. In diverse legislazioni regionali

zione di cui dovrebbe darsi atto anche nel protocollo informatico dell'amministrazione in modo da rendere gli atti del procedimento di controllo accessibili secondo le normali modalità previste per l'esercizio del diritto di accesso. E, di fatto, questo già succede in alcune amministrazioni – tra le quali il Comune di Napoli – ove le procedure sono interamente informatizzate.

L'accento posto sul carattere doveroso del potere di controllo assume un pregnante significato nel contesto delle trasformazioni edilizie. Se infatti si parte dalla storica definizione di dovere fornita da Santi Romano nei suoi *Frammenti*<sup>70</sup>, a tenore della quale è dovere giuridico la situazione soggettiva enunciata dall'ordinamento senza che sia individuato un beneficiario di essa che si possa considerare titolare di un diritto correlativo, si comprende come la necessità del controllo nasce dalla circostanza che in alcune ipotesi di scia potrebbe ben mancare il titolare di una posizione di controinteresse che, in caso di inerzia della p.a., faccia valere l'illegittimità della condotta omissiva. In attuazione del principio di doverosità, infatti, l'azione della p.a. non può arrestarsi dinanzi allo scampato pericolo della reazione giurisdizionale, dovendo piuttosto giungere essa stessa a porre in essere tutti gli strumenti in suo possesso per scongiurare che la violazione si compia o meglio che la violazione produca conseguenze negative (anche solo) per uno degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa (che non hanno tutti necessariamente natura privata). La doverosità, dunque, connota il potere (in tal caso di controllo) ogni qual volta non vi sia altra forma di tutela per gli interessi.

si prevede la possibilità per il privato di richiedere il rilascio di una certificazione di mancata assunzione di provvedimenti inibitori. Si pensi, ad esempio, all'articolo 42, comma 10, della l. r. Lombardia n. 12 del 2005, ove è dettata la disciplina della denuncia di inizio attività, si prevede che qualora non debba provvedere ad adottare provvedimenti inibitori, “il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ovvero, laddove costituito, dello sportello unico per l'edilizia, attesta sulla denuncia di inizio attività la chiusura del procedimento”; o ancora in tal senso è l'art. 15, comma 4, della l. r. Emilia Romagna, n. 15 del 2013, nel quale si legge che “l'interessato può motivatamente richiedere allo Sportello unico la certificazione della mancata assunzione dei provvedimenti di cui all'articolo 14, commi 7 e 8, entro il termine di trenta giorni per lo svolgimento del controllo sulla SCIA presentata”.

<sup>70</sup> S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 104-105.

#### 4. *La (eccessiva) rilevanza delle posizioni di controinteresse*

Il problema degli interessi correlati all'esercizio della funzione di controllo è un altro punto centrale della dogmatica sorta in tema di liberalizzazione<sup>71</sup>, ma deve ritenersi ancor più pregnante e nodale nella materia delle trasformazioni urbanistiche del territorio. Qui la questione non può prescindere dalla disamina delle tipologie di interventi che possono realizzarsi con i diversi titoli abilitativi in essere che, come acutamente rilevato<sup>72</sup>, possono ritenersi una categoria unitaria solo se considerati come fatti legittimanti allo svolgimento dell'attività di trasformazione immobiliare.

Il panorama attuale contempla, in una elencazione che procede verso gli interventi di impatto via via minore in termini di trasformazione del territorio e implementazione del carico urbanistico, il permesso di costruire (cui devono aggiungersi il permesso in deroga e il permesso convenzionato), la dia (*ex superdia*), la segnalazione certificata di inizio attività (che a sua volta può essere a legittimazione immediata o differita), l'attività soggetta a comunicazione preventiva asseverata, l'attività condizionata alla mera comunicazione e, *dulcis in fundo*, l'attività edilizia libera.

Se si guarda alla tipologia degli interventi rientranti nella catalogazione dell'art. 10 del TUED, e dunque soggetti a permesso di costruire (gli interventi di nuova costruzione; gli interventi di ristrutturazione urbanistica; gli interventi di ristrutturazione edilizia pesante<sup>73</sup>) il ventaglio di opere risulta, allo stato dell'arte, ridotto e, in alcuni casi di diversa valutazione del legislatore regionale, in concorrenza con la scia, con la precisazione che l'alternatività attrae anche il regime sanzionatorio penale.

Alla segnalazione certificata di inizio attività (che soggiace alla disciplina dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 23 *bis* TUED) sono subor-

<sup>71</sup> Sul tema ed in particolare per la definizione del tipo di interesse vantato dal terzo, cfr., TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo"*, cit. Interessanti anche le notazioni di FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *DPA*, 2012, 193 ss., nonché le recenti osservazioni di TRAVI, *La tutela*, cit.

<sup>72</sup> STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, 2a ed., Milano, 2012.

<sup>73</sup> Si considerano interventi di ristrutturazione "pesante" quelli che "portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni".

dinati tutti gli interventi non rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 10 e 6 (attività edilizia libera) (nonché le varianti a permessi di costruire "leggere"<sup>74</sup>). Si allude in particolare a interventi di manutenzione straordinaria che non riguardino parti strutturali dell'edificio, restauro e risanamento conservativo, ristrutturazione di cui all'art. 3 lett. d, nonché quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Quest'ultima tipologia di interventi pone non pochi problemi interpretativi se sol si considera che in caso di immobili crollati e demoliti ci si può trovare al cospetto di vere e proprie nuove costruzioni rispetto alle quali assai vago è il riferimento alla possibilità di accertarne la preesistente consistenza<sup>75</sup>. Senza poi considerare che dalle più recenti riforme lo stesso strumento della scia viene, in alcuni casi, privato del suo carattere più pregnante, ovvero dell'avvio a legittimazione immediata, nelle ipotesi in cui l'intervento (di demolizione e ricostruzione, o di variante a permesso di costruire) comporti la modifica della sagoma dell'immobile interessato<sup>76</sup>.

Il regime totalmente deregolato concerne gli interventi non aventi alcun impatto sull'uso del territorio e riconducibili alla categoria dello *ius utendi*, cioè la facoltà di utilizzare l'immobile senza trasformarlo che costituisce esplicazione diretta del diritto di proprietà<sup>77</sup>. La categoria risulta, tuttavia, limitata perché la scelta del legislatore è stata sì nel senso di ampliare le ipotesi da ri-

<sup>74</sup> Intendendosi per tali quelli che "non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alterano la sagoma dell'edificio qualora sottoposto a vincolo ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire e, comunicate a fine lavori con attestazione del professionista, le varianti a permessi di costruire che non configurano una variazione essenziale, a condizione che siano conformi alle prescrizioni urbanistico-edilizie e siano attuate dopo l'acquisizione degli eventuali atti di assenso prescritti dalla normativa sui vincoli paesaggistici, idrogeologici, ambientali, di tutela del patrimonio storico, artistico ed archeologico e dalle altre normative di settore".

<sup>75</sup> Come rileva, MARZARO GAMBA, *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>76</sup> Vedi quanto osservato da SANDULLI, *Il regime*, cit.

<sup>77</sup> Così, BOSCOLO, *Attività edilizia libera*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, 2015; MARZARO GAMBA, cit.

condurre all'ambito di applicazione dell'articolo 6, ma lo ha fatto prevedendo la necessità di un potere di vigilanza residuo da parte della p.a., potere che, specie con riguardo alle ipotesi di comunicazione asseverata, non può ritenersi sottratto alla qualificazione in termini di doverosità. Qualcosa in più sul punto il decreto di settembre, o quantomeno la legge di conversione, avrebbero dovuto dirlo, specie se si considera che, in forza del nuovo *corpus* normativo, alle regioni è riconosciuta la possibilità di normare «le modalità di effettuazione dei controlli» sull'attività edilizia libera col rischio di creare situazioni di disomogeneità e di incertezza ulteriori (la Regione Toscana è intervenuta, ad esempio, con l'art. 137, comma 9, della l.rg. 10 novembre 2014, n. 65, prevedendo che siano effettuati dei controlli a campione sugli interventi di edilizia libera).

Quanto invece alla dia, di cui all'agli artt. 22, comma 3, e 23 del TUED, l'ambito di applicazione non sembra mutato restando oggi la denuncia (*ex superdia*) l'unica alternativa per l'avvio di alcuni interventi riservati al permesso di costruire. Ciò che, invece, ha subito modifiche è la disciplina applicabile che, in forza dei recenti interventi dello Sblocca Italia, sembra essere unicamente quella dettata dal testo unico, anche se, come pure si è avuto modo di evidenziare, una lettura estensiva di alcune disposizioni dell'articolo 19 della l.241 del 1990 (quelle riguardanti i residui poteri di autotutela e le azioni a difesa del terzo) può considerarsi sicuramente compatibile col sistema.

Tornando al punto da cui si è preso avvio, e all'esito dell'elencazione svolta, può verificarsi che non sempre gli interventi soggetti a regime liberalizzato (scia "leggera" e art. 6) sono idonei a incidere sulle posizioni di terzi. In tali ipotesi, la tutela dei restanti interessi (pubblici) ben può essere esaurita dal binomio controllo doveroso-sistema sanzionatorio, nel quale la posizione del privato interessato alla realizzazione dell'attività sarà garantita dalla perentorietà del termine. Viceversa tutte le volte in cui dall'attività di trasformazione intrapresa attraverso regimi liberalizzati/semplificati (come avviene nel caso della super dia, nelle ipotesi di ristrutturazione attraverso demolizione e ricostruzione di cui alla scia, o anche di spostamento di tramezzi interni ad una unità immobiliare) possa derivare un pregiudizio per terzi controinteressati, dovrà essere fornita a questi ultimi la possibilità di partecipare al procedimento di controllo, avendone tempestiva conoscenza e sollecitandone il più corretto espletamento. La graduazione anche delle forme di tutela apprestate per i terzi è espressione dei principi di proporzio-

nalità e ragionevolezza, i quali impongono di limitare allo stretto necessario lo spazio di interventi che – lungi dal costituire guarentigie per posizioni di controinteresse – possono avere finalità meramente ostruzionistiche.

Interessante spunto in merito al coinvolgimento del terzo sin dalle fasi iniziali dell'attività edilizia di un privato, può trarsi dall'esperienza britannica ove la disciplina del *planning permission* contempla che l'istante abbia l'obbligo di dare notizia dell'intervento che intende realizzare a tutti i soggetti potenzialmente interessati, e cioè a tutti coloro ai quali potrebbe derivare un danno dalla nuova opera edificatoria<sup>78</sup>.

In ogni caso, alcune leggi regionali (da ultimo in tal senso ha provveduto la l. r. Umbria n. 1 del 2015, art. 127) hanno stabilito che, per dare idonea pubblicità della scia posta a legittimazione delle attività edilizie in corso, gli estremi della stessa siano indicati nel cartello esposto presso il cantiere.

Ugualmente rilevante per la presente riflessione è sempre la disciplina del sistema britannico ove è presente l'istituto dei CLOPUD (*certificates of lawfulness of proposed use of development*) ovvero dei certificati di conformità che chiunque può richiedere all'amministrazione con riguardo ad un determinato intervento da realizzarsi su un'area specifica del territorio<sup>79</sup>.

##### 5. *Previsione di termini adeguati e criticità della normativa di settore*

Essenziale per realizzare un'utile e possibile partecipazione al controllo dell'amministrazione è anzitutto ipotizzare che i termini per il suo espletamento possano essere più lunghi rispetto a quelli previsti dall'attuale disciplina. Circostanza che, tra l'altro, renderebbe sicuramente più accettabile la natura perentoria del termine e ammissibile l'affermazione della preclusione per il terzo dell'azione di cui all'art. 19, co. 6 *ter*, della legge 241 del 1990 una volta che lo stesso sia spirato. All'indomani dell'assimilazione della scia edilizia al modello generale di cui all'articolo 19 l. 241/90, non si comprende, invero, a quale logica si sia ispirata la scelta di riservare per la verifica della conformità

<sup>78</sup> GIANI, *Autoritatività tra potere e atto. Alcune riflessioni sul sistema britannico*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 109 ss. D'altronde nel diritto britannico è la stessa nozione di controllo a ricomprendere anche la partecipazione procedimentale: cfr. GIANNINI, *Controllo*, cit., p. 1267.

<sup>79</sup> Per i riferimenti essenziali può vedersi, HARWOOD, *Planning Enforcement*, Bloomsbury, London, 2013.

a legge di quest'ultima un termine diverso da quello generale di 60 giorni. Il dimezzamento dei termini poteva, infatti, risultare il giusto compromesso per la permanenza di una legittimazione differita ad intraprendere l'attività, ma l'ampliamento del novero degli interventi realizzabili con scia e l'estensione della legittimazione immediata sembrano davvero concessioni eccessive ad un sistema di regole che nel settore edilizio non si contraddistingue per nitore e linearità, con la conseguenza che si determina un ammanco di garanzie tanto per la libertà privata che per l'interesse pubblico.

Quello della determinazione dei termini poteva essere un settore nel quale la flessibilità scelta dal Testo unico dell'edilizia nel lasciare ampio spazio all'intervento normativo regionale<sup>80</sup> avrebbe potuto utilmente esprimersi e garantire al contempo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Si è, infatti, spesso discusso in ordine all'inadeguatezza degli apparati burocratici rispetto alla necessità di dare attuazione al sistema di controlli imposto dalla deregolamentazione in alcuni settori e si è dovuto fare i conti (si veda il caso degli sportelli unici) con l'impossibilità di prevedere strutture organizzative adeguate a far sì che l'alleggerimento degli oneri fosse reale e non virtuale (riforme a costo zero). E, come ricordato da autorevole dottrina<sup>81</sup>, "la semplificazione amministrativa 'costa'; ove ciò non fosse compreso, semplificare significherebbe solo dequalificare l'azione dell'amministrazione e porre a rischio la tutela della legalità e del pubblico interesse".

Il ritardo nella conclusione degli iter di verifica molto spesso, dunque, non è imputabile all'indolenza di cattivi funzionari, ma al fatto che mancano le risorse umane e strumentali per tener dietro al numero di segnalazioni/denunce presentate.

Di conseguenza, anche in relazione alla capacità organizzativa degli uffici, sarebbe di indubbia utilità prevedere la possibilità di predeterminare il termine per l'effettuazione dei controlli, la cui durata massima andrebbe generalizzata, e la cui durata minima diverrebbe adattabile ai diversi contesti.

Il ricorso alla flessibilità con riguardo alla fissazione di termini che devono considerarsi perentori non sarebbe, d'altronde, una scelta nuova se solo si guarda alla disposizione fondamentale sulle tempistiche procedurali di

<sup>80</sup> Su cui, STELLA RICHTER, *op. cit.* Cfr. anche, GIULIETTI, *Il controverso impatto della l. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>81</sup> M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari*, in *FA CDS*, 3-2006, spec. p. 1072.

cui all'art. 2 della l. 241 del 1990 ove espressamente si prevede che l'amministrazione possa dotarsi di tempistiche procedurali adeguate alla complessità dei procedimenti di propria competenza.

Anziché agire sul termine, tuttavia, il legislatore regionale finisce con l'intaccare il principio di doverosità dei controlli e prevedere che, in assenza di apparati organizzativi adeguati, il controllo possa essere effettuato a campione (cfr. l. r. Emilia Romagna, cit.). La circostanza genera nuovamente confusione e sovrapposizione tra i modelli: in assenza di doverosità del controllo, non si coglie la differenza reale tra la comunicazione inizio lavori asseverata e la scia, se non sul ben diverso piano del regime sanzionatorio.

#### 6. *Dal dover essere all'essere: il caso Napoli*

Un utile terreno di verifica in ordine alla validità delle soluzioni suseposte è stato rappresentato dall'attività di analisi svolta presso il Servizio edilizia privata del Comune di Napoli.

Diverse sono le criticità emerse nell'attuale sistema dei titoli abilitanti lo svolgimento delle attività edilizie, la maggior parte delle quali ascrivibili alla mancanza di personale addetto all'espletamento dell'attività di controllo.

Anzitutto, nel suddetto contesto un dato sicuramente significativo è che l'attività di controllo si intende come doverosa, non soltanto per quel che concerne gli interventi soggetti a scia, ma anche per quelli che richiedono l'inoltro della semplice comunicazione, asseverata e non. Il che comporta che gli oneri amministrativi siano i medesimi, anche nell'ambito della cd. attività edilizia libera.

Questa attenzione rivolta alla verifica della effettiva conformità alle norme vigenti di tutti gli atti di segnalazione e comunicazione, se sicuramente connota positivamente la scelta dell'amministrazione campana rispetto agli altri contesti locali citati (Emilia Romagna, Umbria, Liguria, Toscana) – nei quali, non solo per gli interventi soggetti a comunicazione di cui all'art. 6 del TUE, ma addirittura anche per la scia, sono previsti controlli a campione (Emilia Romagna) – ha come dato negativo quello della oggettiva difficoltà di rispettare il termine di legge previsto per l'attività di controllo. Il termine medio per la durata del procedimento di controllo va da un minimo di 6 giorni ad un massimo di 120 giorni. La circostanza si comprende ancor meglio se si considera che tra il momento di attribuzione del protocollo da



parte dello Sportello Unico – che per il privato costituisce il *dies a quo* per determinare il decorso del termine – e quello in cui l'atto è assegnato al responsabile del procedimento possono anche trascorrere diversi giorni e che ciascun responsabile è anche tenuto ad effettuare i sopralluoghi di verifica, ad interfacciarsi con le altre autorità competenti all'esercizio dell'attività di vigilanza e con le altre amministrazioni coinvolte dall'attività intrapresa.

L'amministrazione napoletana (in linea con le amministrazioni di altre regioni, tra le quali Liguria, Emilia Romagna, Lombardia<sup>82</sup>) ha in qualche modo ovviato a questa disfunzione prevedendo che il privato possa stabilire autonomamente di differire il termine di inizio lavori: nella modulistica per la presentazione della scia, infatti, è data al segnalante la facoltà di indicare per l'inizio dell'attività un termine diverso da quello in cui, perfezionandosi il deposito della documentazione, sarebbe legittimato a procedere. Si assiste al paradosso che il privato rinuncia spontaneamente ad una agevolazione (quella di essere immediatamente legittimato all'avvio dell'attività), per non subire le conseguenze di un intervento – dai contorni tutt'altro che definiti – dell'amministrazione sull'attività già intrapresa. Il valore della certezza prevale, anche in questo caso, su quello della celerità.

7. *La riduzione dei compliance costs ovvero l'ennesima missione impossibile della (pseudo)liberalizzazione edilizia*

I dati sinora emersi consentono di affermare che di liberalizzazione vera e propria nel settore edilizio può parlarsi soltanto con riguardo agli interventi di attività libera per i quali non è posto in capo al privato alcun onere comunicativo.

Tuttavia, la mancanza di uniformità nel definire le modalità di inoltro delle comunicazioni, il diverso regime dei controlli e l'assenza di un termine stabilito per effettuarli sono tutti elementi che contribuiscono ad alimentare la diffidenza del privato non solo rispetto alla scia, ma anche nei confronti degli interventi più semplici, per l'avvio dei quali è ancor oggi – paradossal-

<sup>82</sup> Nella l. r. Emilia Romagna, 15/2013 cit., ad esempio, all'articolo 15 si prevede che “nella SCIA l'interessato può dichiarare che i lavori non saranno avviati prima della conclusione del procedimento di controllo, di cui all'articolo 14, commi da 4 a 8, ovvero può indicare una data successiva di inizio lavori, comunque non posteriore ad un anno dalla presentazione della SCIA”.

mente – impossibile prescindere dall’assistenza di un tecnico abilitato<sup>83</sup>. Ne discende che i costi gravanti sul privato sono i medesimi anche nei casi di attività apparentemente deregolata<sup>84</sup>.

La difficoltà di uniformare i modelli di presentazione di certificazioni e segnalazioni ha spinto le regioni ad adottare una modulistica unica: lo scorso 18 dicembre è stato, infatti, sancito l’accordo in sede di Conferenza unificata tra il Governo, le regioni e gli enti locali, per l’adozione di moduli unificati e standardizzati per la presentazione della comunicazione di inizio lavori e della comunicazione di inizio lavori asseverata per gli interventi di edilizia libera (l’accordo è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 41 del 19/02/2015 ed ha ultimato un processo di unificazione già avviato nel giugno 2014 con riguardo ai modelli per la presentazione di permesso di costruire e scia<sup>85</sup>). Quel che però disorienta il cittadino è il permanere di una certa disomogeneità in ordine alla latitudine dei poteri di intervento *ex post* dell’amministrazione.

La semplificazione ha un’anima fragile. È sempre al limite tra le ragioni dell’efficienza e quelle dell’imparzialità. Quando poi si spinge l’area della semplificazione fino a lambire i territori della liberalizzazione il rischio che siano i cittadini a pagarne il prezzo è molto elevato. Lo sforzo del legislatore dovrebbe essere, dunque, indirizzato ad intervenire sul panorama normativo esistente in maniera più coraggiosa: o definendo in dettaglio i poteri di controllo dell’amministrazione o rassegnandosi a riconsegnare l’edilizia al regime

<sup>83</sup> E già BARTOLINI, *cit.*, ha rilevato come “In linea di principio la disciplina sull’attività libera va salutata con favore, poiché tende a deamministrativizzare una serie di interventi che sicuramente non comportano un serio vulnus all’interesse riguardante l’ordinato assetto del territorio. Tuttavia, la nuova disciplina anziché semplificare pare complicare l’attività edilizia, a causa dello smodato aumento dei regimi edilizi (attività libera, attività libera preceduta da scia, scia, dia e dia pesante, permesso di costruire)”.

<sup>84</sup> Si è notato in dottrina, in particolare, CORTESE, *Commento all’art. 6*, in BATTINI, CASINI, VESPERINI, VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Milano, 2013, p. 1142 ss., come al momento dell’introduzione nell’ambito del Testo unico dell’edilizia di una disposizione dedicata all’attività libera, “a differenza di quanto si potesse eventualmente, e inavvertitamente, desumere dalla sola lettura della rubrica, la disposizione non consentiva di ricavare solide certezze circa l’esistenza, nell’ordinamento positivo, di una serie di attività edilizie da considerarsi totalmente libere”. La norma, infatti, faceva comunque salve “sia le disposizioni più restrittive discendenti dalla legislazione regionale o dagli strumenti urbanistici concretamente operanti nel caso di specie, sia le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell’attività edilizia”.

<sup>85</sup> Si veda in proposito quanto disposto dal d.l. 90 del 2014, sul quale le notazioni di VESPERINI, *La semplificazione, politica comune*, in *GDA*, 11/2014, p. 1019 ss.

del controllo *ex ante*. Quest'ultima ipotesi non deve necessariamente essere considerata una sconfitta, soprattutto se si guarda alla liberalizzazione in chiave rimediabile e si considera la scia come un *second best*<sup>86</sup>. La tendenza troverebbe, tra l'altro, ragion d'essere specie alla luce dei più significativi interventi normativi (in termini di semplificazione) che hanno di recente riguardato il procedimento per il rilascio del permesso di costruire (termini certi, silenzio assenso, conferenza di servizi).

D'altronde nella maggior parte dei paesi europei la permanenza dei titoli espressi non è avvertita come problematica in quanto, come efficacemente evidenziato da alcuna dottrina<sup>87</sup>, l'amministrazione è efficiente (tempestiva) e non abbisogna di interventi legislativi che ne semplifichino l'azione attraverso una riduzione degli oneri procedurali. E in un settore nel quale non si fa questione di apertura dei mercati alla concorrenza, ma si tratta di consentire principalmente la piena esplicazione del diritto di proprietà con riguardo ad interventi di impatto limitato in termini di trasformazioni del territorio, non si comprende perché non si possa investire sulla costruzione di un sistema di controlli efficace che si basi su (poche) regole certe.

La sensazione che se ne trae è che l'atteggiamento timido e confusionario del legislatore nazionale sta consegnando interamente la disciplina del governo del territorio alle normative regionali le quali se, da un lato, si sono fatte carico di avviare un apprezzabile tentativo di risistemazione della materia – anche attraverso l'adozione di testi unici organici e dettagliati (v. TU regione Umbria) – dall'altro stanno stravolgendo i tratti più significativi dei modelli di autoamministrazione (controllo non doveroso, permanenza dei poteri di autotutela), dei quali, tra breve, rimarrà ben poco.

## 8. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni su esposte e dei dati raccolti può concludersi, dunque, che il settore edilizio è stato fatto oggetto da parte del legislatore, almeno nelle intenzioni, più di interventi volti a semplificare e a ridurre gli oneri procedurali che a varare politiche di liberalizzazione vera e propria.

<sup>86</sup> Come affermato da MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *GDA*, 12/2010, p. 1328 ss.

<sup>87</sup> In tal senso, sempre MATTARELLA, *op. ult. cit.*

La liberalizzazione è divenuta così un manifesto, un'idea richiamata allo scopo di conferire maggior impatto ad una generale politica di rilancio dell'economia che, invero, in questo specifico ambito, si è risolta in una mera dichiarazione di intenti.

Questo perché ogni settore ha le sue logiche, le sue criticità e i suoi operatori e dalla diversità di ciascuno di essi emerge la necessità di approcci flessibili e proporzionati agli interessi da tutelare. Le linee di intervento non possono, dunque, essere tutte uguali e la scelta di puntare sui medesimi strumenti può rivelarsi inadeguata quando mutano le logiche del sistema.

Il punto di avvio deve sempre essere l'esame della legislazione vigente onde verificare l'utilità di mantenere in vita regole e procedure, prima di procedere alla loro eliminazione.

Tale approccio consente di considerare tutti i fattori che determinano il rallentamento della crescita economica, senza puntare in maniera "brutale" sulle politiche di liberalizzazione (specie se non si sono previamente valutati comparativamente, caso per caso, i rischi e i vantaggi<sup>88</sup>). E non è nuova l'idea secondo la quale la conservazione di un regime autorizzatorio efficace ed efficiente è meno grave di una deprovincializzazione incerta ed ibrida<sup>89</sup>.

D'altronde la direttiva servizi aveva principalmente imposto un riesame analitico dei regimi amministrativi esistenti per verificare se essi fossero giustificati da fini più importanti di quello di garantire la libertà di iniziativa economica. Solo all'esito, dove possibile, si sarebbe dovuto procedere con la riduzione di oneri e regole per evitare che il nuovo regime fosse peggiore del precedente<sup>90</sup>.

Strumento di punta avrebbe dovuto essere l'analisi di impatto della regolazione (AIR) che, unitamente alla successiva verifica (VIR), avrebbe potuto consentire di apprezzare preventivamente e nel tempo l'impatto di innesti legislativi nelle discipline settoriali o in molti casi, condurre ad optare per un non intervento<sup>91</sup>, investendo più su una razionalizzazione dell'esistente che su operazioni di "sartoria" normativa.

<sup>88</sup> In tal senso, TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014, spec. p. 25.

<sup>89</sup> MATTARELLA, NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, spec. p. 19 ss.

<sup>90</sup> CLARICH, MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2/2013, p. 363 ss. Sul tema, vedi anche NEGRELLI, *op. cit.*

<sup>91</sup> NAPOLITANO, *La logica*, cit.; CLARICH, MATTARELLA, *op. cit.*, spec. p. 373 ss. Sull'AIR e

In tal senso, il settore edilizio avrebbe potuto essere un'utilissimo terreno di sperimentazione proprio per le peculiarità che lo contraddistinguono: interessi privati che si contrappongono ad interessi pubblici di particolare rilevanza, apparati burocratici non adeguati alle nuove logiche dell'informatizzazione, costi di adeguamento elevati per il privato che sceglie di attingere alle vie della semplificazione.

Purtroppo anche questa dello Sblocca Italia si è rivelata un'occasione mancata e il riferimento ai modelli di *sunset legislation* fatto in apertura era, per quanto in termini di mera suggestione, proprio indirizzato a sottolineare come prima di introdurre nuove regole, anche se ispirate a logiche di rilancio economico, bisognerebbe testarne la portata e gli effetti nel lungo periodo<sup>92</sup>. Solo all'esito della verifica dell'impatto che il nuovo tessuto normativo ha prodotto sugli operatori del sistema, che devono essere – si badi bene – gli operatori di quello specifico segmento di mercato – si può procedere ad una stabilizzazione della disciplina<sup>93</sup>. D'altronde nel report sui risultati della consultazione pubblica svolta dall'Ufficio per la semplificazione amministrativa del Dipartimento della funzione pubblica nell'aprile 2014 sul tema “Semplificazione: cosa chiedono cittadini e imprese”<sup>94</sup>, può riscontrarsi come nella “top ten” degli adempimenti e delle procedure ritenute maggiormente complicate compaiano al secondo posto – sia da parte dei cittadini che da parte delle imprese – gli adempimenti e le procedure in materia edilizia.

L'intervento del legislatore nel settore è, dunque, ancora avvertito come necessario, ma in quale senso debba essere orientato è difficile a dirsi.

Sicuramente più semplice è determinare cosa non dovrebbe più farsi: intervenire sulle norme esistenti complicandone la lettura, piuttosto che cercare di riscriverne il contenuto; introdurre regimi asseverativi dalla dubbia natura (comunicazioni, comunicazioni asseverate, segnalazioni, dichiarazioni); mantenere in vita regimi differenziati nell'ambito delle procedure abilitative

sul suo ingresso nel nostro ordinamento MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi tecnico-normativa*, in *GDA*, 1/2001, p. 85 ss.; L. CARBONE, *Analisi di impatto della regolazione*, in CLARICH, FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 53 ss.; MORFUNI, *L'introduzione dell'AIR in Italia*, in *GDA*, 2002, p. 729 ss.; MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Milano, 2011, nonché BASILICA, BARAZZONI, *op. cit.*

<sup>92</sup> La preferenza per la legislazione a termine è espressa anche da CLARICH, MATTARELLA, *cit.*, spec. p. 370.

<sup>93</sup> Secondo una metodologia suggerita dal modello di analisi del *Socio-legal approach* su cui, tra i molti, SCHIFF, *Socio-legal theory: social structure and law*, *The Modern Law Review*, 3, 1976, p. 287 ss.

<sup>94</sup> Reperibile sul sito *ASTRIDonline*.

laddove non ve ne sia un bisogno reale (verificato), per la tutela dell'interesse pubblico. Quanto alla *pars construens* si è già detto, potendosi aggiungere in chiusura, che il dover essere necessita di essere riconosciuto e garantito conferendo forza nuova ai principi di doverosità, proporzionalità e ragionevolezza; l'essere, invece, va assunto quale unica guida possibile per evitare che l'intervento regolatorio guardi a contesti ideali, cui si può aspirare solo nella consapevolezza che sono ancora lontani.

L'AIR sicuramente può essere strumento prezioso; e doveva esserlo anche per le disposizioni del decreto dello scorso autunno. Ma così non è stato, come conferma il rilievo mosso dal Comitato per la Legislazione nel parere reso in sede di conversione in ordine alla circostanza che “il disegno di legge di conversione non è corredato della relazione sull'analisi tecnico-normativa (ATN) e della relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), senza che nella relazione di accompagnamento si riferisca in merito all'eventuale esenzione dall'obbligo di redigerla, in difformità dunque da quanto statuito dall'articolo 9 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 170 del 2008”. In uno studio sulla semplificazione di circa un decennio fa<sup>95</sup> venivano ricordate le parole di G. Filangieri che, nella sua Scienza della legislazione, stigmatizzava le difficoltà della politica di intervenire sul problema della molteplicità delle leggi, e gli spunti offerti dallo Studioso possono forse attagliarsi anche al contesto descritto: “Se un disordine si fa appena sentire in una nazione, una nuova legge si emana. Essa non ha per oggetto che quel caso particolare, che potrebbe esser facilmente compreso in una legge anteriore, la quale con due o tre parole in più, con due o tre parole in meno, potrebbe comprenderlo. Ma il destino delle legislazioni è di correre sempre innanzi, senza mai rivolgersi indietro”.

<sup>95</sup> M.P. CHITI, *Semplificazione*, cit., p. 1058.

### **Abstract**

Il saggio ha ad oggetto le criticità che connotano le politiche di liberalizzazione nel settore edilizio. In particolare, viene approfondito il ruolo che la pubblica amministrazione ancora riveste nell'ambito del controverso rapporto tra i privati e la legge. In tale contesto, si evidenzia la natura doverosa del potere di controllo e la necessità che i termini per il suo esercizio siano adeguatamente definiti dal legislatore, al quale si chiede un intervento chiarificatore a fronte di una normativa che è fonte di incertezza per operatori e interpreti.

This paper describes critical points of liberalization in building regulation. In detail, it underlines how the rule of public authorities is still fundamental and necessary to assure the pursuit of public interests. In this contest, control powers should be interpreted as a duty and time-limits for their use should be better defined by law. Due to their complexity, italian rules in this field require a new regulation, upon a deep study of their impact, that could assure the reduction of compliance costs for stakeholders.

### **Key words**

Liberalizzazione edilizia, segnalazione certificata d'inizio attività, potere di controllo, doverosità della funzione, termini.

Liberalization in building regulation, control power, due use of administrative function, compliance costs.





## Giulio Napolitano

### Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa

Il discorso sulle liberalizzazioni offre una prospettiva di riflessione sugli sviluppi dell'intero diritto amministrativo. Esso, infatti, tocca inevitabilmente il classico nodo del rapporto tra autorità e libertà, da sempre al centro della disciplina, e invita a interrogarsi, in termini forse più moderni, sull'adeguatezza e sull'efficienza delle tecniche di regolamentazione sia dell'azione amministrativa sia dei comportamenti privati.

Il tema delle liberalizzazioni, peraltro, è diventato oggetto di specifica attenzione soltanto in tempi relativamente recenti, avendo segnato, insieme alle privatizzazioni, la stagione delle riforme amministrative avviate a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, sotto l'influenza delle dottrine del liberismo economico<sup>1</sup>. Negli stessi anni, a livello ultra-statale, la disciplina mondiale del commercio e l'Unione europea hanno svolto un ruolo fondamentale ai fini dell'apertura e dell'integrazione dei mercati, con un significativo impatto anche sul funzionamento dei sistemi amministrativi nazionali<sup>2</sup>. Si è così disposta l'eliminazione di molti diritti speciali ed esclusivi che gli Stati avevano per lungo tempo generosamente riconosciuto a imprese e operatori incaricati di missioni di interesse economico generale (e non solo)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si vedano per tutti CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, e TRAVI, *La liberalizzazione*, entrambi in *RTDP*, 1998, rispettivamente p. 629 ss. e p. 645 ss.; in una prospettiva più ampia e comparata, CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *RTDP*, 2001, p. 79 ss.

<sup>2</sup> Sull'impatto dell'ordinamento europeo, LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010; da ultimo, TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013.

<sup>3</sup> Su questi sviluppi, si vedano tra gli altri TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica*

L'esperienza di questi anni, peraltro, dimostra quanto forti siano le resistenze alle politiche di liberalizzazione, dovute alla pressione degli interessi organizzati e delle corporazioni. Ciò non deve sorprendere, né scandalizzare. Le regolazioni, persino quelle in eccesso, d'altra parte, hanno un effetto ambivalente sull'esercizio delle attività economiche. Da un lato, le ostacolano, impedendo, o comunque rendendo più difficile, l'accesso al mercato di altri operatori e, quindi, il pieno dispiegarsi di dinamiche autenticamente competitive; dall'altro, proteggono quelle esistenti, anche se inefficienti, da assalti concorrenziali esterni e, talora, fanno persino sviluppare altre iniziative ai margini, creando così un gruppo nutrito e variegato di oppositori alle misure di liberalizzazione. Divieti, vincoli e altri tipi di barriere, infatti, oltre a tutelare gli operatori già in azione sul mercato, assicurando loro comode nicchie di sopravvivenza, possono dare luogo a nuovi e redditizi mercati, la cui fortuna è in larga parte misura artificialmente determinata proprio dell'esistenza di quel genere di regole<sup>4</sup>.

Quanto più è complicato il rapporto con i pubblici poteri, infatti, tanto più possono svilupparsi attività di intermediazione e servizi offerti da agenzie e consulenti privati per il disbrigo di pratiche in favore di cittadini e imprese. In altri casi, fioriscono prestazioni professionali la cui domanda è indotta esclusivamente dal fatto che la legge richiede al privato l'assolvimento di determinati adempimenti. Si pensi, a quest'ultimo riguardo, all'attestato di potenza energetica rilasciato da un professionista qualificato, richiesto a pena di nullità ai fini della stipula di un contratto di compravendita immobiliare: con una semplice regola si è così dato vita ad un mercato coatto che altrimenti non si sarebbe mai sviluppato nella stessa misura.

Allo stesso tempo, quanto più le regole sono intrusive e severe, tanto più si creano mercati alternativi, "grigi", perché ai confini della legalità, oppure profondamente "neri", in quanto senza dubbio illegali. In taluni casi, possono così nascere persino prodotti innovativi che si collocano in una zona oscura tra ciò che è conforme alla legge e ciò che non lo è, come ci racconta la divertente e paradossale sceneggiatura della fortunata commedia

*utilità*, Milano, 2007; GIGLIANI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008.

<sup>4</sup> Sulle complesse interazioni tra (il)legalità e mercato, *ex multis*, BARZEL, *A Theory of the State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; si veda anche NAPOLITANO, ABRASCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

cinematografica “Smetto quando voglio”. In altri casi, si finisce semplicemente per arricchire mercati stranieri attraverso la delocalizzazione dei consumi (talora anche ad alto prezzo). Emblematica la vicenda della fecondazione assistita, dove la disciplina particolarmente restrittiva originariamente introdotta dal legislatore italiano, prima dell’intervento della Corte costituzionale, ha indotto molte coppie in grado di sostenere la relativa spesa a ricorrere a interventi e terapie all’estero. Più spesso, l’effetto è l’alimentazione di mercati illeciti (come dimostra da sempre la storia del proibizionismo), con la diffusione anche di gravi pratiche corruttive di decisioni e comportamenti pubblici e lo sviluppo di una larga area di economia sommersa e criminale.

Le dinamiche dell’interazione tra la regola e l’iniziativa economica, dunque, sono più complesse di quelle che si potrebbe immaginare. Le liberalizzazioni non sempre sono un bene o un obiettivo in sé: a volte regole, controlli e limiti, persino barriere all’ingresso, possono essere necessari alla tutela dell’interesse pubblico e alla salvaguardia del benessere collettivo: il problema, dunque, non è l’astratta ammissibilità di tali misure, ma la loro proporzionalità<sup>5</sup>. Ogni regola o divieto, inoltre, genera un mercato per la sua violazione o per la sua elusione, potenzialmente anche molto proficuo. Da quest’ultimo punto di vista, può anzi dirsi che, ad essere veramente danneggiata da un eccesso di regole e da una timidezza nelle liberalizzazioni, non è tanto l’attività imprenditoriale in quanto tale, che trova comunque le sue strade, legali o para-legali, di manifestazione. A pagare i prezzi più alti sono invece l’efficienza complessiva del sistema economico, da un lato, e la capacità fiscale dello Stato, dall’altro. La prima è minata dalla protezione artificiale degli operatori esistenti sul mercato, dal rallentamento delle dinamiche competitive, dalla riduzione del potere di scelta dei consumatori, dalla crescita dei costi di conformazione a regole e controlli non proporzionati. La seconda subisce significative perdite di gettito, quando i rilevanti redditi generati da transazioni illecite, occultate o semplicemente delocalizzate, sfuggono all’accertamento e al prelievo tributario.

Oggi, comunque, la politica di liberalizzazione appare per molti versi ridimensionata o comunque alla ricerca di nuove più efficaci strategie. Si prenda il recente disegno di legge annuale sulla concorrenza per il 2015<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> In questa prospettiva, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura MATTARELLA e NATALINI, Firenze, 2013.

<sup>6</sup> Per un primo esame, nell’ambito di una più generale valutazione critica dello strumento

Questo contiene una serie di misure volte a “rimuovere ostacoli regolatori all’apertura dei mercati, a promuovere lo sviluppo della concorrenza e a garantire la tutela dei consumatori”. Di queste, tuttavia, una sola, in materia di servizi postali, costituisce una misura di liberalizzazione in senso tecnico: rimuove, cioè, un vincolo legale all’esercizio di un’attività economica. Si tratta, peraltro, di una misura circoscritta a un ambito di mercato molto particolare, con effetti sulla sostenibilità del servizio universale e sulla finanza pubblica e privata assai controversi. Le altre, in materia di assicurazioni, comunicazioni elettroniche, energia, ordini professionali e servizi sanitari, si occupano soprattutto di tutela del consumatore, libertà di scelta, deregolamentazione, alligeringimento di adempimenti burocratici.

Il fatto che, persino nel veicolo normativo istituzionalmente preposto a favorire l’apertura dei mercati e l’introduzione della concorrenza (a prescindere dalla sua scarsa fortuna), le misure di liberalizzazione occupino un posto così limitato sollecita una riflessione sulle ragioni dell’almeno apparante abbandono di una politica tanto importante nell’agenda delle riforme a partire dagli ultimi vent’anni del XX secolo.

Una prima spiegazione potrebbe risiedere nell’ormai quasi completo abbattimento delle barriere legali all’ingresso nel mercato. Negli ultimi trent’anni, infatti, l’Unione europea è riuscita a imporre il quasi integrale superamento dei diritti speciali ed esclusivi che per molto tempo gli Stati avevano riconosciuto a taluni operatori, soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale. La direttiva servizi e il suo recepimento a livello nazionale hanno ulteriormente contribuito alla rimozione legislativa degli ostacoli amministrativi che possono intralciare l’avvio e l’esercizio di un’attività economica. Da ultimo, i provvedimenti normativi varati dal governo Monti hanno previsto in via generale l’eliminazione di tutti i limiti, ivi compresa la fissazione di contingenti numerici o di distanze territoriali, che si frappongono all’esercizio di qualsiasi attività imprenditoriale. Sarebbe tuttavia sbagliato indulgere a un facile trionfalismo: la missione non è affatto compiuta. In diversi casi le liberalizzazioni sono rimaste una vana promessa, sono state affidate a norme manifesto o si sono rivelate false o apparenti<sup>7</sup>. Pur con i li-

e della sua ideologia sottostante, LIBERTINI, *Il d.d.l sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 25 febbraio 2015.

<sup>7</sup> Lo evidenzia RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, a cura di MANGANARO, ROMANO TASSONE e SAITTA, Milano, 2013, p. 3 ss.

miti che rilevazioni di questo tipo inevitabilmente presentano, è indicativo l'indice delle liberalizzazioni stilato dall'Istituto Bruno Leoni. Secondo l'ultimo rapporto, il paese più liberalizzato d'Europa rimane il Regno Unito, con un punteggio del 94%, seguito da Paesi Bassi, Spagna e Svezia (79%). La classifica dei paesi più aperti alla concorrenza è chiusa dalla Grecia (58%), preceduta da Francia, Danimarca e Italia (66%). Nella classifica *Doing Business 2015* stilata dalla Banca mondiale, d'altra parte, l'Italia si colloca al 56° posto su 189 economie, perdendo quattro posizioni rispetto alla graduatoria dell'anno scorso, anche se registrando un netto miglioramento nel campo dello *starting a business* (con un avanzamento di quindici posizioni).

Una seconda possibile spiegazione è data da un almeno parziale mutamento nell'agenda delle riforme. Da un'analisi anche comparata, emerge chiaramente come le politiche imperniate sulla liberalizzazione e sulla concorrenza, pur continuando a occupare un posto non trascurabile nei programmi, non sono più issate come un vessillo dell'impegno riformatore dei governi<sup>8</sup>. La crisi economico-finanziaria, d'altra parte, ha minato la fiducia nel mercato e indotto istinti protezionistici<sup>9</sup>. Nessun paese crede più, a differenza di quanto accaduto negli anni Novanta del XX secolo, che basti rimuovere le barriere all'ingresso sul mercato o eliminare regole o controlli sulle attività imprenditoriali per avere più competizione e più sviluppo economico. Da un lato, infatti, la concorrenza, per essere effettiva, deve essere accompagnata da misure di *empowerment* del consumatore. Dall'altro, proprio la crisi ha evidenziato i rischi derivanti da un eccesso di *deregulation*. Si spiega così il tentativo di puntare, sia in sede europea sia a livello nazionale, soprattutto sul perfezionamento del *test* di proporzionalità e delle analisi costi-benefici, rifuggendo dalla meccanica applicazione di modelli matematici e tenendo conto invece delle indicazioni dell'economia comportamentale. In questo quadro, assumono maggiore rilevanza anche gli obiettivi di sviluppo sostenibile e quelli sociali<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si rinvia in proposito a NAPOLITANO, *Le riforme amministrative all'inizio del ventunesimo secolo*, in *RTDP*, n. 2/2014.

<sup>9</sup> Come emerge dall'analisi di FIORENTINO, SALTARI, *Le politiche di concorrenza: dallo «stallo» al rilancio*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di NAPOLITANO, Bologna, 2012, p. 251 ss. Per una riflessione in una prospettiva più ampia, LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 20 giugno 2009.

<sup>10</sup> Sull'esigenza di riconciliare valutazioni economiche e valori sociali si veda, d'altra parte, LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *PM*, 2015, p. 53 ss.

Una terza possibile spiegazione risiede in un cambiamento non solo degli obiettivi, ma anche delle strategie. Alcune indicazioni in tal senso emergono dal d.l. n. 90/2014 e, ancor più, dal disegno di legge sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni. La strada della liberalizzazione per proclami, attraverso l'adozione di norme-ghigliottina generali, tanto drastiche quanto incerte nell'effettivo ambito di applicazione, è abbandonata in favore di misure settoriali, interventi mirati, istruzioni operative. Va in questa direzione, in particolare, la previsione normativa che delega il governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la "precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso" e, più in generale, dei casi in cui è sufficiente una semplice comunicazione in quanto l'attività non deve essere assoggettata ad alcuna autorizzazione preventiva (ancora oggi richiesta, ad esempio, persino per l'attività di video-noleggio e per la vendita di preziosi)<sup>11</sup>. In questa prospettiva, si prevede anche la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti *standard* degli atti degli interessati e di quelle di svolgimento della procedura, anche in via telematica. Si dispone poi che, allo scopo di garantire maggiore certezza in capo agli operatori, l'amministrazione non possa agire in autotutela trascorsi diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione (o di attribuzione di vantaggi economici)<sup>12</sup>.

Si tratta naturalmente di impegni che vanno misurati alla prova dei fatti. Essi, tuttavia, sembrano muovere dall'ormai acquisita consapevolezza che le liberalizzazioni, per avere successo, richiedono una buona amministrazione. Lo indica chiaramente anche l'ultimo rapporto *Doing Business*, quando sottolinea l'importanza di un sistema politico e amministrativo capace di lavorare nell'interesse pubblico e di gestire in modo ragionevole e trasparente risorse scarse<sup>13</sup>. Su questa strada ogni attore istituzionale è chiamato a fare la sua parte. Un utile contributo, ad esempio, può provenire dalla diffusione e dalla piena operatività delle agenzie per le imprese, anche alla luce del pro-

<sup>11</sup> Sui limiti dei precedenti interventi normativi, OCCHILUPO, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, p. 39 ss.

<sup>12</sup> Sul regime e sui limiti del potere di autotutela dell'amministrazione in questo ambito, LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in questa rivista, 2011, p. 445 ss.

<sup>13</sup> Si veda Banca mondiale, *Doing business 2105. Going Beyond Efficiency*, Washington, The World Bank, 2014.

cesso di riordino delle camere di commercio. Molto ancora possono fare le autorità indipendenti, soprattutto per affinare le tecniche di regolazione, rendere più certe e trasparenti le loro decisioni, sviluppare iniziative di *nudging* in favore del consumatore<sup>14</sup>. Infine, il governo è chiamato a dotarsi di uffici adeguati per migliorare il disegno e valutare gli effetti delle misure di liberalizzazione, regolazione e razionalizzazione del settore pubblico, come hanno fatto di recente il Regno Unito e la Spagna. Un'opportunità in tal senso è offerta dalla delega che prevede la revisione delle attribuzioni della Presidenza del Consiglio dei ministri in materia di analisi, definizione e valutazione delle politiche pubbliche. Potrebbe essere questa l'occasione per istituire una struttura simile all'*Office for Information and Regulatory Affairs* esistente presso la Casa Bianca: naturalmente, senza indulgere alla sua mitizzazione, ma apprezzandone con realismo il positivo contributo dato all'apertura dei mercati, al benessere dei consumatori e a una regolazione più semplice e intelligente<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Per riprendere l'invito di SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2013.

<sup>15</sup> Si vedano in proposito le puntualizzazioni di SUNSTEIN, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, in 126 *HLR* 1838 (2013).

### **Abstract**

Il lavoro colloca il tema delle liberalizzazioni nel quadro di una riflessione sulle politiche di riforma amministrativa, descrivendone i principali moventi ed esiti nella cornice giuridica statale oltre che europea, nonché considerando gli effetti non univoci delle regolazioni sul piano dell'apertura dei mercati e sulla loro stessa esistenza. La complessità delle dinamiche di interazione tra regola ed iniziativa economica pongono la questione della proporzionalità delle misure che limitano la libertà di competizione al fine di tutelare l'interesse pubblico, e degli effetti dell'eccesso di regole sull'efficienza complessiva del sistema economico e sulla capacità fiscale dello Stato. Il recente ridimensionamento delle politiche di liberalizzazione nell'agenda delle riforme viene ascritto, per un vero, al completo abbattimento delle barriere legali all'ingresso nel mercato, e per altro verso, ad un avvicendamento degli obiettivi e delle strategie delle riforme.

The paper analyzes liberalizations in the context of policies of administrative reform, describing its reasons and outcomes in the national and european legal framework, and evaluating effects of regulations on the market access and existence of market. From the complex dynamics of interaction between rules and economic initiative arises the question of proportionality of measures that restrict freedom of competition in order to protect general interests, and the question of effects of excessive regulation on the overall efficiency of economic system and the state fiscal capacity. The recent resize of liberalization policies in the reform agenda has been referred, on the one side, to the complete removal of barriers to entry into a market, and on the other side, to a shift of reform goals and strategies.

### **Key words**

Liberalizzazione, privatizzazione, regolazione, pubblici poteri, mercato, riforme.

Liberalization, privatization, regulation, public powers, market, reforms.



## **Franco Gaetano Scoca**

### **Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni**

Tanto i contributi di taglio generale, quanto quelli di carattere settoriale, offerti alla riflessione cui è dedicata questa giornata di studio, consentono di affermare che vi è stato un progresso nella conoscenza del complesso fenomeno della liberalizzazione, anzi delle liberalizzazioni. A tal proposito, mi ha colpito l'uso del plurale nell'indizione di questo convegno. A pensarci bene, cosa sono le liberalizzazioni? Si è in presenza di istituti giuridici? Ritengo di no, dal momento che la liberalizzazione dovrebbe implicarne piuttosto l'assenza. Si potrebbe parlare, magari, di tendenze, di linee politiche, di obiettivi legislativi, ma è difficile pensare alle liberalizzazioni come istituti di diritto positivo. Si tratta, d'altra parte, di un termine polisenso, il che spiega perché sia stato presentato al plurale.

Esiste una liberalizzazione in funzione di applicazione dell'art. 41, primo comma, della Costituzione, volta, cioè, al rispetto del principio di libertà di iniziativa economica.

Un'altra accezione, probabilmente rapportabile agli altri commi dell'art. 41 della Costituzione, è posta in funzione di promozione o tutela della concorrenza nei mercati speciali, soprattutto, per quanto d'interesse, quelli in cui la pubblica amministrazione si colloca tra gli operatori economici. Anche rispetto a tale ultimo ambito opererei una sottile distinzione: un conto sono i servizi pubblici, altro è l'attività puramente economica, contrattuale. L'amministrazione pubblica, in questi due settori, assume un atteggiamento diverso; rispetto ai contratti e – vorrei aggiungere – alle concessioni, si pone semplicemente come un contraente forte; di qui, la necessità di tutelare la libera concorrenza. Nel settore dei servizi pubblici, l'amministrazione pub-

blica è un contraente non solo forte, ma anche e soprattutto, direi, preoccupato che il servizio sia fornito in maniera efficiente. Ciò spiega la differenza di disciplina.

Altro problema riguarda l'identificazione dei modelli di liberalizzazione.

È stata evidenziata, soprattutto nelle relazioni generali, la sussistenza di tre ipotesi: in primo luogo, quella in cui l'attività economica del privato può essere subordinata ad una semplice comunicazione in funzione informativa; in secondo luogo, l'ipotesi in cui la stessa attività può essere avviata su segnalazione in funzione di controllo *ex post*; infine, il caso in cui l'attività deve essere avviata solo dopo il rilascio di un provvedimento positivo.

Né la prima, né la terza ipotesi presentano particolari problemi di inquadramento; invero, nel primo caso certamente l'attività è liberalizzata, mentre nel terzo non lo è affatto.

Il problema sorge, invece, quando l'attività è sottoposta ad un controllo *ex post*. Mi sembra che il professor Liguori abbia sostenuto che in questo caso si è in presenza di liberalizzazione, mentre io avrei forti dubbi al riguardo. I poteri dell'amministrazione sono doverosi, nel senso che il controllo, sia pure *ex post*, deve comunque essere esercitato. Coticché, sebbene possa ritenersi che l'interesse legittimo si trasformi da pretensivo in oppositivo, la sostanza non muta, nel senso che esiste comunque un intervento dell'amministrazione. La circostanza poi che tale intervento sia spostato a valle invece che essere collocato a monte dell'inizio dello svolgimento dell'attività, certamente assume una rilevanza pratica, ma dal punto di vista della costruzione teorica ritengo che sia molto ardito parlare di liberalizzazione. Probabilmente si tratta piuttosto di semplificazione, dal momento che la liberalizzazione, a mio giudizio, ricorre soltanto quando l'amministrazione non interviene affatto. Si badi che la ricostruzione di tale ultima ipotesi in termini di autentica liberalizzazione, non implica affatto un esercizio di attività in assenza di regole, anche di natura pubblicistica, ma piuttosto un mutamento delle forme attraverso cui la stessa attività prende avvio.

Quest'aspetto fa emergere un altro problema di teoria generale.

Con riguardo alle autorizzazioni vincolate – basta in tal senso leggere l'art. 19 della legge sul procedimento – una teoria molto diffusa ravvisa la presenza di fattispecie in cui non ricorrono interessi legittimi, ma diritti soggettivi. Sotto tale profilo, si può dunque affermare che nei confronti del controllo *ex post* vi sia un "libero diritto soggettivo", cioè che si possa esplicitare direttamente la libertà di iniziativa economica? Non sono convinto che ciò

sia possibile, per cui ritengo che in tal caso non si possa parlare di liberalizzazione; altrimenti il diritto dovrebbe essere immediatamente esercitabile.

L'istituto tipico che si rapporta alla liberalizzazione è la cd. SCIA (segnalazione certificata di inizio di attività), in relazione alla cui disciplina sono state sottolineate alcune incongruenze, evidenti anche nella storia dell'istituto. Credo che vi siano pochi istituti giuridici – ed in questo caso si può parlare di istituti giuridici – che abbiano avuto un'evoluzione tanto complessa e contraddittoria. Ad esempio, il problema dell'autotutela è, teoricamente, secondo me, incomprensibile. Non può esservi autotutela se non c'è stato un precedente esercizio di potere. Si badi bene: non c'è soltanto assenza del provvedimento, ma addirittura manca del tutto l'esercizio del potere. Come si fa a definire siffatto intervento dell'amministrazione come provvedimento di secondo grado, atto di autotutela? A mio avviso non può che trattarsi di un potere esercitato per la prima volta, e, quindi, di un provvedimento di primo grado.

Dopo l'ultima modifica normativa, che senso ha parlare di autotutela se le stesse ragioni che vi danno luogo in realtà comportano la possibilità per l'amministrazione di esercitare il potere inibitorio, ai sensi del comma 4 dello stesso art. 19? Sono esattamente le stesse fattispecie che, da un lato, dovrebbero dar luogo ad un potere inibitorio, di primo grado, mentre dall'altro dovrebbero giustificare l'autotutela. In altre parole, la limitazione alle fattispecie previste dal comma quarto può avere un senso solo in termini di aumento temporale del periodo in cui può essere esercitato il potere inibitorio da parte dell'amministrazione.

Un ulteriore profilo critico riguarda la tutela del terzo. Il pensiero di Greco, analizzato criticamente da Liguori, mi sembra per molti aspetti condivisibile, sebbene egli proponga una soluzione molto articolata. Come si fa a pensare che la tutela del privato possa essere contenuta nei limiti dell'azione contro il silenzio inadempimento? Era molto più efficace la soluzione proposta dall'Adunanza Plenaria.

Occorre davvero una tutela amministrativa del terzo di fronte ad un'attività che lede i suoi diritti, la sua posizione politica, la sua integrità patrimoniale? A ben vedere il terzo dispone della tutela di diritto civile, rispetto alla quale quella di diritto amministrativo si rivela eccedente, ed ho l'impressione che sia il giudice amministrativo a non volervi rinunciare. Certamente, per il privato è molto più comodo rivolgersi al TAR, dal momento che, malgrado tutto, la durata del processo amministrativo, pur considerevole, è infe-

riore di gran lunga a quella del processo civile. Sebbene esista tale esigenza pratica, sul piano teorico non si comprende la ragione per la quale, di fronte ad un operatore economico che inizia un'attività – sia essa sottoposta al controllo preventivo o successivo dell'amministrazione, sia essa completamente libera (caso, quest'ultimo, rispetto al quale quanto sostengo è molto più evidente) –, il soggetto che vi si opponga, perché se ne ritiene in qualche modo pregiudicato, non possa disporre dello strumentario offerto dal diritto civile.

Un altro profilo è rappresentato dalla liberalizzazione in funzione di promozione della concorrenza: mi riferisco al problema dell'ingresso in un mercato speciale. In tal caso, è opportuno procedere ad una distinzione tra il settore dei servizi pubblici e quello dell'attività contrattuale o delle concessioni. Nel primo settore, le autorizzazioni sono spesso in funzione di accertamento di capacità tecnica. Si pensi ad una casa di cura privata o ad un istituto di istruzione. Non credo sia possibile ipotizzare di aprire una casa di cura privata senza che l'amministrazione abbia verificato l'esistenza delle necessarie attrezzature e competenze tecniche (valutazione che va distinta rispetto a quella che prelude al rilascio dell'accreditamento). Ad esempio, nella disciplina dei contratti pubblici è previsto l'istituto dell'avvalimento, che riguarda anche requisiti tecnici. Volendo spostare questo istituto nel settore dei servizi pubblici, ci si dovrebbe domandare se sia possibile aprire una casa di cura privata avvalendosi dell'esperienza di qualcun altro: a me non sembra in alcun modo prospettabile una simile evenienza.

Ritengo, in conclusione, che vi siano aspetti che impongono di considerare differentemente la cd. liberalizzazione del settore dei servizi pubblici rispetto a quella dei contratti e concessioni; parlo di contratti e concessioni perché, a mio avviso, da tale punto di vista non esiste differenza: si tratta di attività, l'una riservata giuridicamente all'amministrazione, l'altra riservata in ragione del fatto che ci si trova in presenza di un contraente forte.

## **Abstract**

La polisemia della nozione di liberalizzazione impone di riferirsi al fenomeno in una prospettiva plurale, che abbraccia tendenze politiche, obiettivi legislativi, più che istituti giuridici, di cui anzi la liberalizzazione implica l'assenza. La riflessione in tema consente in particolare di individuare differenti accezioni della funzione di promozione e/o tutela della concorrenza in corrispondenza al diverso ruolo che le amministrazioni pubbliche giocano rispettivamente nei settori dei servizi pubblici e dell'attività contrattuale. Le differenti modulazioni del controllo affidato all'amministrazione prefigurano, poi, non sempre modelli di autentica liberalizzazione, ma istituti concettualmente non sovrapponibili a quest'ultima.

The polysemic notion of liberalization requires to refer this phenomenon to several cases: political trends, legislative objectives, legal institutes (of which the liberalization implies the absence). The survey allows to identify different meanings of the function of promoting and protecting competition depending on the different roles played by public administration respectively in the sectors of public services and contracts. The different models of control entrusted to the administration do not always imply cases of genuine liberalization, but legal institutes not comparable to the latter.

## **Key words**

Istituti giuridici, liberalizzazione, attività economica, servizi pubblici, contratti, controllo.

Legal institutes, liberalization, economic activities, public services, public contracts, public control.



### Alessandro Auletta

#### Determinazione dei costi minimi dell'autotrasporto di merci per conto terzi: una vicenda paradigmatica dei diversi volti della liberalizzazione

**Sommario:** **1.** Etero-determinazione dei prezzi e libertà economiche. **2.** L'autotrasporto di merci per conto terzi: dalla liberalizzazione del 2005 al sistema vincolistico introdotto dall'art. 83-bis, d.l. n. 112 del 2008. **3.** La rimessione alla Corte di giustizia e la pronuncia del giudice comunitario. **4.** Il ritorno al sistema della libera determinazione del prezzo (l. stabilità per il 2015).

#### 1. *Etero-determinazione dei prezzi e libertà economiche*

La mutevolezza del dosaggio degli elementi “autorità” e “libertà” nella disciplina pubblicistica delle attività economiche private<sup>1</sup> trova una signifi-

<sup>1</sup> La letteratura in argomento è sconfinata. Limitando l'attenzione ai contributi, a nostro avviso, assolutamente imprescindibili, cfr.: AMATO, *La nuova Costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di DELLA CANANEA e NAPOLITANO, Bologna, 1998; AMORTH, *Sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *DE*, 1958, p. 1123 ss.; BALDASARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, p. 582; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, IV ed., Roma-Bari, 2011; CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *RTDP*, 1998, p. 629 ss.; DE VALLES, *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *DE*, 1959, p. 798; DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *GCost*, 1962, p. 40 ss.; GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *RDCom*, 1959, p. 322 ss.; ID., *Economia (disciplina della)*, in *ED*, XIV, Milano, 1965, p. 276 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, spec. p. 20 ss.; GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 143 ss.; ID., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, p. 7 ss.; LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, II ed., Napoli, 2000; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *EGT*, XVII, Roma, 1989, *ad vocem*; MERUSI, *Disciplina e organiz-*

cativa e, si direbbe, paradigmatica esemplificazione nella vicenda della etero-determinazione in sede amministrativa dei prezzi dell'autotrasporto di merci per conto terzi.

Sebbene le sorti dell'art. 83-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 – che da ultimo aveva appunto previsto un sistema di etero-determinazione dei costi minimi del servizio di autotrasporto merci per conto terzi – siano state decise, sostanzialmente, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che come si dirà ha ritenuto che tale disposizione si ponesse in insanabile contrasto con il diritto eurounitario, occorre considerare, volendo assumere una prospettiva non limitata al confronto con l'ordinamento europeo, che interventi di questo tipo hanno costituito una delle leve di cui lo Stato interventore, anche nel quadro della Costituzione economica delineata negli artt. 41 e ss. Cost., si è servito per orientare, in modo più o meno penetrante, l'attività economica privata<sup>2</sup>.

*zazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Roma, 1968; PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in AA.VV., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura dell'Associazione Nazionale dei Costituzionalisti, Padova, 1997; SPAGNUOLO VIGORITA V., *A proposito di una “Introduzione al diritto amministrativo dell'economia”*, in *RADDP*, 1956, III, 3, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001, vol. II, p. 319 ss.; ID., *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *DP*, 1962, p. 348, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, p. 449 ss.; ID., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I; ID., *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II; SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006; ID., *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di “Costituzione economica” (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, p. 1465. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007; VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata: profili generali*, Milano, 1974.

<sup>2</sup> Nelle trattazioni in materia, anche in quelle di carattere istituzionale, è comune l'idea che, pur dovendosi rinvenire la matrice originaria della normativa in materia di determinazione autoritativa dei prezzi in situazioni di carattere emergenziale (tipico il caso dello stato di guerra o dei periodi immediatamente seguenti), siffatta attività dell'amministrazione si sia progressivamente svincolata da tale angusta prospettiva, per divenire strumento generale o settoriale di manovra economica: in questo senso, cfr. ad esempio AMORTH, *Prezzi (disciplina dei)* [diritto amministrativo], in *ED*, vol. XXXV, 1986, Milano, *ad vocem*, spec. p. 432, laddove si osserva che “l'esperienza insegna che un interesse pubblico per la determinazione dei prezzi nei rapporti tra privati insorge in situazioni di emergenza dello Stato, o per alterazioni di varia portata nell'andamento del mercato, che debbono essere corrette nell'interesse generale (...); per contenere gli effetti di una svalutazione monetaria e così via. E, ancora, quando una regolamentazione di prezzi a livello di interesse pubblico venga richiesta dalla inclusione di talune merci o prodotti in un mercato comune come quello che si è realizzato con la istituzione del Mercato economico europeo, poi assorbito dalla Comunità economica europea”. Espliciti nel senso indicato



Il parametro normativo di riferimento alla cui stregua verificare l'ammissibilità di interventi autoritativi sulla determinazione dei prezzi delle merci e dei servizi, va individuato, nell'ambito del diritto nazionale, nell'art. 41 Cost., norma compromissoria, se non addirittura dal contenuto indeterminato, che però, nella elasticità delle relative previsioni, ha attraversato stagioni profondamente differenti sotto il profilo dei principi ispiratori delle politiche economiche, e resistito alla paventata riforma in senso più marcatamente liberista<sup>3</sup>, quanto meno sotto il profilo degli enunciati.

nel testo SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, spec. pp. 67-68, laddove i provvedimenti prezzi sono annoverati tra gli strumenti di politica economica, il cui compito "è quello di fissare – per ragioni di utilità sociale (art. 41 Cost.), in deroga al principio generale secondo cui la determinazione dei prezzi è rimessa alla libera scelta degli interessati – il prezzo d'imperio di merci, servizi e prestazioni, di istituire casse di conguaglio dei costi e dei ricavi, ecc.", e, ancor di più, SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *Prezzi (disciplina pubblica dei)*, in *NDI*, 1966, vol. XIII, p. 829, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 2001, vol. II, p. 527 ss., ove si osserva (spec. p. 528) che la normazione in materia, sviluppatasi specificamente in periodi bellici o di carestia, "successivamente vive e spiega effetti svincolata (se così può dirsi) dall'accennata matrice originaria, e cioè senza riguardo al perdurare o meno della contingente situazione in cui venne ad esistenza o di altre per analogo verso necessitate o eccezionali, nella logica e nella prassi dell'interventismo sociale cui lo Stato dal Dopoguerra in avanti sempre più largamente ispira la propria azione politico-economica (...) la disciplina e il coordinamento dei prezzi, in via di immediata imperatività, ad opera di organi dell'esecutivo, si pongono come un momento istituzionale e una costante". Sulla determinazione in sede amministrativa dei prezzi vedi inoltre, tra gli altri: SERRANI, *Venticinque anni di determinazione autoritativa dei prezzi in Italia: il CIP*, in *GME*, 1970, 2, p. 15 ss.; ID., *Controllo dei prezzi in Italia*, in *Economia pubblica*, 1973, p. 3 ss.; ID., *Il controllo dei prezzi: progetto di riordino*, in *Le Regioni*, 1978, p. 357 ss.; BOSCO, *Il regime giuridico dei prezzi in congiuntura di inflazione*, Napoli, 1974; D'ANIELLO, SANDRI, *Problemi attuali dell'intervento pubblico sui prezzi*, in *RassP*, 1975; LA PECCARELLA, *Aspetti organizzatori e prassi amministrative nella disciplina dei prezzi*, in *Impresa, ambiente e p.a.*, 1977; DE FINA, *Controllo dei prezzi: il procedimento di revisione*, ivi; GIAMPAOLINO, *La tutela dei privati nei confronti della disciplina dei prezzi*, ivi; TRIMARCHI BANFI, *Comitati provinciali dei prezzi e leggi regionali di organizzazione*, in *Le Regioni*, 1981, p. 316 ss.; sulla natura dei provvedimenti prezzi cfr. almeno GUICCIARDI, *Natura e specialità dei provvedimenti prezzi del C.I.P.*, in *GI*, 1955, III, p. 85 ss.; ROMANO A., *Sulla c.d. generalità dei provvedimenti prezzi del C.I.P.*, in *FA*, 1960, p. 691 ss.; MERUSI, *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, ivi, 1961, II, p. 155 ss.; DE VERGOTTINI, *Determinazione dei prezzi e utilità private*, ivi, 1965, II, p. 180; SANTANIELLO, *Sulla natura giuridica dei provvedimenti C.I.P.*, in *RA*, 1963, p. 457 ss.; BASSI, *Alcune riflessioni sul regime di determinazioni autoritative dei prezzi*, in *RTDP*, 1978, p. 3 ss.; sulla incidenza del diritto comunitario (oltre alla giurisprudenza citata *infra*) cfr. COSTA, *Governo dei prezzi e Comunità Economica Europea*, in *RTDP*, 1977, p. 115, nonché BILANCIA, *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, Roma, 1984, p. 107 ss.

<sup>3</sup> Si allude al il disegno di legge costituzionale deliberato dal Consiglio dei Ministri il 9 febbraio 2011, nell'ambito della passata Legislatura, concernente *Modifiche agli artt. 41, 97 e 118*,

D'altro canto, l'analisi in macroprospettiva della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà economica privata e di legittimità delle relative limitazioni dimostra ulteriormente la flessuosità delle proposizioni di cui si compone la norma in esame e la sua adattabilità a diverse filosofie dell'intervento dello Stato nell'economia, o meglio a diversi livelli d'intensità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito delle iniziative economiche private<sup>4</sup>.

Sull'art. 41 Cost., ed in specie sul rapporto che intercorre tra i diversi commi di cui la disposizione si compone, vi sono diverse tesi interpretative.

Si è detto, per partire dalla lettura più caustica<sup>5</sup>, che il primo ed il terzo comma dell'art. 41 Cost. si pongono tra loro in insanabile contrasto, ragion

*comma quarto, della Costituzione.* In particolare, si proponeva di modificare l'art. 41 Cost., nei seguenti termini: “- L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. - Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con i principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. - La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed i cittadini prevedendo di norma controlli successivi”. Critiche e perplessità sulla immaginata riforma costituzionale possono ritrovarsi in AULETTA A., *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), cui sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti.

<sup>4</sup> Su questo aspetto, si rinvia anzitutto a TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *PD*, 1992, p. 1 ss.; per una rassegna più aggiornata sia consentito rinviare al mio *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso*, Napoli, 2012, p. 24 ss., dove in particolare si citano, tra le pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità di norme eccessivamente limitative della libertà di iniziativa economica di cui al primo comma dell'art. 41 Cost.: C. Cost., 16 dicembre 1958, n. 78, in materia di massimo impiego dei lavoratori agricoli; C. Cost., 21 maggio-3 giugno 1970, n. 78, in materia di consorzio obbligatorio tra le imprese operanti nel settore della produzione dei fiammiferi; C. Cost., 28 luglio 1993, n. 356; C. Cost., 28 ottobre-6 novembre 1998, n. 362, in materia di agenzie di viaggio; C. Cost., 6-26 giugno 2001, n. 207, in materia sistemi di qualificazione per la partecipazione a gare di appalti di lavori di una certa tipologia; mentre, tra le pronunce che hanno riconosciuto la legittimità di limitazioni dell'autonomia imprenditoriale a fronte di esigenze contingenti e settoriali di politica economica: C. Cost., 8 febbraio 1962, n. 5, in materia di ammasso obbligatorio del risone; C. Cost., 27 giugno 1975, n. 200, in materia di disciplina dei prezzi di largo consumo (d.l. n. 427 del 1973, conv. in l. n. 496 del 1975, dove si osserva che “l'eccezionalità del momento” e la “relativa brevità del periodo di blocco” sono tali da portare al rigetto delle sollevate questioni di costituzionalità; C. Cost., 26 giugno-5 luglio 1990, n. 316, in materia di poteri del commissario liquidatore di imprese operanti nel settore delle assicurazioni private; C. Cost., 10-22 giugno 2004, n. 176, resa in relazione alla sospetta incostituzionalità di una normativa regionale recante la sospensione del rilascio di nuove autorizzazioni per l'apertura di grandi strutture di vendita.

<sup>5</sup> SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969.

per cui l'intenzione del Costituente sarebbe stata quella di riconoscere una libertà economica *a metà*, siccome al contenuto potenzialmente illimitato del diritto riconosciuto dal primo comma fanno da riscontro le limitazioni che a tale diritto possono essere imposte e che, in ipotesi, potrebbero svuotare lo stesso di qualsivoglia contenuto, confinando la garanzia della libertà economica al ruolo di presidio di natura meramente formale.

Tuttavia appare preferibile una esegesi congiunta e “sinergica” dei tre commi dell'art. 41 Cost. – possibile come diremo, anche a fronte della sovrapposizione del diritto comunitario e del progressivo approfondirsi del processo di integrazione a livello normativo – che, capovolgendo la prospettiva tradizionale secondo cui l'art. 41 Cost. sarebbe, specie nelle previsioni dei commi 2 e 3, la fonte che legittima il sacrificio delle forze economiche individuali, giunge al contrario ad individuare in tale norma la “salvaguardia, per quanto remota, della libertà di impresa”<sup>6</sup>.

A tanto si perviene sulla base di una lettura della disposizione alla luce dei principi fondamentali esprimenti la formula politica dello Stato, contenuti negli artt. 1-4 Cost.

Ne discende che l'intervento dello Stato nell'economia, improntato ad una visione solidaristica dei rapporti sociali (e quindi anche di quelli economici), trova fondamento nelle norme che fissano la formula politica ed i suoi fini fondamentali; mentre l'art. 41 Cost. serve a circondare di garanzie questo intervento, posto che l'iniziativa, al di fuori dei limiti previsti dal secondo e dal terzo comma della disposizione, non sarebbe libera in senso assoluto.

In breve: l'art. 41 Cost., così interpretato, è strumentale alla realizzazione dell'indirizzo fondamentale dello Stato.

Applicando questo paradigma argomentativo (possibilità di limitare la libertà economica per la realizzazione di fini solidaristici) al tema in esame (imposizione autoritativa di prezzi di merci e servizi), è apparso chiaro alla dottrina che si è occupata della questione come venga in rilievo, nella specie, un “sicuro strumento di controllo diretto, nell'ambito ed ai fini d'una regolazione reciproca della domanda e dell'offerta in uno o più settori: sicché il ricorso ad essa appare del tutto naturale nel contesto d'una azione dei pubblici poteri volta alla (più o meno intensa) direzione dell'economia nazionale”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., spec. p. 105.

<sup>7</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *Prezzi (disciplina pubblica dei)*, in *NDI*, 1966, vol. XIII, p. 829, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. II, spec. p. 529.

Uno strumento d'azione della cui legittimità costituzionale non si dubitava, considerato che, al di là delle originarie finalità con cui furono previsti poteri generali di imposizione dei prezzi delle merci e dei servizi in capo al CIP (calmieramento e ripristino della concorrenza a fronte degli eventi bellici appena conclusisi e quindi di una situazione emergenziale), “la manovra dei prezzi può porsi anche in funzione propriamente dirigista, in conformità alle esigenze dello Stato sociale”<sup>8</sup>.

Per questa ragione, la disciplina autoritativa dei prezzi è stata ricollegata (e ritenuta conforme) al terzo comma dell'art. 41 Cost., piuttosto che al secondo comma (come ha fatto la Corte Costituzionale<sup>9</sup>), ammesso e non

<sup>8</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *Prezzi*, cit., p. 572.

<sup>9</sup> Si allude a C. Cost., 25 giugno 1957, n. 103. Innanzi alla Corte Costituzionale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 347 del 1944 e del d.l.c.p.S. n. 896 del 1047, ovvero dei provvedimenti normativi che attribuivano al C.I.P. (organo successivamente soppresso – l. n. 537 del 1993 –, con conseguente transito delle relative attribuzioni in capo al C.I.P.E. – d.P.R. n. 373 del 1994) poteri generali in materia di determinazione dei prezzi, per contrasto con l'art. 41 Cost.: il Giudice costituzionale, nel rigettare la questione, ha incentrato la *ratio decidendi* sulla violazione del secondo comma piuttosto che del terzo comma dell'art. 41 Cost. Ed infatti: “dalla richiamata legislazione sulla disciplina dei prezzi esula ogni intento di attribuire ai comitati prezzi funzioni di carattere dirigistico, considerate dal detto terzo comma. L'attenzione va invece portata sul secondo comma (...). Questo divieto di contrastare con l'utilità sociale e le sue finalità legittima l'intervento legislativo dello Stato (...) e le relative misure protettive del benessere sociale e, contemporaneamente, restrittive della privata iniziativa”. E ancora: “lo scopo assegnato al comitato interministeriale e ai comitati provinciali non è già quello di attuare una regolamentazione dell'economia del Paese, in ossequio ad un piano generale che condizioni direttamente o indirettamente ogni attività privata in vista del conseguimento di determinati fini economico-politici, ma bensì l'unificazione e perequazione di talune merci, servizi e prestazioni, al fine di tutelare in un mercato internazionale ed interno ancora turbato dallo sconvolgimento prodotto dalla economia di guerra, la stabilità della moneta e il valore reale dei salari”. In senso critico si è osservato (SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *Prezzi*, cit., 571) che “è la premessa circa gli intenti della legislazione sui prezzi che non può non suscitare dissenso”: ed infatti “è certo (...) che l'impostazione della Corte appare ancorata ad un periodo storico (immediato dopoguerra) le cui esigenze possono avere occasionato la normazione in parola ma dal quale questa può e deve nella sua oggettività essere svincolata. E altrettanto sicuro è che dalla legislazione sui prezzi non si trae alcun indice a favore della limitazione del compito dei comitati al mero calmieramento e ripristino della libera concorrenza: poichè è vero all'opposto che la manovra sui prezzi può porsi anche in funzione propriamente dirigistica, in conformità alle esigenze dello Stato sociale. Ed è appena sufficiente sottolineare che anche in questa funzione la disciplina autoritativa sui prezzi va considerata (...) costituzionalmente legittima (...) appunto in rapporto al III comma dell'art. 41 Cost., che la Corte stessa riconosce quale norma legittimante questi tipi di più penetrante ingerenza”. Va ricordato che successivamente l'eccezione di incostituzionalità della normativa in questione, sollevata stavolta

concesso che di questi due commi possa fornirsi una lettura disgiunta “fondata sulla diversa ‘quantità’ e finalizzazione dell’intervento che essi rispettivamente consentono”<sup>10</sup>.

Appare comprensibile per quale motivo, allorché è stata chiamata a pronunciarsi (rigettandola) sulla questione di legittimità costituzionale della norma in tema di prezzi d’imperio per la vendita al pubblico di medicinali (art. 125 TU delle leggi sanitarie), la Corte Costituzionale abbia individuato la relativa *ratio* nell’esigenza “di tutelare il pubblico sia da speculazioni che potrebbero verificarsi in caso di emergenza con la rarefazione dei medicinali, sia da inconvenienti collegati al regime della libera concorrenza, che porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose, e perciò con risultati terapeutici che potrebbero recare nocimento alla salute dei cittadini”<sup>11</sup>.

L’esigenza di tutela della salute ha giustificato il ricorso a misure restrittive della libertà economica attuate attraverso un intervento autoritativo sui prezzi dei farmaci, posto in essere dall’amministrazione sulla base della legge – atteso il carattere relativo della riserva contenuta nell’art. 41, comma 3, Cost.

Si è ritenuto che, se si tratta di salvaguardare un valore preminente, annoverabile tra i suoi fini fondamentali, lo Stato può intervenire in vari modi a limitare la libertà di iniziativa economica, altrimenti piena, e condizionarla nella misura necessaria alla suddetta esigenza di salvaguardia: se necessario, lo Stato può intervenire anche stabilendo autoritativamente il prezzo di beni e servizi, così sottraendo la relativa determinazione all’autonomia negoziale delle parti, e, in un quadro macroeconomico, al mutevole atteggiarsi dell’equilibrio tra domanda ed offerta: in sintesi, può sottrarre la determinazione di tale elemento del contratto alle leggi del mercato.

Alla stregua dell’originario impianto costituzionale, pertanto, interventi statali del tipo di quelli di cui si tratta sono certamente (stati ritenuti) ammissibili e legittimi.

con riferimento all’art. 23 Cost., è stata ritenuta manifestamente infondata da Cons. St., Sez. IV, 13 novembre 1963, n. 754 (CS, 1963, I, 1585) e da C. Cost., 9 marzo 1959, n. 13/o. e 23 marzo 1964, n. 27/o. (*ivi*).

<sup>10</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *loc. ult. cit.*

<sup>11</sup> La Corte svolge questo argomento per così dire in via subordinata: ed infatti la questione di legittimità costituzionale è stata rigettata sulla scorta del rilievo che la vendita di medicinali da parte del farmacista non può essere fatta rientrare tra le “attività economiche considerate dall’art. 41 della Costituzione”.

Con la sovrapposizione del diritto comunitario ed il progressivo approfondirsi del processo di integrazione comunitaria, ci si è interrogati, in termini generali, sul se i principi scolpiti nell'art. 41 Cost. potessero considerarsi fondamentali, tanto da poter resistere a norme comunitarie con essi (almeno parzialmente) distoniche.

La soluzione positiva, fornita da taluno<sup>12</sup>, riposa sulla negazione che la norma costituzionale in esame possa ritenersi un tutto unitario, e segnatamente che la libertà riconosciuta dal primo comma sia equiparata alle norme che prevedono limiti e condizionamenti a quella libertà: solo riconoscendo al primo comma il valore di principio fondamentale ed ai commi successivi una semplice funzione ancillare e servente – come peraltro accade con riferimento ad altre libertà costituzionali<sup>13</sup> – il contrasto con i postulati del diritto comunitario, di chiara marca liberista, può essere stemperato, e quindi superato.

Fatte queste precisazioni, si può ritenere che non solo il primo, ma anche il secondo e il terzo comma dell'art. 41 Cost., sono in linea con la Costituzione economica europea, donde, con riferimento a questi ultimi, sarebbe più appropriato parlare della necessità di praticare una loro lettura adeguata, “alla luce di un ripristino del corretto rapporto tra Stato e mercato nell'ambito di una comune economia sociale di mercato”<sup>14</sup>, piuttosto che della relativa tacita abrogazione.

Anche nell'ottica comunitaria, pertanto, il mercato non è (necessariamente) lasciato a sé stesso, ma può essere regolamentato, al fine di indirizzarlo verso la realizzazione di fini sociali<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, cit., spec. p. 102 ss.

<sup>13</sup> Vedi in questo senso PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *GCost.*, 1979, I, p. 1219.

<sup>14</sup> SPATTINI, *op. ult. cit.*, p. 109.

<sup>15</sup> Si ricordi al riguardo l'assunto fondamentale della dottrina economica di Pareto: la configurazione ottimale del sistema economico (c.d. ottimo paretiano) si ha quando non è possibile migliorare la situazione di qualcuno senza peggiorare quella di qualcun altro. Tale assunto viene utilizzato per spiegare teoremi fondamentali dell'economia di benessere: il primo teorema fondamentale di tale dottrina afferma che ogni configurazione derivante da un equilibrio competitivo è ottima in senso paretiano; il secondo che una configurazione del sistema economico Pareto ottimale può essere ottenuta come risultato di un equilibrio competitivo alterando opportunamente la distribuzione iniziale del reddito. L'equilibrio competitivo in altre parole garantisce una configurazione efficiente del sistema, ma non una configurazione equa. Oltre a tale distribuzione non equa, potrebbe anche accadere che vi sia una configurazione sub-ottimale del sistema economico, ossia il primo teorema fondamentale, prima esposto, potrebbe non rea-

Fini sociali che trovano adeguata menzione nel Trattato UE, ed in specie nell'art. 3, comma 3, da cui si ricava un sistema strutturato in termini "di una economia sociale di mercato in regime di concorrenza tra imprese e in un quadro di stabilità economico-finanziaria (...), anche qui peraltro mediante cospicue salvaguardie sociali"<sup>16</sup>, nell'ottica di uno sviluppo sostenibile.

Non è in dubbio, cioè, che la realizzazione di un mercato unico improntato ad un assetto concorrenziale sia un obiettivo fondamentale dell'Unione europea; è certo però che tale obiettivo non può essere realizzato a costo di pregiudicare altri interessi rilevanti, la cui sussistenza potrebbe, in ipotesi, giustificare l'istituzione o il mantenimento di regimi restrittivi delle libertà comunitarie<sup>17</sup>.

La giurisprudenza comunitaria in tema di libera circolazione delle merci e dei servizi ha da tempo formulato, con particolare riferimento alla individuazione delle restrizioni che possono essere ritenute legittime, la nozione

lizzarsi in corrispondenza di un fallimento del mercato. I principali casi di fallimento del mercato, che lo Stato del benessere ha il compito di fronteggiare, sono: insufficiente distribuzione dei beni pubblici, esternalità negative (cioè costi di produzione che il produttore non sopporta e che sono posti a carico della collettività o di specifici gruppi sociali o territoriali), asimmetria informativa, strutture di mercato mono-oligopolistiche; disoccupazione di lungo periodo. La crescita a dismisura di istanze di redistribuzione e stabilizzazione economica avrebbe quindi determinato la crisi del *welfare State* e sarebbe causa della progressiva inefficienza dello stesso. Secondo CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 24, un aspetto di incompletezza (e quindi una causa del fallimento) del *welfare state* all'italiana deve essere individuato nell'assenza di politiche di sostegno all'occupazione. Si osserva infatti che "mentre gli interventi per l'occupazione, in altri paesi, sono diretti a tutti (anche agli inoccupati, e non solo ai disoccupati) hanno carattere di *entitlements* (termine americano con il quale si indicano i diritti dei cittadini a prestazioni gratuite o semigratuite dei pubblici poteri, esercitabili automaticamente, in base alla legge, al verificarsi di determinati eventi), in Italia, nonostante le disposizioni dell'art. 4 della Costituzione, gli interventi della Cassa integrazione guadagni straordinaria (che è il principale strumento a favore dell'occupazione) sono diretti solo a favore dei disoccupati (coloro che avevano un lavoro e l'hanno perduto) e hanno carattere discrezionale (sono decisi da un organo governativo)".

<sup>16</sup> SPATTINI, *op. ult. cit.*, p. 108.

<sup>17</sup> Con riferimento ad una disciplina che determini il prezzo (minimo o massimo) di una determinata merce o di un determinato servizio è stato osservato che essa "come tale (...) non costituisce una misura di effetto equivalente; lo può tuttavia diventare in presenza di determinate condizioni. Si può verificare, ad esempio, che una regolamentazione stabilisca un prezzo minimo, ad un livello tale che il prodotto (o il servizio, n.d.s.) importato non riesca a sfruttare costi inferiori di produzione (o realizzazione, n.d.s.) ed a farne beneficiare il consumatore". In questi termini v. TESAURO, *Diritto comunitario*, III ed., Padova, 2003, spec. pp. 411-412. Si rinvia, per quanto attiene al caso dei costi minimi del servizio di autotrasporto a quanto detto *infra* al par. 2.

di motivo imperativo di carattere generale giustificativo della limitazione, sempreché sia rispettato il principio di proporzionalità, in linea con i noti enunciati della storica pronuncia *Cassis de Dijon*<sup>18</sup>.

In particolare, si è ricorsi a questa costruzione allorché sono venute in rilievo misure c.d. indistintamente applicabili, cioè formalmente non discriminatorie, ma aventi nella sostanza un effetto protezionistico, da valutarsi alla stregua di un intollerabile ostacolo alla piena esplicazione delle libertà comunitarie, sempre che non fosse ravvisabile un motivo imperativo di carattere generale idoneo a giustificare l'adozione o il mantenimento della misura<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Relativamente alla libera circolazione di merci, cfr.: C. Giust., 31 marzo 1993, in causa C-19/92, *Kraus*; C. Giust., 12 dicembre 2002, in causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*; C. Giust., 15 maggio 1997, in causa C-250/95, *Futura Participations e Singer*; 21 settembre 1999, in causa C-307/97, *Saint Gobain* (pronuncia ove si chiarisce che tra le ragioni rilevanti non vi è la riduzione delle entrate fiscali; mentre rileva l'esigenza di preservare la coerenza del regime fiscale: C. Giust., 28 gennaio 1992, in causa C-204/90, *Bachmann*; ovvero la lotta contro l'evasione fiscale: C. Giust., 8 marzo 2001, in cause C-397 e 410/98; ovvero ancora l'efficacia dei controlli fiscali: C. Giust., 15 maggio 1997, in causa C-250/95, *Futura Participations e Singer*, cit.); relativamente alla libera circolazione dei servizi, cfr.: C. Giust., 25 luglio 1991, in causa C-288/89, *Gouda*; C. Giust., 25 luglio 1991, in causa C-79/90, *Sager*; C. Giust., 21 settembre 1999, in causa C-124/97, *Laara*; C. Giust., 21 ottobre 1999, in causa C-67/98, *Zenatti*; 15 dicembre 2000/o., in causa C-88/98, *Merlo*; 18 gennaio 1979, in cause C-110 e 111/78, *Van Wesemael*; C. Giust., 18 marzo C. Giust. in causa 62/79, *Coditel*; C. Giust., 17 dicembre 1981, in causa 279/80, *Webb*; C. Giust., 3 febbraio 1982, in causa C-62-63/81, *Seco*; C. Giust., 27 marzo 1990, in causa C-113/89, *Rush Portuguesa*; 7 febbraio 2002, in causa C-279/00, *Commissione c. Italia*; 17 ottobre 2002, in causa 79/01, *Payroll Data Services*; C. Giust., 4 dicembre 1986, in causa C-220/83, *Commissione c. Francia*; 4 dicembre 1986, in causa C-250/83, *Commissione c. Germania*; C. Giust., 9 luglio 1997, in cause C-34-36/95, *De Agostini e a.*; C. Giust., 1° dicembre 1998, in causa C-410/96, *Ambry*; C. Giust., 26 febbraio 1991, in causa C-180/90, *Commissione c. Italia*; C. Giust., 26 febbraio 1991, in causa C-154/89, *Commissione c. Francia*; C. Giust. 26 febbraio 1991, in causa C-198/89, *Commissione c. Grecia*.

<sup>19</sup> Alla giurisprudenza sinteticamente richiamata fa riferimento *per relationem* il considerando n. 40 della dir. 123/2006, dove si prevede che il mantenimento di regimi autorizzatori (quindi il mantenimento di un limite all'accesso del privato all'attività economica) debba essere giustificato dalla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale, tra cui vengono indicati a titolo esemplificativo: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella



Con specifico riguardo alla sicurezza stradale, la giurisprudenza comunitaria è consolidata nell'individuare in essa un motivo imperativo di interesse generale agli effetti sopra considerati<sup>20</sup>, a condizione – si ripete – che la misura risulti proporzionale alla realizzazione dell'esigenza di tutela evidenziata<sup>21</sup>.

Volendo compendiare: le misure che incidono sulla determinazione dei prezzi delle merci e dei servizi costituiscono una leva di cui il pubblico potere può servirsi (e si è servito) non solo a fronte di situazioni emergenziali, ma, come insegna l'esperienza dei decenni in cui le politiche del nostro Paese sono state più marcatamente interventiste, anche per fungere, in senso lato, da strumento di direzione dell'economia; esse si pongono in linea con il quadro costituzionale, nella sua originaria connotazione, ed in specie con l'art. 41, comma 3, Cost.; l'avvento del diritto comunitario determina un ridimensionamento dell'istanza interventista, ma non la sua totale obliterazione, come dimostrato dall'attenzione da ultimo riservata nei Trattati, fin dalle enunciazioni di principio, alla "economia sociale di mercato"<sup>22</sup>, nonché dalla giurisprudenza comunitaria in tema di motivo imperativo di interesse generale; le libertà possono subire limitazioni allorché si tratti di salvaguardare un interesse di tal fatta, tra cui, in astratto, cioè salvo considerare l'idoneità della misura rispetto allo scopo<sup>23</sup>, rientra anche la sicurezza stradale.

società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria.

Sulla progressiva eliminazione dei regimi autorizzatori ovvero sulla loro sostituzione con modelli di tipo autoconformativo, con specifico riferimento alle attività contemplate dalla direttiva 2006/123, prima citata, cfr. anche per ulteriori riferimenti LIGUORI, *Libertà economiche e funzione amministrativa*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, p. 89 ss.

<sup>20</sup> V., in particolare, C. Giust., 5 ottobre 1994, in causa C-55/93, *Van Schaik*, punto 19; C. Giust., 12 ottobre 2000, in causa C-314/98, *Snellers*, punto 55; C. Giust., 5 giugno 2008, in causa C-170/07, *Commissione c. Polonia*, punto 49.

<sup>21</sup> C. Giust., 15 marzo 2007, in causa C-54/05, *Commissione c. Finlandia*, punto 38; C. Giust., 20 settembre 2007, in causa C-297/05, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 75.

<sup>22</sup> Si tratta di una acquisizione successiva al Trattato di Lisbona. In precedenza il Trattato di Maastricht faceva riferimento ad una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza. Sul punto si v. ACOCELLA, *Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economia: il principio di concorrenza*, in D'AMICO-RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, p. 96 ss.

<sup>23</sup> Si ricordi al riguardo quanto notato da STELLA RICHTER, *Urbanistica e libertà*, in DA,

2. *L'autotrasporto di merci per conto terzi: dalla liberalizzazione del 2005 al sistema vincolistico introdotto dall'art. 83-bis, d.l. n. 112 del 2008*

Ciò chiarito siamo in grado di meglio comprendere la vicenda che ha riguardato la normativa italiana in materia di costi minimi del trasporto di cose per conto terzi<sup>24</sup>.

1997, p. 374, ad avviso del quale “l'autorità può stabilire ciò che è indispensabile stabilire nell'interesse della comunità ma non di più; l'affermazione autoritativa è uno spazio essenziale del vivere in società, ma è pur sempre un sacrificio della libertà, come tale da imporre nei limiti dello stretto necessario”.

<sup>24</sup> Sul tema, cfr. MERUSI, *Sul regime giuridico del trasporto su strada (1979)*, in *Scritti in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, vol. III, p. 351 ss. Per quanto relative ad un quadro normativo in seguito profondamente mutato, le riflessioni svolte dal chiaro A. conservano una notevole attualità nella parte in cui si prospettano i diversi modelli di regolazione della materia dell'autotrasporto merci per conto terzi. In specie, si tratta: a) del modello improntato alla massima libertà, la cui disciplina è interamente lasciata al governo del diritto privato; b) del modello della disciplina pubblicistica dell'impresa, al fine di assicurare, specie sotto il profilo dei requisiti soggettivi, un pregnante controllo dell'autorità pubblica, fermo restando il carattere pienamente concorrenziale (cioè aperto) del relativo mercato; c) il modello della disciplina quantitativa dell'attività (spec. 352-353) che “segna il passaggio del trasporto su strada per conto terzi nell'ambito del diritto pubblico” e dove “lo strumento giuridico adottato per controllare quantitativamente il trasporto è (...) il divieto generale con riserva di autorizzazione”. In questo modello “attraverso la manovra del numero delle autorizzazioni che vengono date (...) è possibile controllare, sia pure in termini approssimati, il volume del trasporto su strada”; d) il sistema del mercato regolato da una pubblica autorità, che si connota per: d1) la disciplina pubblicistica della preparazione professionale degli operatori di settore e della conformazione soggettiva dell'impresa che esercita tale attività; d2) l'autorizzazione per fare ingresso nel mercato; d3) disciplina pubblicistica delle tariffe per impedire gli effetti negativi della concorrenza; d4) governo dell'intero settore da parte di organi collegiali della Pubblica Amministrazione ai quali partecipano rappresentanti della categoria imprenditoriale interessata (per far sì che “le correzioni del mercato avvengano nell'interesse degli operatori”: v. 354). L'A. riporta la disciplina introdotta dalla l. n. 298 del 1974 a quest'ultimo modello, il cui cardine si apprezza nella creazione dell'albo degli autotrasportatori “il quale adempie a funzioni di accertamento dei requisiti soggettivi di coloro che intendono esercitare l'attività di autotrasporti per conto terzi” (*ibidem*); sotto altro profilo (che a noi interessa particolarmente), la stessa legge ha previsto l'istituzione di tariffe obbligatorie secondo il modello “a forcilla”, nel senso che sono predeterminati in via amministrativa un minimo ed un massimo entro cui gli operatori possono muoversi nella determinazione del singolo corrispettivo contrattuale. Nella composizione degli organi preposti alla determinazione della forcilla era prevista la partecipazione di rappresentanti degli operatori del settore: nondimeno “i pubblici funzionari sono in maggioranza e ciò serve a rimarcare la prevalenza dell'interesse generale statale sull'interesse di categoria, ma la rappresentanza della categoria è in misura tale da esprimere, non soltanto l'introduzione di un interesse settoriale nell'ambito di un procedimento decisionale amministrativo, ma l'esigenza di un vero e proprio co-governo tra Stato ed interessi imprenditoriali settoriali nella gestione amministrativa

La relativa disciplina ha disegnato una parabola che ha intercettato, nel breve volgere di un decennio, gli estremi della liberalizzazione piena e della regolazione *ab externo* in vista della realizzazione di un motivo imperativo di interesse generale (principalmente, ma non solo, la sicurezza stradale): di qui il suo carattere emblematico, cui si faceva riferimento in apertura, poiché, anche in un'epoca caratterizzata da politiche schiettamente liberiste, il momento dell'autorità viene al più ridimensionato, rimanendo pur tuttavia sempre presente, e semmai assumendo forme diverse da quelle tradizionali (emblematico in tal senso l'esempio dei regimi autorizzatori).

La l. n. 32 del 2005 ha fissato, in linea con la regolamentazione comunitaria<sup>25</sup>, i principi e i criteri direttivi alla stregua dei quali attuare, nell'ambito del settore dell'autotrasporto di merci, una "liberalizzazione regolata": tra questi spicca "il superamento del sistema delle tariffe obbligatorie a forcilla per l'autotrasporto di merci" e la definizione di un sistema fondato sulla "libera contrattazione dei prezzi per i servizi" suddetti (art. 2, comma 2, lett. b), nn. 1 e 2 della l. n. 32 del 2005, citata).

In attuazione della delega, il Governo ha adottato i d.lgs. nn. 284 e 286 del 2005, tesi alla riorganizzazione della disciplina in materia alla luce dell'obiettivo di liberalizzazione regolamentata di cui si è detto.

Con il primo dei citati decreti, per un verso, è stato attribuito alla Con-

di un mercato sottoposto a regolamentazione sia soggettiva che oggettiva". Proprio sulla scorta del rilievo che i rapporti di forza all'interno dell'organismo di settore erano invertiti, essendo preponderante il peso dei latori dell'interesse pubblico, nella sentenza sul caso Librandi (v. *infra*) la Corte (sentenza 1° ottobre 1998) aveva fatto salva la normativa in questione. Il dato va sottolineato in quanto, come meglio si dirà, buona parte della più recente pronuncia Corte di Giustizia sul contrasto con il diritto comunitario del sistema di etero-determinazione delle tariffe introdotto dall'art. 83-*bis*, d.l. n. 112 del 2008 ruota intorno alla constatazione che, essendo l'organismo preposto a tale quantificazione per lo più composto da rappresentanti degli operatori, con conseguente prevalenza dell'interesse particolare su quello generale, le relative determinazioni devono essere riguardate alla stregua di accordi orizzontali, con effetti anticoncorrenziali.

<sup>25</sup> Il regolamento n. 4058 del 1989 del Consiglio prevede che i prezzi per i trasporti di merci su strada sono concordati liberamente, in quanto (cfr. il considerando n. 3), è questo il "regime tariffario più adatto alla creazione di un mercato libero degli autotrasporti (...), nonché alle finalità del mercato interno e all'esigenza di istituire un sistema di tariffazione uniformemente applicabile all'insieme della Comunità"; il regolamento n. 1072 del 2009 del Consiglio chiarisce, al considerando n. 4, che la "instaurazione di una politica comune dei trasporti comporta l'eliminazione di qualsivoglia restrizione nei confronti del prestatore di servizi di trasporto fondata sulla nazionalità o sul fatto che è stabilito in uno Stato membro diverso da quello i cui servizi devono essere forniti". Il regolamento da ultimo citato, poi, disciplina l'accesso al mercato in questione, attraverso la previsione di una licenza comunitaria al trasportatore e di un attestato di conducente.

sulta per l'Autotrasporto e la Logistica il potere di svolgere "attività propositiva, di studio, di monitoraggio, di consulenza delle autorità politiche per la definizione delle politiche di intervento e delle strategie di governo nel settore dell'autotrasporto e della logistica" (art. 4, comma 1); per altro verso, si è proceduto alla istituzione dell'Osservatorio sull'Attività di Autotrasporto, quale organo della Consulta, cui è attribuita la funzione "di monitoraggio sul rispetto delle disposizioni in materia di sicurezza della circolazione e di sicurezza sociale".

Con riferimento al d.lgs. n. 286 del 2005, assume particolare interesse, nella nostra prospettiva, la disposizione contenuta nell'art. 4, comma 1, secondo cui la determinazione dei corrispettivi per l'esercizio dell'autotrasporto di merci su strada è lasciata alla "libera contrattazione delle parti che stipulano il contratto di trasporto", previsione cui si accompagna la comminatoria della nullità delle "clausole dei contratti di trasporto che comportano modalità e condizioni di esecuzione delle prestazioni contrarie alle norme sulla sicurezza della circolazione stradale".

Alla liberalizzazione del sistema tariffario attuata nel 2005 fa da riscontro la disposizione dell'art. 83-bis del d.l. n. 112 del 2008 (conv. in l. n. 133 del 2008), che si fonda, rispetto alla scelta di lasciare la determinazione del prezzo interamente affidata alla fluttuazione della domanda e dell'offerta, su un diverso dosaggio degli elementi della "autorità" e della "libertà": con la disposizione appena citata, infatti, è stato reintrodotta un sistema di etero-determinazione delle tariffe (similmente a quanto accadeva nel regime di cui alla l. n. 298 del 1974<sup>26</sup>), in quanto si è attribuito all'Osservatorio il potere di stabilire i c.d. costi minimi di esercizio, sia pure con riferimento ai soli contratti stipulati senza la forma scritta.

Per quelli stipulati per iscritto, in una prima fase, la regola della libera determinazione del prezzo del servizio ha conservato la sua validità: ciò nondimeno, con il d.l. n. 103 del 2010 (conv. in l. 127 del 2010) ed il d.l. n. 138 del 2011 (conv. in l. n. 148 del 2011), è stata obliterata qualsiasi distinzione tra contratti scritti e non, con conseguente estensione del potere dell'Osservatorio di incidere sulla determinazione del costo minimo del servizio anche con riferimento ai primi (laddove a tanto non si sia provveduto in sede di accordi volontari: v. *infra*).

Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 83-bis, come modificato nel 2010 e nel

<sup>26</sup> Vedi *retro* nota 24.

2011 e senza considerare la modifiche da ultimo disposte dalla l. stabilità per l'anno 2015 (v. *infra*), l'Osservatorio, sulla scorta di un'indagine a campione e tenuto conto delle rilevazioni effettuate mensilmente dal Ministero dello sviluppo economico sul prezzo medio del gasolio per autotrazione, determina(va) mensilmente il costo medio del carburante per chilometro di percorrenza e, conseguentemente, con riferimento alle diverse tipologie di veicoli, indica(va) la quota espressa in termini percentuali dei costi di esercizio dell'impresa di autotrasporto per conto terzi (cfr. commi 1 e 2 dell'art. 83-*bis* citato, commi oggi abrogati).

Cruciale, ai fini che interessano, la disposizione contenuta nel comma 4 (da ultimo interamente riscritta tenuto conto della posizione espressa dalla giurisprudenza comunitaria: v. *infra*), che nella versione vigente tra il 2011 ed il 2014 stabiliva che "l'importo a favore del vettore deve essere tale da considerare almeno la copertura dei costi minimi di esercizio", al dichiarato (ma discusso sotto il profilo dell'idoneità dello strumento utilizzato) fine "di garantire la tutela della sicurezza stradale e la regolarità del mercato dell'autotrasporto di merci per conto terzi".

Per essere precisi, la determinazione dei costi minimi di esercizio veniva, per i contratti scritti, affidata in prima battuta agli accordi delle associazioni di categoria (c.d. accordi volontari) e, subordinatamente alla mancata stipula di questi, trovava applicazione la disciplina vincolistica che affidava all'Osservatorio il potere di determinare tali costi (art. 83-*bis*, comma 4-*bis*, nella versione che stiamo esaminando).

La regola della libera determinazione del prezzo, sancita a livello comunitario, e, poi, a livello nazionale con i provvedimenti normativi del 2005 citati, restava confinata ad un ambito marginale, ossia al caso in cui "le prestazioni siano effettuate entro il limite di cento chilometri giornalieri" (art. 83-*bis*, comma 4-*quater*, nella versione che stiamo esaminando).

Sulla scorta della richiamata normativa, l'Osservatorio, in data 2 novembre 2011, ha adottato una serie di tabelle recanti l'indicazione di voci di costo chilometrico ripartite per cinque classi di veicoli a seconda della massa complessiva a pieno carico, nonché proceduto alla determinazione dei criteri sulla cui base adeguare periodicamente detta indicazione.

Così ripercorso, in breve, il quadro normativo vigente fino al recente passato, occorre dare contezza delle diverse posizioni assunte dal Ministero dei trasporti e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in merito alla compatibilità comunitaria di tale normativa.

Per il primo<sup>27</sup> la soluzione positiva va argomentata dal rilievo che, con l'art. 83-*bis*, è stato predisposto un sistema di determinazione dei costi minimi e cioè del “limite minimo al di sotto del quale il corrispettivo non può scendere senza con ciò compromettere la copertura di spese di esercizio vitali per l'esistenza dell'impresa con la conseguenza che ne sarebbero compromessi i livelli di sicurezza, perché le imprese, per coprire tali spese, potrebbero essere indotte a non rispettare la normativa sui tempi di guida e di riposo e le norme sull'efficienza dei veicoli”.

Per la seconda<sup>28</sup> le disposizioni dell'art. 83-*bis* “non rappresentano in concreto uno strumento idoneo a garantire standard qualitativi e di sicurezza nella fornitura dei servizi di autotrasporto, limitandosi a irrigidire e sottrarre alla libera contrattazione delle parti una serie significativa di condizioni contrattuali in relazione alle quali (...) dovrebbero invece tipicamente esplicitarsi le dinamiche concorrenziali”, e, ancora, esse comportano “un regime amministrato dei prezzi estremamente invasivo, con interventi operanti su base mensile per la fissazione di determinate voci di costo”, che si pone in contrasto “con i principi fondamentali della disciplina comunitaria”, con conseguente disapplicabilità delle stesse.

In altra occasione<sup>29</sup>, la stessa Autorità ha evidenziato che il sistema in esame mostra dei profili di incompatibilità con i principi espressi dall'art. 3, commi 8 e 9, d.l. n. 138 del 2011, laddove si prevede l'abrogazione di norme suscettibili di creare restrizioni anticoncorrenziali (comma 8) quali “l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale” (comma 9, lett. h).

Infine, tra le *Proposte di riforma concorrenziale ai fini delle legge annuale per il mercato e la concorrenza*<sup>30</sup>, vi è quella tesa alla “eliminazione delle misure che agevolano la fissazione di tariffe minime”, ed in specie della previsione contenuta nell'art. 83-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, “nella misura in cui essa impone, o comunque agevola, la fissazione di tariffe minime per i servizi di autotrasporto”.

<sup>27</sup> Ufficio di gabinetto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, lettera prot. n. 11466 del 21 marzo 2012.

<sup>28</sup> Parere del 5 marzo 2012, AS 913, rinvenibile in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>29</sup> Relazione annuale relativa al 2011, p. 172, *ivi*.

<sup>30</sup> Pubblicato sempre sul sito istituzionale dell'Autorità in data 9 gennaio 2012.

### 3. La rimessione alla Corte di giustizia e la pronuncia del giudice comunitario

Il ricordato provvedimento di determinazione dei costi minimi da parte dell'Osservatorio è stato impugnato, unitamente agli atti consequenziali, da un lato, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>31</sup>, e, dall'altro,

<sup>31</sup> Una delle ordinanze di rimessione è stata infatti propiziata dal ricorso presentato dall'AGCM ai sensi dell'art. 21-bis, l. n. 287 del 1990. Si tratta, come è noto, della disposizione, introdotta nel tessuto della legge istitutiva dell'Autorità dall'art. 35, d.l. n. 201 del 2011 (c.d. Salva Italia), che, al primo comma, riconosce ad essa Autorità la legittimazione a ricorrere avverso "gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato"; il secondo comma, invece, disciplina le modalità procedurali da seguire per esercitare il potere di cui al primo comma, in particolare subordinando la proponibilità del ricorso alla previa espressione di un parere di un parere motivato, indirizzato all'amministrazione autrice del provvedimento sospetto, contenente specifici rilievi delle violazioni riscontrate, ed alla mancata conformazione, da parte dell'amministrazione interessata, a tale parere. Orbene, nell'ordinanza 15 marzo 2013, n. 2720 (in *FA TAR*, 2013, 1587, con nota di CAPPALÌ), si rileva, sulla scorta di una lettura congiunta dei due commi della disposizione, che "la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone (...) come *extrema ratio* anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni; privilegiando piuttosto modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale, riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni". La questione preliminare che si è posta al Collegio remittente attiene alla necessità di ripercorrere l'iter procedura prima sinteticamente ricordato anche laddove si tratti di proporre un ricorso per motivi aggiunti, nell'ipotesi in cui il previo parere sia già stato emesso (e disatteso dall'amministrazione) prima della proposizione del ricorso principale: la soluzione indicata dal Tar Lazio è nel senso di escludere, nel caso descritto, la necessità di ripetizione del modulo procedimentale di cui al secondo comma, poiché una scelta di carattere diversa si mostrerebbe evidentemente antieconomica, anche in considerazione del fatto che il ricorso per motivi aggiunti è diretto a gravare atti che si pongono in rapporto di connessione soggettiva ed oggettiva con il provvedimento impugnato in via principale, onde esprimono (ed anzi approfondiscono) una lesione dell'interesse protetto del medesimo tipo. Altra questione rilevante trattata nell'ordinanza di rimessione prima citata è quella che attiene alla compatibilità costituzionale della norma, nel punto in cui introdurrebbe una sorta di "azione d'ufficio", disancorata dalla lesione di un interesse proprio del ricorrente, e riconducibile piuttosto allo schema di una giurisdizione di tipo oggettivo, asseritamente in contrasto con gli artt. 34, 103 e 113 Cost. I dubbi di costituzionalità appena delineati sono fugati dal Collegio sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata della norma, la quale, lungi dal prevedere una eccezionale ipotesi di giurisdizione di tipo oggettivo, sarebbe tesa a delineare "un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate, benché soggettivamente riferite ad una autorità pubblica"; nella specie "l'interesse, alla cui tutela l'azione prevista dall'art. 21 bis in capo all'Autorità Antitrust è finalizzata, assume i connotati dell'interesse ad un bene della vita: il corretto funzionamento del mercato come luogo nel quale trova esplicazione la libertà di iniziativa economica

da Confindustria, da numerose Federazioni e Associazioni ad essa aderenti nonché da alcune società.

Con distinte ordinanze (conformi nel contenuto), il Tar Lazio<sup>32</sup>, innanzi al quale erano stati proposti i suddetti ricorsi, ha rimesso alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali:

– se la tutela della libertà di concorrenza, della libera circolazione delle

privata (...), un bene della vita, dunque, che non si risolve nel mero interesse generale al rispetto delle regole ed alla legalità dell'azione amministrativa (...), ma che assume una specifica dimensione sostanziale, che si concretizza e si specifica nelle diverse fattispecie nelle quali trovano applicazione le norme a tutela del buon funzionamento del libero mercato". Tale interesse "viene ad atteggiarsi come pubblico o privato a seconda del soggetto che ne è portatore nelle diverse fattispecie in cui viene in rilievo l'esigenza primaria di garanzia della concorrenza: e proprio detto interesse, che è pubblico nella tutela apprestata dalle norme che fissano i poteri e le attribuzioni dell'AGCM, vale a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21 bis citato. Sulle problematiche poste dalla disposizione in esame, e sulle diverse tesi formulate riguardo alla relativa interpretazione, cfr. almeno, per il filone "oggettivista": CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità Indipendenti*, in *GDA*, 2012, 1022 ss.; CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità Indipendenti? Spunti di riflessione intorno all'art. 21-bis della legge n. 287 del 1990*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della l.287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato. Ovvero: prime riflessioni sul nuovo protagonismo processuale dell'autorità antitrust, tra il Minosse di Dante ed il giudice di De André*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'autorità antitrust italiana*, contributo per la X edizione del Convegno "Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto dell'Unione Europea", Treviso 17-18 maggio 2012; per il filone "soggettivista": SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, Relazione al Convegno "Le Autorità Amministrative Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi a Roma, Palazzo Spada, il 28 febbraio 2013, pubblicato in [www.asstrid-online.it](http://www.asstrid-online.it); GIOVAGNOLI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, Relazione al convegno "Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis, l. n. 287 del 1990", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 27 settembre del 2012, pubblicato in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); PECCHIOLI, "Teologia della concorrenza" o crisi di cooperazione? Note critiche sulla legittimazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad impugnare atti amministrativi e regolamenti, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); QUINTO, *L'interesse legittimo "anfibia" nell'Europa del diritto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sezione studi e contributi).

<sup>32</sup> Cfr., per tutte, Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2721, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), su cui v. CIFARELLI, *L'autotrasporto di merci per conto terzi tra costi minimi e concorrenza*, in *GME*, 2013, p. 1401 ss.



merci, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi sia compatibile, ed in che misura, con disposizioni nazionali degli Stati membri dell'Unione prescrittive di costi minimi di esercizio nel settore dell'autotrasporto, implicanti la fissazione eteronoma di un elemento costitutivo del corrispettivo del servizio e, quindi, del prezzo contrattuale;

- se, ed a quali condizioni, limitazioni dei principi citati siano giustificabili in relazione ad esigenze di salvaguardia dell'interesse pubblico alla sicurezza della circolazione stradale e se, in detta prospettiva funzionale, possa trovare collocazione la fissazione dei costi minimi di esercizio secondo quanto previsto dalla disciplina di cui all'art. 83-*bis* del d.l. n. 112 del 2008;

- se la determinazione dei costi minimi di esercizio, nell'ottica menzionata, possa poi essere rimessa ad accordi volontari delle categorie di operatori interessate e, in subordine, ad organismi la cui composizione è caratterizzata da una forte presenza di soggetti rappresentativi degli operatori economici privati di settore, in assenza di criteri predeterminati a livello legislativo.

Premesso che “la determinazione artificiosa dei prezzi può evidenziare (...) la violazione delle regole di concorrenza in qualunque modalità essa sia posta in essere, e cioè anche laddove si sostanzia nell'uniformità di base del prezzo o di una componente del prezzo complessivo, potendo ostacolare o addirittura escludere del tutto il ribasso autonomo e illimitato del prezzo da parte delle singole imprese, con conseguente pregiudizio per i consumatori finali”, il Tar capitolino, da un lato, ha ripercorso la traiettoria tracciata dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libertà di prestazione dei servizi e di diritto di stabilimento, avuto in particolare riguardo alla determinazione eteronoma delle tariffe<sup>33</sup> ed ai principi di proporzionalità e leale collaborazione<sup>34</sup>, dall'altro, ha comunque evidenziato la rilevanza che assume, nel set-

<sup>33</sup> Viene in specie richiamata la pronuncia C. Giust., 14 dicembre 2006, in causa C-134/2005, *Commissione c. Italia*, laddove si è affermato che la fissazione di tariffe minime “priva gli operatori economici stabiliti in altro Paese membro della possibilità di porre in essere, offrendo tariffe inferiori a quelle fissate da una tariffa imposta, una concorrenza più efficace nei confronti degli operatori economici installati stabilmente nello Stato membro interessato ai quali, pertanto, risulta più facile che agli operatori stabiliti all'estero fidelizzare la clientela”.

<sup>34</sup> In questo frangente viene richiamata la giurisprudenza secondo cui il dovere di leale collaborazione va inteso nel senso che agli Stati membri è fatto divieto di adottare o mantenere misure, di natura legislativa o regolamentare, idonei ad elidere l'effetto utile delle regole della concorrenza applicabili alle imprese (C. Giust., 16 novembre 1977, in causa C-13/77, *INNO/ATAB*; C. Giust., 21 settembre 1988, in causa C-267/86, *Van Eycke*; C. Giust., 17 novembre 1993, in causa C-185/91, *Reiff*; C. Giust., 9 giugno 1994, in causa C-153/93, *Delta Schiff*

tore citato, il valore della sicurezza stradale, alla cui realizzazione sono orientate diverse normative comunitarie<sup>35</sup>: è quindi giunto a dubitare “che il punto di bilanciamento tra interessi confliggenti [la tutela dell’assetto concorrenziale del mercato e la tutela della sicurezza stradale, n.d.s.] raggiunto dall’art. 83-bis del decreto legge n. 112 del 2008 e ss.mm. sia rispettoso del diritto dell’Unione”.

In specie, il Tar Lazio ha messo in discussione (i) la sussistenza di una relazione diretta tra la etero-determinazione dei costi minimi e l’esigenza di tutela della sicurezza stradale – dal che sarebbe possibile inferire l’inidoneità in astratto della misura predisposta, considerato che non vi è “alcuna garanzia che i maggiori margini di utili connessi alla fissazione di un livello minimo

*fharts W und Speditions-gesellschaft*; C. Giust., 5 ottobre 1995, in causa C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*; C. Giust., 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, *Arduino*). Si tratta, nota il Giudice remittente, di principi già affermati a chiare lettere nella pronuncia C. Giust., 9 settembre 2003, in causa C-198/01, *CIF*, secondo cui gli Stati membri dell’Unione devono orientare le proprie politiche economiche al rispetto della libera concorrenza, con ciò postulando che la compatibilità delle misure pubbliche con il diritto comunitario possa essere accertata anche indipendentemente dall’esistenza di uno stretto collegamento di tali misure con comportamenti di impresa.

<sup>35</sup> Si legge nel par. 7 della decisione del 4 settembre 2014 che: “il diritto dell’Unione contiene molti atti in materia di sicurezza stradale. Così, il regolamento (CEE) n. 3820/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all’armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada (GU L 370, 1), agli articoli 6 e 7 fissa le norme comuni relative ai tempi di guida e di riposo dei conducenti. La direttiva 2002/15/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 marzo 2002, concernente l’organizzazione dell’orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto (GU L 80, 35), agli articoli da 4 a 7 fissa prescrizioni minime sulla durata massima settimanale del lavoro, sui riposi e sul lavoro notturno. Gli articoli da 13 a 16 del regolamento (CEE) n. 3821/85 del Consiglio, del 20 dicembre 1985, relativo all’apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada (GU L 370, 8), come modificato dal regolamento (CE) n. 561/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006 (GU L 102, 1), prevedono gli obblighi del datore di lavoro e dei conducenti relativi all’utilizzo dell’apparecchio di controllo e dei fogli di registrazione. Anche la direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida (GU L 403, 18), e la direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l’omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro) (GU L 263, 1), stabiliscono importanti norme comuni in materia di tutela della sicurezza stradale”.

Per l’attuazione di queste modifiche nell’ambito dell’ordinamento nazionale italiano, v. l’art. 30, l. n. 120 del 2010, recante disposizioni in materia di sicurezza stradale, su cui, per ulteriori e più dettagliati ragguagli, sia consentito rinviare ad AULETTA A., *Il nuovo Codice della strada*, Roma-Molfetta, 2010, spec. p. 186 ss.

dei prezzi siano destinati a coprire i costi delle misure di sicurezza” –, nonché, anche a voler ammettere che una tale relazione possa essere istituita, (ii) la congruità e proporzionalità del mezzo prescelto per realizzare l’obiettivo avuto di mira, considerato che la predeterminazione dei costi di esercizio non costituisce l’unica misura per garantire la sicurezza stradale, “apparendo al contrario più idonee misure relative agli elementi da cui dipende la sicurezza stessa (limiti di velocità, caratteristiche dei mezzi e obblighi di manutenzione, turni di riposo dei conducenti, organizzazione del lavoro e formazione dei conducenti, introduzione di un sistema di responsabilità e sanzioni, con i relativi controlli)”, senza considerare ulteriori aspetti problematici quali la sua applicabilità generalizzata, l’efficacia temporale illimitata, la possibilità di derogare alla predeterminazione dei costi minimi da parte dell’amministrazione competente in sede di accordi volontari – dal che sarebbe possibile inferire l’inidoneità in concreto della misura adottata.

D’altro canto, l’eventualità che la determinazione delle tariffe sia adoperata dalle associazioni di categoria – la norma come visto prevedeva un canale preferenziale per la determinazione dei costi minimi in sede di accordo volontario, senza però precisare alla luce di quali criteri la determinazione dovesse essere effettuata in tali casi – si mostra del pari discutibile sotto il profilo del rispetto dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, considerato che, proprio con riferimento al previgente sistema obbligatorio “a forcella”, la Corte di Giustizia<sup>36</sup> ha ribadito che le limitazioni al principio di concorrenza sono giustificabili alla stregua della sussistenza di un interesse pubblico stimato come prevalente, la cui ponderazione però deve essere rimessa ai pubblici poteri e non già agli operatori economici di settore.

Ciò non accade nel caso in cui la determinazione dei costi minimi avvenga in sede di accordo volontario, mentre laddove operino i criteri stabiliti dall’Osservatorio si potrebbe in ultima analisi, sotto il profilo appena menzionato, dubitare dell’indipendenza di tale organismo dagli stessi operatori di settore, avuto riguardo alla relativa composizione<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Nella citata pronuncia sul caso *Librandi*.

<sup>37</sup> La Consulta generale per l’autotrasporto, istituita per effetto del d.lgs. n. 284 del 2005, si compone di 102 membri, così suddivisi: 60 membri rappresentanti delle associazioni di categoria degli autotrasportatori e dei committenti; 36 membri rappresentanti delle amministrazioni statali, 6 membri rappresentanti di imprese e/o organismi in cui lo Stato ha una quota di maggioranza. L’Osservatorio, istituito dal d.lgs. n. 286 del 2005 come organo della Consulta, si compone di dieci membri, di cui otto rappresentanti delle associazioni degli autotrasportatori e dei committenti e due rappresentanti delle amministrazioni statali.

La Corte di Giustizia ha solo in parte avallato l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, concludendo nel senso che "l'art. 101 TFUE, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 3, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale (...) in forza della quale il prezzo dei servizi di autotrasporto delle merci per conto terzi non può essere inferiore a costi minimi d'esercizio determinati da un organismo composto principalmente da rappresentanti degli operatori economici interessati".

Rispetto alla compatibilità, in astratto ed in concreto, della misura consistente nella determinazione del prezzo minimo dei servizi in esame con le libertà disciplinate dal diritto europolitano – aspetto su cui insisteva principalmente l'ordinanza di rimessione, senza tuttavia tralasciare anche altri argomenti, come detto – il Giudice comunitario ha in primo luogo valorizzato il divieto, rivolto alle imprese, di concludere intese anticoncorrenziali, rilevando che, sulla scorta della consolidata giurisprudenza in materia, l'art. 101 TFUE risulta violato laddove una normativa nazionale imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con tale norma ovvero rafforzi gli effetti di tale accordi, ovvero consenta ad operatori privati di assumere decisioni di politica economica<sup>38</sup>.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha rilevato che l'Osservatorio risulta per lo più composto da membri delle associazioni di categoria, onde, quando pure non si faccia ricorso alla determinazione delle tariffe con il sistema degli accordi volontari lasciando all'Osservatorio siffatta incombenza, risulta evidente che tale organo risponde, avuto riguardo alla sua composizione, agli indirizzi espressi dalle associazioni di categoria, e pertanto a soggetti che perseguono interessi particolari, non essendo per altro verso previsto alcun potere di veto "che possa riequilibrare le relazioni di forza tra l'amministrazione e il settore privato"<sup>39</sup>.

Stante l'assoluta laconicità nell'individuazione dei principi direttivi che devono guidare l'Osservatorio nella determinazione dei costi minimi, non vi è nessuna garanzia "atta ad impedire ai rappresentanti delle organizzazioni di categoria di agire nell'esclusivo interesse della categoria", ragione per la quale, come si diceva, la normativa appare in primo luogo in contrasto con l'art. 101 TFUE, nella misura in cui la quantificazione dei costi minimi resta

<sup>38</sup> Cfr. le sentenze *Centro Servizi Spediporto e Arduino*, già citate.

<sup>39</sup> Per contrapposizione si richiamano le decisioni *Reiff, Delta Schifffahrts und Speditions-gesellschaft, Centro Servizi Spediporto e Librandi*, già citate.

affidata, direttamente o indirettamente (in seno all'Osservatorio), ad organismi che rappresentano e perseguono interessi di categoria, e non già interessi pubblici: l'Osservatorio, in altre parole, “è da considerarsi un'associazione di imprese (...)”.

L'idoneità dell'intesa prodotta da tale associazione di imprese – che produce nei fatti una determinazione orizzontale di tariffe minime imposte – ad alterare l'assetto concorrenziale del mercato consegue alla mera considerazione che “un'intesa che si estenda a tutto il territorio di uno Stato membro ha, per sua natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal TFUE”<sup>40</sup>.

Nondimeno, ove pure si accedesse alla lettura per cui le determinazioni assunte dall'Osservatorio sono da considerare alla stregua di manifestazioni autoritative assunte per la realizzazione dell'interesse pubblico – l'argomento quindi è svolto dalla Corte, per così dire, in via subordinata –, vi sarebbe da dubitare dell'idoneità dello strumento prescelto rispetto all'obiettivo avuto di mira: in primo luogo, perché “la normativa *de qua* si limita a una enunciazione vaga della tutela della sicurezza stradale (...), senza stabilire alcun nesso tra i costi minimi di esercizio e il rafforzamento della tutela stradale”; in secondo luogo, perché “i provvedimenti in esame vanno al di là del necessario”. Ed infatti, “da un lato, non permettono al vettore di provare che esso, nonostante offra prezzi inferiori alle tariffe minime stabilite, si conformi pienamente alle disposizioni vigenti in materia di sicurezza (...)”<sup>41</sup>, dall'altro, “esistono moltissime norme, comprese quelle del diritto dell'Unione (...), riguardanti specificamente la sicurezza stradale, che costituiscono misure più efficaci e meno restrittive, come le norme dell'Unione in materia di durata massima settimanale del lavoro, pause, riposi, lavoro notturno e controllo tecnico degli autoveicoli”, la stretta osservanza delle quali, di per sé, è idonea al conseguimento dell'obiettivo avuto di mira.

Ne discende, a parte quanto detto sulla necessità di qualificare le determinazioni dell'Osservatorio come intese orizzontali tra imprese idonee a creare degli squilibri nel gioco della concorrenza, che in nessun caso (cioè anche considerandole come misure adottate per il perseguimento di un interesse pubblico) i provvedimenti di quantificazione dei costi minimi appaiono giustificati da un obiettivo legittimo.

<sup>40</sup> C. Giust., 13 luglio 2006, in cause C-295 a 298/04, *Manfredi e altri*.

<sup>41</sup> Vengono richiamate le decisioni: C. Giust., 2 aprile 1998, in causa C-213/96, *Outkumpu*; C. Giust., 13 dicembre 2005, in causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

4. *Il ritorno al sistema della libera determinazione del prezzo (l. stabilità per il 2015)*

Mentre da parte dei primi commentatori della pronuncia della Corte si paventava il rischio che “lo squilibrio tra le forze contrattuali [da una parte le grandi imprese committenti, dall’altra le piccole e piccolissime imprese di autotrasporto, n.d.s.] potrebbe portare nuovi e più nefasti svantaggi alla sicurezza stradale”<sup>42</sup>, il legislatore, nell’ambito della c.d. legge di stabilità per l’anno 2015 (l. n. 190 del 2014, spec. art. 1, commi 248 e ss.), è intervenuto a riscrivere completamente l’art. 83-*bis*, ristabilendo, per quanto qui interessa<sup>43</sup>, il principio liberale per cui, indipendentemente dalla forma rivestita dal con-

<sup>42</sup> ALBANESE, *Costi minimi di sicurezza: la Corte di Giustizia Europea “scombina” le regole*, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it).

<sup>43</sup> Ed infatti i commi 4-*bis* e ss., che originariamente disciplinavano il sistema di determinazione dei costi minimi, avuto riguardo alle diverse fattispecie, oggi sono dedicati alla regolamentazione del contratto sotto il profilo dell’adempimento degli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi da parte del vettore: ragion per cui da un lato il committente deve verificare che il vettore sia in regola con tali obblighi, mentre dall’altro lato il vettore è tenuto a consegnare al committente un documento, rilasciato dai competenti organi previdenziali, attestante che l’impresa ha correttamente versato quanto dovuto a titolo di oneri assicurativi e previdenziali. I commi 6, 7, 8, 9, 10, 11 dell’art. 83-*bis* (riguardanti i contratti non scritti e gli strumenti atti a recuperare il valore risultante dalla differenza tra costo minimo e prezzo effettivamente pattuito, se inferiore al primo) sono stati abrogati per fare spazio (commi da 12 a 16) ad una dettagliata disciplina circa il termine per il pagamento del corrispettivo dei contratti di trasporto di merci su strada. Il nuovo comma 17 – costituente esplicazione dei principi generali in materia di tutela della concorrenza e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali (comma 18) – attiene ad un profilo estraneo (ancorché vagamente collegato) alla disciplina del costo dei servizi di cabotaggio, in quanto si prevede che: “Al fine di garantire il pieno rispetto delle disposizioni dell’ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e di assicurare il corretto e uniforme funzionamento del mercato, l’installazione e l’esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati alla chiusura di impianti esistenti né al rispetto di vincoli, con finalità commerciali, relativi a contingentamenti numerici, distanze minime tra impianti e tra impianti ed esercizi o superfici minime commerciali o che pongono restrizioni od obblighi circa la possibilità di offrire, nel medesimo impianto o nella stessa area, attività e servizi integrativi o che prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti, ivi incluso il metano per autotrazione, se tale ultimo obbligo comporta ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell’obbligo”. I commi successivi (fatta eccezione per i commi 18, 19 e 20, che prevedono modifiche a normative previgenti, e i commi 21 e 22, che attengono ancora alla rete di distribuzione dei carburanti) prevedono degli incentivi a favore delle imprese di autotrasporto e dei relativi lavoratori.

tratto (scritta o meno), “i prezzi e le condizioni sono rimessi all’autonomia negoziale delle parti, tenuto conto dei principi di adeguatezza in materia di sicurezza stradale e sociale” (art. 1, comma 248), conservando in capo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il compito di pubblicare e aggiornare sul proprio sito internet istituzionale “valori indicativi di riferimento dei costi di esercizio dell’impresa di autotrasporto per conto terzi”.

Si è così realizzato un ritorno alla posizione più marcatamente liberista – improntata alla filosofia del non intervento – che aveva caratterizzato i provvedimenti normativi del 2005 e rispetto alla quale la disciplina introdotta dal (previgente) art. 83-*bis* si poneva in parziale controtendenza, nel punto in cui la determinazione del costo del servizio non era lasciata alla autonoma determinazione delle parti contrattuali.

### Abstract

L'articolo tratta la questione della compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che stabilisca che il prezzo del servizio di autotrasporto merci per conto terzi sia determinato da un'autorità in parte costituita da funzionari pubblici ed in parte da rappresentanti delle associazioni di categoria.

La Corte di Giustizia ha ritenuto che tale normativa si ponesse in contrasto con il diritto comunitario, poiché l'autorità in questione era costituita prevalentemente da rappresentanti di categoria – il che consente di qualificarla come associazione di imprese – ed in quanto le libertà comunitarie (tra cui quelle di circolazione delle merci) possono essere limitate a condizione che vi sia un motivo imperativo di interesse generale, giustificativo della limitazione, ed a condizione che la misura adottata sia adeguata e proporzionale all'obiettivo da realizzare (elementi non riscontrati nella fattispecie).

Il legislatore italiano ha di recente recepito la giurisprudenza comunitaria modificando l'art. 83-*bis* d.l. n. 112 del 2008.

This report concerns the issue of compatibility with Community Law of a national legislation which provides that the price of the service of road transport for hire and reward is determined by an Authority composed partly by public officials and partly by representatives of professional organizations.

The Court of Justice has considered that such legislation would be in conflict with European Law, because the Authority was mostly made up of representatives of professional organizations, which allows to qualify it as an association of undertakings, and in the same time the Community's basic freedoms, including the free circulation of goods, can be restricted just for an overriding reason relating to the public interest. In all cases the national measure must be essential and proportioned to the aim pursued.

For these reasons, the Italian legislature recently implemented Community case law with an amendment to Article 83-*bis* of d.l. n. 112/2008.

### Key words

Autotrasporto, prezzi, determinazione dei costi minimi, libera circolazione delle merci, motivo imperativo di interesse generale, sicurezza stradale.

Road transport, prices, determination of minimum cost, free circulation of goods, overriding reason relating to the public interest, road safety.



**Pál Belényesi**

**An outlook to regulation of water services  
in the light of the recently modified regulatory framework  
in Hungary**

**Sommario:** **1.** Introduction. **2.** The European Union law **2.1.** Background. **2.2.** Efficient use of water services. **2.3.** Water markets in Europe. **2.4.** The UK. **2.5.** France and Germany. **2.6.** Summary. **3.** Water markets in Hungary. **3.1.** The water sector in Hungary before 2012. **3.2.** The new law. **3.3.** Changes in the framework for water service provision. **3.4.** The interpretation of the European Court of Justice on the pricing of water services. **3.5.** The law. **3.6.** The debated issues. **4.** Conclusions.

*1. Introduction*

The regulation of water services in the European Union (EU) remains within the responsibility of the Member States. In most countries, the provision of water services is regulated at local level, closest to the consumers. Local authorities are responsible for the provision and the execution of water services, in addition to their responsibility to maintain the networks in good shape<sup>1</sup>. Elements of the water networks are typically owned by the national, regional or local authorities. Such authorities appear on all sides of the service: provision, usage and tendering of the services, and they are also involved in setting the price of the service.

The presence of the public sector on the water services markets is evident, the market is scattered with many service providers. Although it is an established fact that healthy competition creates benefits for the consumers,

<sup>1</sup> Most prominent European examples of water service provision, where the public-private cooperation is present in the service provision, are: France, England and Wales, Scotland, Germany, Spain and Hungary.

markets and market players, the water services markets remain inefficient and fragmented. Service provision generally remains wasteful even when private participation is allowed. Hundreds of small firms compete for the provision of water and related services, leading to economic and social inefficiencies<sup>2</sup>.

One of the reasons behind market failure is that privatisation is rarely accompanied by well-planned liberalization, adequate market regulation, and vigorous market monitoring. In addition, concepts like “water rights” and “stewardship of water”, “abstraction licensing” and “water service provision” have become essential<sup>3</sup>. Another reason is that the result of the shared but differentiated responsibility approach to environmental regulation accompanied by the imperfect implementation of the Water Framework Directive (WFD) in the EU. Consequently, water prices rarely represent the environmental and resource costs associated to the production of the water service.<sup>4</sup> Industrial, agricultural and personal water uses are not well separated, and water markets continue to operate inefficiently<sup>5</sup>. This later may cause social problems for consumers, confuses public policy issues for governments and finally, results in off-putting investment considerations for private entities active in the water markets<sup>6</sup>.

For a long period, there have been discussions about the consequences

<sup>2</sup> See, e.g.: EEB European Environmental Bureau, *A Review of Water Services in the EU under liberalisation and privatisation pressures*. EEB Publication Number 2002/012, Brussels. In spite of the fragmented water services markets, some international firms' market share is evident in most European countries. For further information, see: HALL, LOBINA, *Water companies and trends in Europe 2012*, PSIRU 2012-08-W-EWCS.

<sup>3</sup> For recent work on the subject, see, for example BELÉNYESI, *Water regulation in Europe – only for idealists?* (Verlag Dashöfer, 2009); VOLLARO ET AL., *Potential for water use right market development in Italy: social acceptability in the context of climate change* (AIEAA paper, Parma, 6-7 June, 2013); SHEPHEARD, LANGE, *Is there still an Economic Right to Water?* (FLJS Policy brief, 26 June 2013).

<sup>4</sup> See in this regard Art. 2(38) and 9 of the Water Framework Directive. Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy. OJ L 327, 22/12/2000, 0001-0073.

<sup>5</sup> It is worth to read in this respect Sir Byatt's relatively recent contribution to water market liberalization and its failures. BYATT, *Water: Supply, Prices, Scarcity and Regulation*, IEA Current Controversies Paper No. 37, August 2012.

<sup>6</sup> On slightly opposing views, see: PRASAD, *Privatisation Results: Private Sector Participation in Water Services After 15 years*, Development Policy Review, 2006, 24 (6): pp. 669-692.

of the liberalization and decentralization processes in the water sector in Europe and elsewhere. These processes are complex, due to the different factors involved when decision-making authority is transferred from central government to sub-national bodies, or when liberalization is not accompanied by strong regulatory supervision, while municipalities, as pricing authorities, gain special tasks. The processes do not only affect the delegation of powers but also it involves transfer of ownership of the physical assets. This development was turned upside down with the recent surge of the re-municipalisation of water service provision in many countries in the world.

Following the adoption of the WFD, Member States started to reconsider national water management practices and water pricing and to align them with the full cost recovery principle<sup>7</sup>. Consequently, in some countries, the water sector has been restructured. France, the Netherlands, the UK, Spain and Germany have all reorganized their national water markets<sup>8</sup>. In Hungary, with the entry into force of Law CCIX of 2011, the water services market was also significantly reorganized. The reorganization brought along structural, institutional and dynamic changes. In spite of the much needed reform, the changes may be described as a too eager optimization of the market structure (monopolization), combined with the solidification of public ownership of network assets, greater power of the government concerning daily management issues (e.g. loss of local democratic control over prices and service quality) and no provision of efficiency incentives as to pricing and cost structuring. In addition, the Act set up a new regulatory agency, though at the same time it gave the final say regarding setting both final and access prices to a government department. As result of the new principal-agent regulatory model, it is feared that consumers will have less say in the management and the pricing of water services. Therefore, the advocated direct democratic control is weakened<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cost based pricing or the “application of the cost recovery principle” means that prices of water services are based on the price of production, and the final prices consist of the production and the transportation costs plus a reasonable profit of the firm who provides the service.

<sup>8</sup> See, in particular: BELÉNYESI, *More efficient regulation of water services and the polluter pays principle*, PhD dissertation, 2013, pp. 179–209. Available at: [http://jog.unideb.hu/documents/doktori\\_nyilvanosvita/belenyesi-ertekezes.pdf](http://jog.unideb.hu/documents/doktori_nyilvanosvita/belenyesi-ertekezes.pdf).

<sup>9</sup> See: TAMÁS HORVÁTH, GÁBOR PÉTERI, *Nem folyik az többé vissza. Az állam szerepének átalakulása a víziközműszolgáltatásban*, in: Valentiny-Kiss-Nagy, *Verseny és szabályozás*, 2012, pp. 177–200.

The legislation has already received both supportive and critical commentaries from the academic world<sup>10</sup>.

This article introduces how the most significant regimes regulate water markets in Europe and summarizes the changes brought by the new legislation, and looks at the first outcomes.

## 2. *The European Union law*

### 2.1. *Background*

Modern history of water regulation and water use dates back to the end of the nineteenth century, though the first international agreements concerning transnational water did not deal with economic problems of water use. Water service (or rather *water service provision*) as a novel central issue of sustainable economics, has taken a new impetus as part of the negotiations centred on climate change, biological diversity and international development around the world. Environmental and regulatory economics played an important role in that context, and the design of the legal frameworks for such services had started<sup>11</sup>. In spite of these efforts, we continue to observe unstable<sup>12</sup>, unjustly high or unreasonably low water prices<sup>13</sup>. It is stunning

<sup>10</sup> For a more comprehensive analysis, see, for example: JÁNOS EDE SZILÁGYI, *A víziközműszolgáltatások és a víz árának szabályai*. Agrár- és Környezetjog, 13. szám, 2012 pp. 92–104.; TAMÁS HORVÁTH, GÁBOR PÉTERI, *Nem folyik az többé vissza. Az állam szerepének átalakulása a víziközműszolgáltatásban*, in: VALENTINY, KISS, NAGY, *Verseny és szabályozás*, 2012. For pricing related analysis, see: BELÉNYESI, *Árazási kérdések a vízszolgáltatások piacán*. MTA KTKI, *Szabályozás és Versenyjog* 2014 (under publication) [Pricing issues in water supply markets – in Hungarian]; BELÉNYESI, *Recent modifications in Hungary's regulatory framework for water service provision*, European Networks Law and Regulation Quarterly, Lexxion Publisher, 1/2014, pp. 17–28.

<sup>11</sup> See, for example: HUNTJENS ET AL, *Institutional design propositions for the governance of adaptation to climate change in the water sector*, global Environmental Change, Vol 22, Issue 1, 2012, pp. 67–81.

<sup>12</sup> For unstable prices, see, e.g. Global Water Intelligence Survey, Vol 12, Issue 9, September 2011. For additional data, visit: <http://www.globalwaterintel.com/tariff-survey/>.

<sup>13</sup> Some examples: A bathtub of water in Denmark and Scotland can cost 10 times more than in Mexico, while Irish households pay no direct fees for water. Also, water bill increases over the last decade were primarily driven by higher wastewater charges to cover the costs of investment in environmentally-sound treatment and disposal. In many OECD countries it now costs more to get rid of wastewater than to bring in drinking water, in: Gruppo HERA, 2012 (For particular information, visit: [http://www.gruppohera.it/clienti/casa/casa\\_acqua/casa\\_acqua\\_tariff-survey/](http://www.gruppohera.it/clienti/casa/casa_acqua/casa_acqua_tariff-survey/)).

how the consumer price index for water and sewer utilities rose since the fifties of the last century – by over 330% –, representing the highest increase among all utilities<sup>14</sup>. Industrial, agricultural and personal water uses were never separated from a pricing point of view and water markets were not efficient. In the past ten to fifteen years, countries started to reconsider water pricing, as required by the full cost recovery principle of the WFD<sup>15-16</sup>.

In Europe, the most prominent examples for national regulation are England and Wales, France, Germany, and since the recent sector reform, Hungary. Industry reforms have been concluded in other Member States as well<sup>17</sup>, but the main characteristics of the European water sector were developed in these countries thanks to nation-wide liberalization, historical structures or the split of competences between the federal and regional level.

## 2.2. *Efficient use of water services*

Just what are water services? Water services may mean the following water related actions: extraction, cleaning, transportation, storage, supply, as

*iffe/3255.html*. Notwithstanding the annual increase in Italy, the price of water remains to be relatively low compared to other cities. The national average of 1.6 euro/m<sup>3</sup> is nowhere close to the prices of Tokyo, Paris, Berlin or San Francisco. (See, e.g.: “A Milano l’acqua costa 6% in più”, *La Repubblica*, 13/03/2014, available at: [http://milano.repubblica.it/cronaca/2014/03/13/news-a\\_milano\\_l\\_acqua\\_costa\\_il\\_6\\_per\\_cento\\_in\\_pi\\_l\\_aumento\\_vale\\_anche\\_per\\_il\\_2013-80920727/](http://milano.repubblica.it/cronaca/2014/03/13/news-a_milano_l_acqua_costa_il_6_per_cento_in_pi_l_aumento_vale_anche_per_il_2013-80920727/) or “Acque Veronesi e aumenti in bolletta: “Le nostre tariffe restano le piu basse in Italia”, *Veronaserà.it*, 17/04/2014, available at: <http://www.veronaserà.it/cronaca/verona-acque-veronesi-aumenti-bolletta-nostre-tariffe-restano-piu-basse-italia-17-aprile-2014.html>).

<sup>14</sup> All other than water utilities, the increase represents a less than 140% increase. It must be noted that compared to general CPI increase, water services represent an over 200% upward trend, which is outstandingly high comparing all utilities. In: “Trends in the Consumer Price Index for utilities 1913-2012”. BEECHER, IPU-MSU Research note, Exhibit II, available at: [http://ipu.msu.edu/research/pdfs/IPU%20Consumer%20Price%20Index%20for%20Utilities%202012%20\(2013\).pdf](http://ipu.msu.edu/research/pdfs/IPU%20Consumer%20Price%20Index%20for%20Utilities%202012%20(2013).pdf).

<sup>15</sup> Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy. OJ L 327/1 of 22.12.2000.

<sup>16</sup> Cost based pricing or the application of the cost recovery principle means that prices of water services are based on the price of production, and the final prices consist of the production and the transportation costs plus a reasonable profit of the firm who provides the service).

<sup>17</sup> Spain, the Netherlands. On other country specific case studies, see: “Dealing with post-decentralisation implications in the water sector. Based on country experience cases”. OECD, EAP Framework studies, 2009.

well as the collection, transportation and re-use of waste water<sup>18</sup>. However, as it is evident from the form of the actions, their hydrological and economic characteristics are not only multilayered, but make it also impossible to compare them soundly. If we consider each action to be a phase of the water supply chain we may pre-empt redundant arguments<sup>19</sup>. In this article, we focus on the supply of water to customers, more specifically, on the supply of drinking water. We use the definition of the WFD, which represents a broader and more inclusive definition of water usage and water services. This definition is vital to validate the water service provision from an economic efficiency point of view.

What does the efficient use of water services mean then<sup>20</sup>? Efficient use of water services imply the cost-based pricing of water services, costs being understood as environmental, resource and production costs<sup>21</sup>.

The use of water services may be considered as “efficient” if there is sufficient water for the coming generations if we do not overcharge this limitedly available natural resource, and if we do not create eco-environmental shortages of water basins. In other words, we must pay for the water we use, taking into account all characteristics of water<sup>22</sup>.

Europe’s water management suffers from the lack of an adequate financial structure to run efficient and sustainable water policies<sup>23</sup>. The author believes that in order to best optimize water service provision in Europe, the introduction of an economic, efficiency-based regulation of drinking water

<sup>18</sup> This is also reflected in the new legal framework for water service provision in Hungary. Law of CCIX of 2011, § 2, point 20.

<sup>19</sup> Our point is that the treatment of water and the cost structures associated with each “step” differ significantly. Take for example transport and abstraction of water. Though transport costs of water are notably higher than of any other network-related service, abstraction represents the main costs in the service provision.

<sup>20</sup> About efficiency in the water sector, in particular, see: CAI ET AL., *Physical and economic efficiency of water use in the river basin: Implications for efficient water management* (Water Resource Research, Vol 39, Issue 1, 2003).

<sup>21</sup> See also the definition of the WATECO working groups. *Assessment of the Recovery of Costs for Water Services for the 2004 River Basin Characterisation Report* (Art. 9), (Drafting Group ECO1, Common Implementation Strategy, WG 2B, May 2004); *Assessment of Environmental and Resource Costs in the Water Framework Directive* (Drafting Group ECO2, Common Implementation Strategy, WG 2B, June 2004).

<sup>22</sup> As explained above: for the moment and for various reasons, we do not.

<sup>23</sup> CEPS Task Force Report, *Which economic model for a water-efficient Europe?* Brussels, November 2012, p. 15.

supply is necessary, primarily at the level of the distribution networks<sup>24</sup>. In other words, industry reforms should target the introduction of competition with the unconditional application of the cost based – i.e., full cost recovery based – pricing principle to the water services<sup>25</sup>. This requires the pursuing of upstream water competition, which would ease off the burden on the monitoring of an integrated monopoly, a typical case of network industry regulation<sup>26-27</sup>. The creation of upstream water competition with the correct pricing structures and incentives would relieve ex-ante competition from the structural – and potentially also legal – separation of network elements and could focus on efficient regulation of retail and wholesale markets without such static interventions<sup>28</sup>.

The representation of environmental, resource and production costs in pricing of water services was specified in the WFD along with emphasizing the application of the polluter pays principle as part of the equation when defining the final prices of water<sup>29</sup>. In particular, this is a requirement under

<sup>24</sup> There are other views, somewhat contradictory to mine. Still, my statement in this regard does not look at ownership issues. In my view, change property ownership related concerns are secondary to market opening, however, only in design, not in timing. In this respect see, e.g.: HERRALA, HAAPASOLO, *Effect of governance models on enhancing water service delivery*, International Journal of Public Sector Management, Vol. 25 Iss: 5, 2012, pp. 373–390.

<sup>25</sup> There are many other mechanisms to achieve better distribution of welfare in this market, however, more efficient pricing is the prerequisite for further thinking on water trading rights, metering, EU-level regulation, etc.

<sup>26</sup> There are also other means to enhance competition in the water supply markets. These means remain to be explored. Nevertheless, it can already be anticipated that for example, the introduction of water trading at different levels of the service provision could further provide for better competition. Such trading could appear in trading of water abstraction licenses, bulk water trading or treated water trading.

<sup>27</sup> STERN, *Developing upstream competition in the England and Wales water supply industry: a new approach*, CCRP Working Paper Series, No 17, March 2010, 6.

<sup>28</sup> Static regulatory interventions, as compared to dynamic interventions pose heavier burdens on the market players and are more pertinent to market mechanisms, therefore are to be considered as last resorts. Somewhat in consequence, the so-called “second generation regulatory reform” has the purpose of replacing both static and dynamic, ex-ante regulation by competition where advantageous. This is also easier achievable if ex-ante regulation already considers ex-post measures – and the reasonable pricing structures are no doubt such means.

<sup>29</sup> Under these terms, environmental costs are being the “*cost of damage that the water users impose on the environment and ecosystems and on those who use the environment*”, and resource costs are basically forgone opportunities. In: Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, (WATECO, Working Group 2.6) Guidance document no. 1, European Commission, 2003, pp. 69–72. See further, e.g.: GÖRLACH ET AL., *Assessing Environmental and Resource*

Article 9 of the directive with the aim to urge water-users to consume water resources more efficiently, and to provide with a better distribution of water between the different users<sup>30</sup>.

However, the directive does not refer to the application of this later principle to the eventual market liberalization process, nor as a method of calculation when setting network access prices. The author will argue that the application of this principle to open and competitive markets at wholesale access level is desirable everywhere. This would provide significant efficiency gains, especially when the market is dominated by a few incumbent companies and sector regulation is untested. These efficiency gains could then be distributed among market players, users and regulatory authorities (central budgets)<sup>31</sup>.

### 2.3. *Water markets in Europe*

Water market regulation is not homogeneous in Europe. England and Wales provides us with a clear case of a liberalization with a *strong regulatory scheme*, France gives us insight to a *delegated management* type of service provision on the water supply and wastewater markets, where the state is present in private companies and these companies reign the market, and finally, Germany shows how *a federal system deals with water service provision* at all levels. There are other examples in Europe, but in order to understand the functioning of the Hungarian water services market, these countries provide the best basis for international comparison.

### 2.4. *The UK*

The design of the water sector of England and Wales is the leading ex-

*Costs in the Water Framework Directive: the Case of Germany*, Ecologic, Institut für Internationale und Europäische Umweltpolitik, Final Report, October 2004.

<sup>30</sup>This view is not shared by everyone. See, e.g. Advocate General's opinion at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152659&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=369572>.

<sup>31</sup> I must reiterate that an industry reform must be “sold” to the users, given the non-co-operative commodity characteristics of water. Water supply is a network industry, however, water is the principle of life. It cannot be treated as other services and goods. Yet, experience from network regulations, such as energy, telecommunications, gas, postal services, transport could well be implied in redesigning the sector.



ample of water market liberalization in Europe<sup>32</sup>. The Scottish water markets followed soon this progression<sup>33</sup>. The regulatory landscape in the water sector is complex. The regulator (Office of Water Services, Ofwat) monitors and sets the rules for a large number of companies, ranging from large incumbent water and sewerage companies to small new entrants<sup>34</sup>. The water markets of England and Wales can be described as a partially liberalized market, which have manifest regional characteristics, and where the public authority holds strong monitoring powers especially as regards price setting and controlling market concentrations. The liberalization of the market was driven by serious considerations for public financing and ownership of public property in the '80s. These considerations became a regulatory drive soon elsewhere in the world<sup>35</sup>. The regulatory authority of responsible for market monitoring was established in 1989 and has contributed to significant achievements in the water sector, in particular in reducing the industry's and the sector's regulation's impact on consumers through higher charges.

There were ten companies providing water and wastewater services, and thirteen companies specialise only in water service provision in 2005/2006<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> MÉNARD, PEEROO, *Liberalization in the Water Sector: Three leading models*, Rolf Kunneke (ed.), *Handbook of Liberalization*. E. Elgar Pub. 2011, 324-327 and 12. Further reading: LOBINA, HALL, *UK Water Privatisation – a briefing*. (PSIRU working papers, University of Greenwich, February 2001).

<sup>33</sup> *The introduction of Competition into the Scottish Water Industry: A consumer perspective*. Waterwatch Scotland – August 2010; see also, Water Services etc. (Scotland) Act. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2005/3/contents>.

<sup>34</sup> The regulatory setting is even more multifaceted. There are two other regulators, the Drinking Water Inspectorate (DWI) and the Environment Agency (EA), which monitor the markets and have the ability to impose obligations on the companies. For example, "... in developing their business plans the companies are subject to a number of planning processes and other inputs, which may be consulted upon separately and have varying degrees of statutory force. Consumers, who have a strong interest in ensuring that the required quality standards and other objectives are delivered at an acceptable cost, are represented by the Consumer Council for Water". In: *Review of Ofwat and consumer representation in the water sector*. Independent review commissioned by the UK and the Welsh governments, led by David Gray, 2011. 4-5. Available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69442/-ofwat-review-2011.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69442/-ofwat-review-2011.pdf) Referred to as "Gray-report (2011)".

<sup>35</sup> For a more critical approach, see: COWAN, *Regulation of several market failures: the water industry in England and Wales*, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 9, No. 4. 2011, 14-23.

<sup>36</sup> The development of the water industry in England and Wales. Point 1.5. (Ofwat-Defra, 2006).

According to the Cave-report, there were twenty-one vertically integrated companies in England and Wales in 2009<sup>37</sup>. Currently, there are thirty-two regulated companies in the water sewerage sectors. Ten regional companies provide both water and sewerage services, nine regional companies provide water services only, five local monopoly companies have appointments to provide either water or sewerage services or both, and eight water supply licensees offer water services to large user customers<sup>38</sup>. Competition for customers is imperfect – available only for some consumers and some market players. Inset appointment is also possible and consumers who use more than 50Ml per year may choose supplier since 2005. Other commentators urged this relative success suggesting the further opening up of the markets<sup>39</sup>. As new Water Act was granted royal approval recently<sup>40</sup>, all English non-domestic consumers – more than a million – will be able choose their water supplier soon. The full opening of the markets is now scheduled for April 2017<sup>41</sup>.

The water market in England and Wales is a unique example of how centrally diversified regulatory authorities can supervise market mechanisms by setting the prices and allotting optimal market conditions. Yet, reviews point out several fallacies in the existing regime, which could be improved in order to further facilitate market operations and improve consumer satisfaction, while increasing efficiency in the service provision<sup>42</sup>. Some of the suggestions that could further facilitate the functioning of the markets are clearer than others. This is an indication of losing up regulatory burdens and legal certainty by market players. The request was supported by not only market reviews<sup>43</sup> but also by specific needs of the industry for a wider,

<sup>37</sup> Professor CAVE, *Independent Review of Competition and Innovation in Water Markets: Final report* (April 2009), available: <http://archive.defra.gov.uk/environment/quality/water/industry/cavereview/documents/cavereview-finalreport.pdf>, p. 6.

<sup>38</sup> Source: Ofwat. At: <http://www.ofwat.gov.uk/competition/supplying/>.

<sup>39</sup> Cave (2009). See also STERN, MIRRLEES, BLACK, *A framework for valuing water in England and Wales*. Utilities Policy, Vol. 23, December 2012. pp. 13–30, in particular Preamble and pp. 13–14.

<sup>40</sup> See short explanation later in this section.

<sup>41</sup> E.g. “Water Bill passing set to bring competition to England’s £2bn water market” – *edie Water*, 15 May 2014, available at: <http://www.edie.net/news/4/Water-Bill-UK-business-changes-market-competition-2014/>; “England’s water markets to open to competition” – *the energyst*, July 7, 2014, available at: <http://theenergyst.com/englands-water-market-open-competition/>.

<sup>42</sup> E.g.: Gray-report (2011).

<sup>43</sup> “[...] the burden imposed on the companies by the regulatory regime is excessive and needs to be reduced. [...] We saw considerable evidence to suggest that Ofwat goes too far into the detail of company business plans and that, as a result, the companies are very Ofwat-focused

more effective and constructive engagement of Ofwat with the stakeholders<sup>44</sup>.

Although it is not this study's objective, in order for a more comprehensive view, I will contemplate the latest development in the sector. As indicated, the royal assent was given to the Water Act 2014, in May 2014<sup>45</sup>. The objectives of the Act, among others, are to reform the water industry in order to make it more innovative, to increase the resilience of water supplies, and to bring forward measures to ensure a smooth transition to the free market over the longer term. The Act will enable all business, charity and public sector customers in England to switch their water and sewerage supplier, and will empower owners of small-scale water storage to sell excess water into the public supply. Although the implementation period is yet to come, the legislative design could already be hailed.

### 2.5. France and Germany

In France and Germany, water markets were also, and continue to be, subject to market reforms, although to a different extent. In France, the delegated model – or the “contractual delegation model” – is the most commonly applied way of service provision<sup>46</sup>. Property rights belong to the State, while service provision is executed by joint ventures between the public and private sectors or is performed exclusively by private service providers<sup>47</sup>. The

and very cautious and conservative in their approach. Rectifying this will require a substantial change of approach by both Ofwat and the companies it regulates. There is also some evidence that the system of incentives applied by Ofwat may be too focussed on penalties and compliance as opposed to positive incentives for desired changes of behaviour”. *Ibid.* 6.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>45</sup> Water Act 2014. Full text and explanatory notes are available at [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/21/pdfs/ukpga\\_20140021\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/21/pdfs/ukpga_20140021_en.pdf).

<sup>46</sup> See also: MÉNARD, SAUSSIÉ, *Contractual Choice and Performance – The Case of Water Supply in France*, *Revue d'économie industrielle*, Vol 92, No 92, 2000, 385–404; MONTGINOUL, RIEU, *Instruments économiques et gestion de l'eau d'irrigation en France*. La Houille Blanche, Number 8, Décembre 1996, pp. 47–54; CARPENTIER ET AL., *Effets de la délégation sur le prix de l'eau potable en France*. (Economie & prévision, 2006/3 (n° 174)), pp. 1–19; BOURHIS, *La Publicisation des Eaux* (Thèse de doctorat), 2004, available at: [http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/35/25/36/PDF/lebourhis\\_2004\\_these\\_base\\_sans\\_ill.pdf](http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/35/25/36/PDF/lebourhis_2004_these_base_sans_ill.pdf); *Dealing with post-decentralisation implications in the water sector* (OECD-study, 2009) 10, available at: <http://www.oecd.org/environment/outreach/44096445.pdf>.

<sup>47</sup> See, also: ENA, *Direction des études*. Options d'approfondissement, Groupe n° 9: *La Délégation de service public. Un modèle à repenser?*, fév. 2009, p. 3.

delegation contracts contain the main elements of the service provision both from procedural and financial points of view. Competition for the market is only possible at the time of contracting. However, as it was pointed out by the European Commission's DG Competition, competition for the contestable markets is not always without problems (The French water services market is, so far, the only market in Europe, which was targeted by unannounced investigations. This was then followed by the start of an official antitrust procedure in 2012<sup>48</sup>).

Given the role and importance of the regional and local authorities, the French water sector is both centralized and decentralized. Gouritin notes that the objective of water regulation in France was decentralisation and redistribution of powers until Law 1772/2006 created the national agency responsible for water and water environments (*Office national de l'eau et des milieux aquatiques*, ONEMA), keeping the responsibility of service provision with the *départements*<sup>49</sup>. On the concentrated market, Véolia and Suez are responsible for 2/3 of the market and SAUR serves ten per cent of the market<sup>50</sup>. Management of the local public services can be either private or public: local governments have a constitutional right to delegate these services under a strict control. For various reasons, the sector suffers of poor performance. It is not surprising that many public utilities in France continue to seek better ways to improve operational, investment and managerial efficiency<sup>51</sup>.

On the other hand, Germany has no particular water problem with bountiful supply of water in general. Nevertheless, because of traditional mismanagement of water service provision, shortages in supply may occur. Costs are higher in large service areas and in the mountainous regions. Because of its constitutional system, water services in Germany function in a particular way: the sixteen federal States are responsible for water service provision

<sup>48</sup> See IP/12/26. It must be noted that the Commission ended this investigation by dropping charges against the three main companies concerning alleged price fixing. Nevertheless, this does not mean that the market is competitive and works efficiently. See, e.g. [www.law360.com/articles/437147/eu-closes-antitrust-probe-of-french-water-utilities](http://www.law360.com/articles/437147/eu-closes-antitrust-probe-of-french-water-utilities).

<sup>49</sup> GOURITIN, *Water management and protection in France*, p. 438, in: *Environmental Protection in Multi-Layered Systems. Comparative Lessons from the Water Sector*, in: ALBERTON, PALERMO (ed's.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012.

<sup>50</sup> Further reading: BARRAQUÉ, LE BRIS, *Water Sector Regulation in France*. (CESifo DICE Report 2/2007), p. 10.

<sup>51</sup> See, in detail: ELANBOULSI, *What can we learn about water services management and privatization in France?*, Water Conservation Pricing, WRPMD '99, pp. 1-25.

based on their particular legislation, while there are certain minimum standards set at the federal level, mostly to keep national legislation in line with EU law<sup>52</sup>. Yet, it is the municipalities who implement final management related activities<sup>53</sup>. In short, it is the constitution (Grundgesetz) that contains interesting provisions for the status of water in Germany<sup>54</sup>. A minimal guarantee of basic level of supply, delegated management rights to the states and the right of the self-governed municipalities to regulate all local affairs on their own and within the limits prescribed by the laws.

The price for the service provision is also regulated by acts in the federal States but only if the public sector is involved in the service provision (see, “Kommunalabgabengesetze”). Such acts are usually very specific in prescribing the calculation of costs and other aspects of service delivery. The principle of recovery of costs for water services, the maintaining of the real value of assets and the concept of reasonable profit are integrated into these acts. The institutions providing water services under private law are not required to adhere to the act regulating municipal fees. At best, these entities are controlled by the competition authority<sup>55</sup>.

## 2.6. Summary

Europe has a patchwork of water service provision. The main reasons behind this is the regionally diverse water conditions, the historically different systems, the diverging national regulatory approaches, and the division of powers between the different layers of national administration in the Member States.

The European Union took a novel approach toward sustainable water resource management with the EU Water Framework Directive fourteen years ago. The directive promotes sustainable water use through long-term protection of available water resources, and introduces the concept of effi-

<sup>52</sup> For the full picture see: *Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft*, 2011, available at [www.dvgw.de/fileadmin/dvgw/wasser/organisation/branchenbild2011.pdf](http://www.dvgw.de/fileadmin/dvgw/wasser/organisation/branchenbild2011.pdf); and FREESE ET AL., *A Comparative Analysis of Water Service Delivery in Germany and South Africa*. Part 1, (Discussion paper 1/2011, University of Osnabruck), available at [www.wiso.hs-osnabrueck.de/fileadmin/users/-426/upload/Discussion\\_paper\\_\\_A\\_Comparative\\_Analysis\\_of\\_Water\\_Service\\_Delivery\\_2011\\_01.pdf](http://www.wiso.hs-osnabrueck.de/fileadmin/users/-426/upload/Discussion_paper__A_Comparative_Analysis_of_Water_Service_Delivery_2011_01.pdf).

<sup>53</sup> FREESE ET AL., 2011, pp. 17–18.

<sup>54</sup> Articles 20, 28 and 70.

<sup>55</sup> See further, FREESE ET AL., 2011, p. 25.

ciency-based pricing. “The lofty goal of achieving good status of all waters requires strong adaptive capacity, given the large amounts of uncertainty in water management”<sup>56</sup>.

### 3. *Water markets in Hungary*

The water service provision market can be described as an irregularly contestable ecological service market<sup>57</sup>, where irregularity refers to a period of 10–45 years, highly depending on service contracts and contractual form<sup>58</sup>. Irregularity also refers to the non-periodic possibilities for competition for the markets given the longer lifetime of service provision contracts. This is based on the capital intensiveness of the service provision.

In Hungary, for a long time, service contracts were distributed unevenly and private–public participation was neither well assessed nor efficiency based. As one notes, conflicts on the market were managed from a short-term political point of view, leaving market based mechanisms out of the discussion<sup>59</sup>. Overall, the irregularly and the limitedly contestable markets never provided strong incentives for market entries. The public sector is present on all sides of the contracts, which gives ground for incentives to preferable treatment and anticompetitive favouring of certain enterprises especially if the service provider/network owner/costumer are the same entities. Historically, given the strong involvement of the public authorities, low prices were seeking the renewal of democratic authorization (elections) as opposed to market based mechanisms, which would aim at effective service provision and minimal losses. The institutional background for service management was also lacking and the original haze of privatization, which resulted in higher but more efficient pricing of water services, was overturned by dissatisfaction and ineff-

<sup>56</sup> GREEN, GARMESTANI, VAN RIJSWICK, KEESSEN, 2013, *EU water governance: striking the right balance between regulatory flexibility and enforcement?*, in *Ecology and Society*, 18(2): 10. <http://dx.doi.org/10.5751/ES-05357-180210>.

<sup>57</sup> For the interaction between ecological services and network industries, please see: BÁLINT, *Az ökológiai gazdálkodás virtuális piacai*, PhD-thesis, Budapest, Corvinus University, Budapest, 2006.

<sup>58</sup> These are concessions, lease, and long term lease.

<sup>59</sup> See also: SZILÁGYI (2012), p. 93.; and ÁLLAMI SZÁMVEVŐSZÉK (Court of Auditors, Hungary), *Jelentés a vizek védelmének és a vízgazdálkodási feladatok ellátásának ellenőrzéséről*. (1049. sz. jelentés, February 2011), available at: <http://www.asz.hu/jelentes/1049/jelentes-a-vizek-vedelmenek-es-a-vizgazdalkodasi-feladatok-ellatasanak-ellenorzeserol/1049j000.pdf>.

fective reorganization of tasks *within* the public authorities. This later had a negative effect on market development. Networks were not upgraded, costs remained inefficient and uncollectable, service provision contracts were not rigorously monitored, while the role of the public authorities was inflexible both for price setting and for the conditions of service provision.

Similar to international practices, one of the main problems in Hungary is that the pricing of water supply is not sustainable and prices are not set according to the standards of long term service provision. This questions the country's obligation to implement EU law and apply the same standard for certain derogations for water service provision and environmental regulations in the common market. Finally, sector-related ownership is often debated and the government provides neither technical help nor exercises effective monitoring<sup>60</sup>.

### 3.1. *The water sector in Hungary before 2012*

The water service provision networks in Hungary can be described as a system of old pipes and outdated assets already with many years of service. Until very recently, about 60 per cent of the market was served by small companies and 40 per cent stayed with the larger, multinational companies, serving the capital and other urban areas with a higher number of consumers<sup>61</sup>. Drinking water supply market<sup>62</sup> in Hungary has traditionally been a two-level, multi-faceted and highly fragmented market with public, private and public-private characteristics for service provision. After changes in 1989, five larger companies<sup>63</sup> at regional level, and approximately 400 companies

<sup>60</sup> See: KOSKOVICS, UNGVÁRI, *Áttekintés a magyar víziközmű-ágazatról*, Műhelytanulmány – REK. Verseny és szabályozás 2010 (ed.: VALENTINY ET AL., 2011. pp. 306–328). According to the new law this should change, however it is too early to judge.

<sup>61</sup> For the detailed description of the market in Hungary, see: PUMP, *A jog hatása a fenntartható közszolgáltatásra a hulladékgyűjtés és a vízgazdálkodás területén*, PhD-thesis, ÁJDI-ELTE, Budapest, 2012.

<sup>62</sup> For sake of clarity: “water services” is a broader concept than the sector of drinking water supply. In this paper I will use the example of drinking water supply as some parts of water services – e.g. wastewater collection, treatment, reuse and deployment; hydropower; water ways, etc. – are not considered by the definition or are not demonstrative enough for the purposes of this paper. Act CCIX 2011 also regulates wastewater collection.

<sup>63</sup> Dunántúli Regionális Vízmű Zrt., Duna Menti Regionális Vízmű Zrt., Tiszamenti Regionális Vízmű Zrt., Észak-dunántúli Vízmű Zrt., Észak-magyarországi Regionális Vízmű Zrt.

at local level assumed responsibility for the provision of services<sup>64</sup>. This was the result of the reorganization efforts of the water markets in 1990, when local authorities were given certain assets and elements of municipal and regional service providers and networks, along with the obligation and responsibility of drinking water supply provision. Elements of the regional networks however, remained state properties instead of being given to local governments, thereby acquiring a special status<sup>65</sup>. These elements became *limitedly merchantable*, tying thereby the hands of the local governments. Only temporary handover of the delivery of services was endorsed by the law. The provision of drinking water supply was only possible via undertakings of the following four kinds<sup>66</sup>:

- i) fully owned and directly controlled by the local government;
- ii) undertakings fully owned and indirectly controlled by the local government;
- iii) undertakings jointly owned by the local government and the private sector participant;
- iv) via concession agreements.

Service provision is regulated respectively by the laws on local governments, on water service provision and on national property<sup>67</sup>. From the local governments' perspective, the provision of drinking water supply is not only a potentially lucrative business but it is also an obligation. The law on setting prices of certain services in Hungary<sup>68</sup> brought along the authority to set prices at local level, taking into account (local) political and social aspects,

<sup>64</sup> Before the 1989 changes, five regional and 28 "local-regional council companies" were responsible for service provision. See also: Gazdasági Versenyhivatal – VKI study, *A hazai víz- és csatornamű üzemeltetési piac feltárása, a víz- és csatornaközművek árazási, árszabályozási gyakorlatának vizsgálata. A magyarországi piac szerkezetének elemzése, a hatósági árak kialakulási folyamatának, mód-szerzetének vizsgálata.* (Expert Consulting, 2008) pp. 37–38, available at: [http://www.gvh.hu/-domain2/files/modules/module25/tamogatott\\_programok/2008/12\\_Expert\\_viz\\_Tanulmany.pdf](http://www.gvh.hu/-domain2/files/modules/module25/tamogatott_programok/2008/12_Expert_viz_Tanulmany.pdf); TELLER, SOMOGYI, *Public services in Hungary*, in: *Reforms of Public Services. Experiences of Municipalities and Regions in South-East Europe*, Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung, 2003, pp. 745–52.; TAMÁS HORVÁTH ET AL., *Navigation to the Market, Regulation and Competition in Local Utilities in Central and Eastern Europe*. (Tamás M. Horváth (ed.), OSI/LGI 2001, Chapter 4) 6.

<sup>65</sup> Law XXXIII of 1991 on the handing over of special national property to the local governments.

<sup>66</sup> See also: Pump (2012), p. 66.

<sup>67</sup> Act CLXXXIX of 2011 of local governments, Act CCIX of 2011 on water service provision, Act CXCVI of 2011 on the national properties.

<sup>68</sup> Law of LXXXVII of 1990 on setting prices.



having the possibility to implement direct consumer feedback<sup>69</sup>. On the one hand, prices were to be set in order to cover not only the necessary costs but also the reasonable profit. On the other hand, the Ministry of Environment had a cost-adjusting role to help the companies whose operating/production costs were higher than their income ensured by the authorized water prices they could charge<sup>70</sup>. There was no generally applicable pricing structure or regime in Hungary, leaving many consumers in doubt about the prices they paid. Neither environmental nor resource costs were taken into account.

Before the recent changes, service provision was regulated by a mix of laws, decrees and local acts creating a complex scheme for the relevant regulatory framework. The institutional framework was designed by the Law on local governments and by the Law on water service provision. A separate regulatory framework existed for technical and quality control of the drinking water supply. In spite of the country's accession to the EU, and the accompanying obligation to harmonize EU and Hungarian legislation, no comprehensive regulation existed<sup>71</sup>. As a consequence, network elements became outdated, communication towards consumers was deficient, while participatory and conscious water consumption and efficient water use were non-existent. The market was not open to efficient competition.

The framework for drinking water supply before the changes introduced by Law CCIX of 2011, entrenched a system of inefficient and unjustifiable pricing practices. Local governments had the authority to set the prices on their territories without effective control by either the central government or regional authorities. Their decisions were only legally governable from a procedural point of view, which had little or no effect on the actual prices. In addition, given the local monopolistic nature of the market, it was practically impossible to judge the merits of the service providers, although access to each other's networks was not prohibited<sup>72</sup>. Further liberalization

<sup>69</sup> See Law LXV of 1990 on the local governments.

<sup>70</sup> In Hungary, water supply prices (consumers-retail) have grown between 2000 and 2012 by 138% (from 0.45 eurocent to 1.41 eurocent per m<sup>3</sup> (current prices, June 2013)). In: KSH source, at <http://piackutatas.blogspot.be/2013/02/vizdij-magyarorszagon.html>.

<sup>71</sup> For a similar opinion, see: Somlódy László (ed.), *Magyarország vízgazdálkodása: helyzetkép és stratégiai feladatok* (Köztestületi Stratégiai Programok, Budapest, 2011, Magyar Tudományos Akadémia).

<sup>72</sup> Most of the companies know each other. They are one another's subcontractors in most cases when economies of scale are at stake.

and the introduction of competition at different levels of the network was neither promoted nor acknowledged. Finally, and mainly for the above reasons of lack of competition between service providers, consumer buying power was non-existent, customers of the service providers were not able to efficiently express their dissatisfaction.

### 3.2. *The new law*

Law CCIX of 2011 substantially reorganized the market. The law was adopted by the Parliament as part of a hasty legislative battle at the end of 2011<sup>73</sup>. It mirrors the well-known European trend of remunicipalisation of public services, including also water service provision<sup>74</sup>. The main reasons behind the wording of the law, which was adopted without public consultation, are not known<sup>75</sup>. Nevertheless, it appears that it aimed at a profound structural reorganization of the market elements, ownership and service provision rights, as well as at the oligopolisation of activities by setting a minimum number of consumers as a prerequisite for service provision. It is also evident that the law aims at increasing the central control over service provision and market monitoring<sup>76</sup>. Nonetheless, the act also targeted the rearrangement of pricing of water services by introducing several important concepts: the principle of resource efficiency, the polluter pays and cost recovery principle, solidarity and the prohibition of cross subsidizing.

<sup>73</sup> This law must be read together with Law CXCVI of 2011 on the national properties.

<sup>74</sup> The concept of remunicipalisation refers to the trend that is observable globally. It is about reversing a formerly privatized public service/network/asset to the local government. It is practically the opposite direction to functional or material privatization. After the mass privatization of such networks and services all over the world during the nineteen-eighties and nineteen-nineties of the last century, municipalities are now more and more engaging in lawsuits and ballots in order to re-obtain the control over their water networks. In the US, for example, between October 2007 and October 2011 the number of people served by private companies fell by 16 per cent, plus water privatization is not considered to be a solution for municipalities' budget problems (see Food and Water Watch reports, in particular <http://documents.foodandwaterwatch.org/doc/BorrowingTrouble.pdf>). Hamburg, Grenoble, Naples also regained ownership on their water networks and there are widely cases in cities where campaigning is ongoing (see: [www.remunicipalisation.org/](http://www.remunicipalisation.org/)) About remunicipalisation, see e.g., REICHARD, RÖBER, *Remunicipalization in Germany – Trends and Interpretations*, available at [www.epsu.org/IMG/pdf/Reichard-Rober\\_Remunicipalisation\\_IPSA\\_2012.pdf](http://www.epsu.org/IMG/pdf/Reichard-Rober_Remunicipalisation_IPSA_2012.pdf).

<sup>75</sup> The goals of the law are enlisted: creation of the conditions for sustainable development and clarification of ownership rights. Law CCIX of 2011, § 89 (1), § 93.

<sup>76</sup> For a similar opinion, see: HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 143.

The new regulatory framework left the responsibility of maintenance and innovation of the network elements with the owners of the networks (local governments), whilst shifting pricing authority from these entities to the central government<sup>77</sup>. The latter may exercise this power through the regulatory agency responsible for the water and other public utility sectors (MEKH<sup>78</sup>). The law declared that the delivery of water supply is only possible via enterprises under public control, be it central or local, except when this right is attributed via a concession contract<sup>79</sup>. The new legislation is aimed at optimizing the market structure and to create more efficient market operators by requiring all service providers to serve a minimum number of consumers, thus creating the notion of “consumer equivalent and optimal operational size”. It appears that at the end of 2012 ca. 50 companies were, and by 2016 ca. 30 companies will be capable of serving the market<sup>80</sup>. In addition, the law states that certain elements of the service provision network, not of the main network that is classified as a particular type of state property, must be transferred to the public authorities. This type of “reasoned expropriation” may be compensated under certain conditions and within a time limit.

The much needed legislation was neither well consulted nor tested before its entry into force<sup>81</sup>. In less than a few of months from its creation, the new law was already complemented<sup>82</sup>.

### 3.3. *Changes in the framework for water service provision*

The new regime changed the way water services are dealt with in Hungary. The regulation of water utilities and the provision of water services changed from a light touch regulation to a more comprehensive and centrally controlled regime<sup>83</sup>. Local authorities are no longer pricing authorities, pieces of the network and ownership rights were centralized in the hands of local and regional authorities. In addition, a new water regulatory authority was set up.

<sup>77</sup> Before 1989, also the central pricing authority set the prices of water supply.

<sup>78</sup> Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal. (Office of Regulation for Energy and Public Utilities, Hungary).

<sup>79</sup> May seem shocking but it is not a real change to the previous regime.

<sup>80</sup> HORVÁTH, PÉTERI (2012), pp. 148–149.

<sup>81</sup> Much of the Act entered into force on 30 December 2011 at 11 p.m.

<sup>82</sup> Law CVI of 2012 concerning changes in Law CCIX of 2011.

<sup>83</sup> It must be stated that similar to the Hungarian situation, the EU monitoring of the im-

*a. Service provision.* – Water service provision is a special service and is subject to prior authorization by the Authority responsible for market monitoring<sup>84</sup>. “Water services” do not cover the industrial and agricultural water uses<sup>85</sup>, yet “consumers” in the sense of the act, could be both natural and legal persons. Systems that do not qualify as distribution networks, are considered not to be part of the public networks. The permission to supply drinking water provides the recipient with an exclusive right for a determined period, however, during the service contract, the Authority has the right to monitor not only the service provision-related activities but also the general functioning of the enterprise. For example, a third party may only acquire more than 25% in the authorized firm if the Authority approves it<sup>86</sup>. This derogation, together with the ones on effective control over the number of service providers on the market<sup>87</sup>, it seems that one of the “main goals” of the reform is the strengthening of public presence and too eagerly controlling competition on the market. It is still dubious whether such derogations are in line with the main achievements of the single European market, such as the freedom to provide services<sup>88</sup>.

General service provision in Hungary has contractual limitations, besides the regulatory ones. Service provision is only possible via three contractual terms: utility service provision by asset management contract, lease-based service provision contract and concession contract<sup>89</sup>. While concession contracts may be established with any kind of company, irrespective of their ownership, lease and asset management contracts can only be signed with companies in partial or full Hungarian public ownership. The recent law on national properties paves the way for cherry picking of service

plementation of the WFD continues to stir the still-water: Member States do not use a coherent approach to define the cost recovery principle-based pricing of water services. Consequently, concerning the implementation of articles 2(38) and 9 of the WFD the Commission initiated several infringement procedures, among which the German case has already been referred to the Court.

<sup>84</sup> Law CCIX of 2011, § 35 (1).

<sup>85</sup> Law CCIX of 2011, § 2 (6).

<sup>86</sup> Law CCIX of 2011, § 42. (Remember that in the UK, the regulatory authority has a strong say in merger procedures, too under the current regime. This is to be softened under Water Act 2014.)

<sup>87</sup> Law CCIX of 2011, § 84 (1).

<sup>88</sup> See also: HORVÁTH, PÉTERI (2012), pp. 149–150.

<sup>89</sup> Law CCIX of 2011, § 15.

<sup>90</sup> Law CXCVI of 2011 on the national properties, § 12 (9).

providers<sup>90</sup>. According to the act, it is also possible to provide services without concession contracts or even without the carrying out of the public procurement procedure. The so-called *in house* service provision makes it possible for the local public authority to render the service provision by a firm in which it has exclusive property rights and eighty per cent the income of the entity derives from contracts with the public entity itself<sup>91</sup>, irrespective of the form of contract<sup>92</sup>. This will no doubt patronize the local (public) market players. On the one hand, this is an attempt to systematically rearrange and simplify the market structure, which, under certain conditions, would be welcome; however, on the other hand, this could lead to the unreasonable foreclosure of the market from potential (private) competitors. It must be stated that this derogation has no efficiency-based reasoning. In addition, the act establishes that after 31 December 2014 certain operational tasks may only be carried out by entities exclusively owned by the public authorities or by joint ventures between the public authority and a private entity<sup>93</sup>. Although the law provides for competition friendly functioning, transparency and the prohibition of cross financing<sup>94</sup>, in real terms the above instructions may easily encourage companies acting on various levels of the market to exit. The foreclosure of ancillary and submarkets may lead to further inefficient monopolization and concentration of service provision, ownership and management.

Overall, special concession contracts and their competitive biddings are the only possibilities for contestable markets and therefore ultimately, the entry for private company competitors to the dominant incumbents. In the case of leasing and management contracts, contestability is only nominal. In house contracting also provides for exemption under concession contracts.

<sup>90</sup> Law CVIII on public procurements, § 9 (1) k).

<sup>92</sup> This was recently confirmed by the Court of the European Union in Joined Cases 182/11 and 183/11, § 25. “[...] a contracting authority, such as a local authority, is exempted from initiating a procedure for the award of a public contract where it exercises over the successful tenderer control similar to that which it exercises over its own departments and the tenderer carries out the essential part of its activities with the contracting authorities to which it belongs (Teckal, paragraph 50). It is common ground that that case-law, [...] is also applicable to procedures for the award of public works contracts and public service contracts.” In: *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese* (C-182/11) and *Comune di Solbiate and Comune di Varese* (C-183/11). ECR 2012 Page 00000.

<sup>93</sup> Such tasks are daily management of the network, correction of network failure, back office tasks, billing, monitoring activities, etc. See: Law CCIX of 2011, § 45 (4) and (5).

<sup>94</sup> Law CCIX of 2011, § 49.

At the end of the day, this leaves relatively little chance for market entries in Hungary<sup>95</sup>.

*b. The Authority.* – The law set up the new monitoring authority – in essence, it adjusted the scope and powers of the “Hungarian Energy Office”, now named “Hungarian Energy and Public Utilities Office” – to execute the market supervisory tasks<sup>96</sup>. All aspects of water service provision, except the consumer related issues, are now scrutinized by this body. However, the real power over water service provision, price setting and price control went to one of the government’s department, the Ministry of National Development<sup>97</sup>. The Authority may suggest methodologies, provide and collect opinions and gather fees for the execution of its supervisory and administrative tasks and market monitoring. Therefore, the independent executive power, which should be attributed to the independent regulatory authority, has been implicitly transferred to the ministry<sup>98</sup>.

The judicial review of the Authority’s decisions is feeble. While it is possible to have recourse against its decisions, the judiciary can only refer the case back to the Authority for a new procedure but it cannot change it, thereby depriving itself of the possibility of effective democratic cross-branch control<sup>99</sup>.

*c. Changes in water pricing.* – According to the new law, the pricing of water services should be based on the *full cost recovery principle*<sup>100</sup>, including a

<sup>95</sup> A recent study summarizes the situation as follows: “The current framework in Hungary interestingly provides for the sorting out of the ownership rights of the network elements of public utilities and their service based operation with the view of state sequestration.” HORVÁTH, PÉTERI (2012), 152.

<sup>96</sup> Law CCIX of 2011, § 3.

<sup>97</sup> The ministry is responsible for various sectors, among which the water sector is also present. It may also be questioned how a monstrous ministry is able to execute a wide arrays of different tasks.

<sup>98</sup> There have been discussions about the basic requirements of an independent regulatory authority. See for example, the case of telecommunications. For discussions, see e.g., GILARDI, MAGGETTI, *The independence of regulatory authorities*, in LEVI-FAUR, (2010), Handbook of Regulation, Cheltenham, Edward Elgar.

<sup>99</sup> See, Law CXL of 2004, § 109.

<sup>100</sup> The cost recovery of water service provision is one element of water pricing. The other should be the inducing of water-efficient use of water resources. See, also: CEPS Task Force Report (2012), 3.

reasonable profit, but should not cover other costs, which are not directly attributable to the basic service provision<sup>101</sup>. The concept of reasonable profit is not defined in the act, and the details of the full cost recovery principle are left vague, while resource and environmental costs are also omitted. One commentator notes that one of the central elements of pricing rules of the new legislation is that both environmental and social aspects are well represented<sup>102</sup>. The legislation aimed at minimizing cross-subsidization, applying the principle of the polluter pays, and creating a harmonized pricing system at national level<sup>103</sup>. All these were much needed but in spite of the above, much remained at the level of principles<sup>104</sup> and practice is yet to be witnessed<sup>105</sup>. Some academics also voice the “vanishing presence of decentralized organisation of public service provision”<sup>106</sup>.

A promising novelty is, however, the introduction of the two-element formula for water pricing, which concerns both water supply and waste water services. Prices in the future should be defined in order to urge water users to better and more thoughtfully use water resources. This means that the final price is established based on a basic fee plus the additional fee based on individual consumption. Given that it is lawful to make a distinction between industrial and private users, the so-feared cross-subsidization seems to have remained in place.

It must also be underlined that because of the setting up of the new authority and adding novel elements to the price formula, water prices are likely to rise<sup>107</sup>. The law still lacks the clear definition of pricing models, and

<sup>101</sup> Law CCIX of 2011, § 1 (1).

<sup>102</sup> Szilágyi (2012), 92.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>104</sup> Law CCIX of 2011, § 1 (1) e), g), h), i), k).

<sup>105</sup> In related to water services, environmental and resource costs, in principle, are covered by other types of fees in Hungary. Law LXXXIX of 2003 introduced the concept of the “fee for using the environment”. One element of the fee is the “fee for using the water resources” (Law LXXXIX of 2003, § 7–10.). However, the solution only defines the arrangement of the fee at an unpractical level, given that the law details neither the use nor the treatment of such fees. The other type of fee is the “contribution to the water resources” (Law LVII of 1995, § 15), which consumers are to pay in relation to their actual consumption or the reserved/planned consumption of water. See also, Ministerial decree 43/1999 (XII.26.) KHVM.

<sup>106</sup> HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 153.

<sup>107</sup> The final prices are to be defined by ministerial decree. In the transitory period a price cap was defined. For example, in 2012 a maximum of 4.2% increase was authorized, compared to the prices in effect on 31 December 2011. (See, in particular, Law CCIX of 2011, § 76–77).

potential access pricing formula requirements are also only vaguely covered<sup>108</sup>. One thing is clear, however<sup>109</sup>, the Authority became a direct supervisor of the local property rights<sup>110</sup>.

The law introduces another concept to ensure sustainability of the market. The so-called “rolling investment plans”<sup>111</sup> (RInP) must be developed by all service providers for a period of fifteen years in order to assure replacement, renovation and innovation in the water networks<sup>112</sup>. As a matter of technical division of labour, the responsibility of the development of such plans is distributed between those responsible for service provision (the local authorities) and those who are the actual service providers<sup>113</sup> (as a general practice, the drawing up of the investment plan is more of the responsibility of the local authorities). The first RInPs had to be presented to the Authority by 15 September 2014. In order to help the companies and local constituencies, the MEKH issued its Guidelines for the development of such plans<sup>114</sup>. Without the detailed technical derogations of such plans, it must be noted that the renovations and replacements of the network elements<sup>115</sup> should be ensured via a fraction of the consumer’s final service fee. Extension and innovative upgrading of the network, however, remains to be the financial liability of the authority responsible for the continuous service provision.

On a final note, it must be mentioned that the Parliament of Hungary, in order to alleviate financial hardship on citizens, passed a law in April 2013. It concluded that all charges concerning water services applicable on 31 January 2013 must be decreased by 10% as of 1 July 2013<sup>116</sup>. The assembly ex-

<sup>108</sup> In particular, Law CCIX of 2011, § 67–68 only cover certain elements (quantity) of the important factors to be taken into account when calculating the price of access.

<sup>109</sup> Law CCIX of 2011, § 62–73.

<sup>110</sup> The application of pricing powers by the central government in the water sector is not a novelty. This approach is similar to the pricing and directing of waste collection service provision. Law CLXXXV of 2012, § 46–47.

<sup>111</sup> In Hungarian: “Gördülő fejlesztési tervek”.

<sup>112</sup> Law CCIX of 2011, § 11.

<sup>113</sup> The different forms of service provision have been explained above: utility service provision by asset management contract, lease-based service provision contract and concession contract.

<sup>114</sup> “A Magyar Energetikai és Közműszabályozási Hivatal VK 1/2014. számú ajánlása a víziközműszolgáltatók és az ellátásért felelősök számára a gördülő fejlesztési tervek összeállításával, elkészítésével kapcsolatban”. (VK 1/2017) Available at: [http://www.mekh.hu/gcpdocs/77/VK-%201\\_2014%20%20sz%C3%A1m%C3%BA%20aj%C3%A1nl%C3%A1s%20GFT.pdf](http://www.mekh.hu/gcpdocs/77/VK-%201_2014%20%20sz%C3%A1m%C3%BA%20aj%C3%A1nl%C3%A1s%20GFT.pdf).

<sup>115</sup> In particular amortization and use of the network. See: VK 1/2014, 2.

<sup>116</sup> Law LIV of 2013, § 4 (1).



plained that one of the main reasons behind the legislation was that there was no healthy competition for energy related services. Though it is not a straightforward connection, water services are also affected. It is not yet clear how such mandatory price reductions will result in more efficient competition on the markets. It is even more difficult to picture how this law will change competitive pressures on the service providers or how it will bring about more efficiency on the market for drinking water supply<sup>117</sup>.

The changes in the Hungarian water service-provision system are far-reaching, courageous and innovative. However, they are also potentially damaging both from an economic and from a political point of view. Still, the country is not the only one that has been approached by the Commission concerning the interpretation of the WFD and the execution of water service provision. In the following, I will briefly discuss the relevant European issues.

#### *3.4. The interpretation of the European Court of Justice on the pricing of water services*

The European Commission initiated several infringement procedures against Member States for the incorrect interpretation of the notion of “water services” and insufficient mechanisms to ensure efficient pricing mechanisms for such services on their national markets<sup>118</sup>. The Commission started several investigations at the same time, yet bringing only one “test case” to the Court of Justice of the European Union (ECJ, or the Court). The cases, which started in 2007, have now come to an important standpoint.

Advocate-General Niilo Jääskinen of the ECJ published his opinion (the Opinion) in case C-525/12 on 22 May 2014<sup>119</sup>. The content of his opinion is somewhat unanticipated to perhaps a majority of the Member States, and certainly it is a shock for the European Commission (hereafter: EC, or Commission): it suggests that the Court should dismiss the claim brought by the EC before the Court. In essence, in Mr. Jääskinen’s view the Court

<sup>117</sup> The Government of Hungary would like to further decrease charges on consumers, not only in the water but energy and gas as well. This received wide coverage in the media. See, e.g. [http://www.portfolio.hu/vallalatok/megint\\_megszolaltak\\_magyarorszagra\\_londoni\\_elemezok.190757.html](http://www.portfolio.hu/vallalatok/megint_megszolaltak_magyarorszagra_londoni_elemezok.190757.html).

<sup>118</sup> See: Commission’s press release IP/12/536 of 31/05/2012.

<sup>119</sup> Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152659-8pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=369572>.

should dismiss the action as Germany did not breach its obligations under the Treaty on the Functioning of the European Union (hereafter: TFEU) by interpreting narrowly article 2, point 38, and article 9 of the Water Framework Directive (WFD)<sup>120</sup>. The country's interpretation of not considering hydropower production and related services<sup>121</sup> as water services under the WFD, gives greater flexibility for national legislation and should the opinion be confirmed by the Court, it would exempt Germany from the application of cost based pricing for a great deal of water services. The Court, in its judgment, followed this argument and dismissed the Commission's action, stating that “[a]rticle 9(4) of Directive 2000/60 provides that the Member States may, subject to certain conditions, opt not to proceed with the recovery of costs for a given water-use activity, where this does not compromise the purposes and the achievement of the objectives of that directive”<sup>122</sup>.

### 3.5. The law

The WFD sets up an innovative approach to water management in Europe by introducing mandatory economic considerations to the process of pricing of water services. Such economic considerations are based on long-established environmental concepts<sup>123</sup>. – such as the polluter pays principle –, would require immediate changes in national policies. The tools introduced would necessitate grand modification in how national sector policies approach water supply and water management.

The current case was the first occasion when the Court was required to examine the content of the full cost recovery based pricing of water services, which would include the resource and the environmental costs occurred during the provision of that service<sup>124</sup>. Case C-525/12 was also a trial-case for the EC because the Commission was entertaining the possibility to take

<sup>120</sup> Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy. OJ L 327, 22.12.2000, 1–73

<sup>121</sup> Among others, such as abstraction for personal or industrial use, intervention in order to facilitate water transport. In: Commission's claim, cited in the Opinion at point 2.

<sup>122</sup> The Court delivered its judgement on 11 September 2014. See: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd6aoca78d92d1484f9ae1cf2bf365d365.e34KaxiLc3qMb4oRch0SaxuPbhv0?text=&docid=157518&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=115748>.

<sup>123</sup> See, for example, WFD, Annex III and WFD, Article 4 (3) and (5).

<sup>124</sup> In particular, WFD, Article 9.

other Member States to the Court: Austria, Belgium (Flanders region), Denmark, Finland, Hungary, Netherlands, and Sweden are currently all subject to investigations by the EC<sup>125</sup>. Now, these cases are unlikely to follow.

### 3.6. *The debated issues*

Germany – and many supporting states, too<sup>126</sup> – maintained that Article 9 only refers to services, which have a provider, an economic entity, who is responsible for the service provision. The full cost recovery principle itself is a particular means to achieve objectives such as to “[...] *establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater*”<sup>127</sup>, but it is not the central goal of the Directive<sup>128</sup>. The Court’s judgment supported this approach by stating that there are only two types of water services, which are subject to full cost recovery based pricing: water supply and the collection of wastewater, as they are identified in Articles 2 (38) a) and b). As it is not the main objective of this study to present the details of the case, I will shortly summarize the conclusions.

Not only seems it to be a defeat to the Commission, the judgment gives rise to national interpretations and puts the very aim of the Water Framework Directive in danger. Should the Court not have followed the Advocate-General three things could have happened.

First, the ECJ could have followed the path set by the Court in the seventies<sup>129</sup> and acted as a hidden motor for integration. The Court does not only interpret the law, it also creates it. In time of great political swings and the appearance of wing-parties in the EU, regional integration needs no less than independently but coherently working EU institutions. The ECJ has found its way many years ago and can continue doing it on the basis of the rule of law and the treaties.

Second, the Court could have better embraced the political objectives<sup>130</sup>

<sup>125</sup> European Commission press releases of 31 May 2012 – IP/12/536 and of 27 October 2011 – IP/11/1264.

<sup>126</sup> Mainly the ones subject to investigation by the Commission.

<sup>127</sup> WFD, Article 1.

<sup>128</sup> See, point 4 of the Opinion.

<sup>129</sup> See, for example, case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR 1979 00649 (“*Cassis de Dijon*”).

<sup>130</sup> E.g. sustainable development, protection of European waters, national river basin management.

agreed at the time of the lettering the WFD, and thereby would have sent a very clear signal to the Member States that once negotiated objectives are commonly agreed national interests should not hinder the achievement of those objectives. Continuity and legal certainty would have been strongly improved.

#### 4. *Conclusions*

The new Hungarian legislation of the water sector was, no doubt, needed, and should be applauded. On a more critical note, as result of the new legislation water service markets in Hungary are not likely to lead to higher economic efficiency and better distribution of overall welfare for the society, especially if such markets continue to be closed off from competition. It remains however, arguable that given the utility aspects of water service provision, a certain degree of public involvement might still long be necessary. There are also other issues to be concerned with when one puts the private sector efficiency argument forward: as for one, the capital-intensive-ness of water markets also suggests that public involvement must be reconsidered during the – now long-lasting – time of general economic crisis. During times when companies announce insolvency much easier than during the period of an economic boom, the water supply sector requires more cautious regulatory interventions and carefully supervised liberalization. It is no doubt arguable that the central government must pay particular attention to operators and if needed, the tangible public hand should be seen to move. The grade of such involvement is delicate, and I believe that in Hungary, it has not been measured well. The particular intervention is seen to such an extent that it creates heavy burdens for potential innovative operators for entering the market. This is neither sustainable in the long run, nor is reasonable from an economic point of view<sup>131</sup>.

Another reason for the public authority to be involved is the pertinent lack of a sufficient level of market information on the side of the consumers, concerning the degree of public involvement. This must be improved and it should be the task of the regulator – and not the public authority itself –, as

<sup>131</sup> See, in particular the neoliberal economists' arguments in this respect, for example, in "The Conscience of a Liberal" at <http://krugman.blogs.nytimes.com/>.

propaganda is often the main cause behind re-municipalisation of water services<sup>132</sup>.

The recent market reform in Hungary aimed at modernizing the sector, based on market consolidation, stronger public presence and concentration of ownership in (central) public hands, when at the same time taking away the possibility of local control in locally provided services. I argued that this is a great misapprehension of needed reforms from both competition and environmental points of view.

I started with arguing that on water services markets, given their particularities and the historic legacy, the key for more efficient water service provision is the introduction of competition (NB: the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) has, in 2013, concluded in an abuse of dominant position case, that competition on a certain and limited geographic market of drinking water supply, already existed because of the threats of a potential market entry by the building of a parallel network. The GVH maintained that this had a strong incentive for the incumbent to moderate its actions and not to abuse its market power<sup>133</sup>). The purpose of introducing competition in public utilities networks is similar to other network openings: i) to open up the service network for additional service providers; ii) to provide the newcomers with equal or preferential treatment; iii) to minimize the burdens of exiting the market; iv) to incentivize market players to operate more efficiently, to innovate and to take economically reasonable risks. All this will, however, remain only a theory if new entrants are not able to access networks under fair and reasonable conditions<sup>134</sup>. By the current

<sup>132</sup> We see this as a wish and recommendation of other markets in Europe: the Grey-report of the UK markets in 2011 advocated for such improvements, which then were taken on board by the Water Act 2014.

<sup>133</sup> Decision in case Vj/31-22/2012 of the Hungarian Competition Authority. Although the case could become a benchmark in executive law-making, it should be cautiously assessed as in other geographical areas of the country conditions for water supply are different.

<sup>134</sup> As it is noted widely, in case of mandatory access conditions for incumbent players in the water supply markets, a competition constrain would emerge. This is caused by potential new entrants who are likely to press for negotiated access on wholesale markets in order to be able to provide retail services to households at more economic prices. (See, for example Stern, who argues that in the EU and also in the US, regulatory regimes and case law are too permissive in this regard and protect the interest of the incumbents by long exclusivity periods for service provision. STERN, *Developing upstream competition in the England and Wales water supply industry: a new approach*. CCRP Working Paper Series, No 17, March 2010, 23.) No doubt this

change in the regulatory framework, not much can be expected in this regard either.

In Hungary, on the one hand, the recent systematisation of market conditions should be welcomed because it remedied significant imperfections of the market. On the other hand, the new set of rules will result in minimal promotion of efficiency on the market and consumer well-being. The restructuring of the market, in such way that the public authorities become responsible for larger networks and that the central government's responsible arm may have decisive words in pricing issues on water markets, are neither intelligent nor sensible. This does not aim to remedy market failures caused by the economic crisis. It is true that the new sets of rules do not prohibit market liberalisation *expressis verbis*; however, they certainly do not promote it either. There are no rules, which incentivize new market entry, or which would endorse more efficient use of water. This way, the country's water sector is far from being characterized by efficient retail market competition, which is much advocated for as one of the goals of liberalisation in the sector<sup>135</sup>. Nowadays, if anything for the market, the embraced introduction of competition and enforced market mechanisms is desirable<sup>136</sup>.

The new framework does not sort out the legacy problem either: public ownership of network infrastructure and regulatory involvement remain not sufficiently separated. The Law CCIX of 2011 provides the government with the possibility to be directly involved in price setting, whereas, when it is politically inconvenient, it can hand over the decision-making power, to the regulatory authority. Finally, consumer control and buying power over water prices has traditionally been low in Hungary. With the new act, in my opinion, this is further deteriorated, as now consumers may now only express their views at times of national elections – and it is unlikely that water services related issues could be directly addressed<sup>137</sup>. I believe that this is likely to be more detrimental than beneficial to the market and to consumers.

In conclusion, I suggest that the framework for water service provision in Hungary be revisited. Nevertheless, I believe that the law does not, *per se*

raises again the question of ownership and management, and undoubtedly, also the issues concerning the investment ladder and the recoupment of costs against consumer interests.

<sup>135</sup> BYATT (2012).

<sup>136</sup> By enforced market mechanisms we mean the means that result in the increase of market players, their self-regulatory actions – both quantitative and qualitative.

<sup>137</sup> See also: HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 153 and p. 164.

contradict EU rules on water service provision – except perhaps the qualification of water services. Yet, it is questionable whether the shaky opening up of such service provisions in Europe, in other words, the generation of more efficient water service provision, is well respected. Though market concentration is not forbidden under the EU competition rules either, the framework for water services neither promotes nor precludes the further opening up of the markets: in other words contributes nothing to further economic integration of the national markets.

The European Commission recently received the citizens' initiative to debate the "Water is a Human Right" and thereby the need to debate the issue of access to water in the European Parliament<sup>138</sup>. This, and the fact that the Commission excluded water services from the rules on concessions in the EU<sup>139</sup>, shows that relevant legislation has taken a disturbed and populist approach, mixing concepts such as "the right to water", "water service provision" and "cost based pricing", thereby creating a potentially self-destructing policy hurdle for the coming years.

<sup>138</sup> Available at: [www.right2water.eu/](http://www.right2water.eu/).

<sup>139</sup> See, also: MEMO/13/623 of 26/06/2013. In addition, the rules on concessions are being debated and are not yet finalized. Currently, they are awaiting first reading in the European Parliament. See: [www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0437%28COD%29](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0437%28COD%29).

### **Abstract**

La regolamentazione dei servizi idrici rappresenta una questione cruciale in molti paesi europei. Dopo l'attuazione della direttiva quadro europea sulle Acque del 2000, vi è un intenso dibattito all'interno degli Stati membri in ordine alle modalità attraverso cui armonizzare e monitorare i mercati nazionali. Continuano ad emergere diverse interpretazioni intorno alla nozione di servizio idrico e al meccanismo di determinazione del prezzo basato sulla copertura integrale dei costi, con riflessi sul contenzioso pendente dinanzi alla Corte di giustizia. Nel frattempo, la privatizzazione, la deregolamentazione e la confisca delle infrastrutture di approvvigionamento idrico completano il quadro. Il presente articolo descrive i recenti cambiamenti nella regolamentazione della fornitura del servizio idrico in Ungheria (víziközmű-szolgáltatások).

Water supply regulation remains to be a critical issue in many European countries. Since the adoption of the Water Framework Directive in 2000, Member States struggle to understand how the national markets should be synchronized and monitored. Different interpretations of water services and conditions of full cost-based pricing emerge. This leads to a situation when the Commission is obliged to bring cases before the European Court of Justice. In the meantime, privatization, deregulation and confiscation of water supply assets color the landscape.

The article presents the recent changes in water supply regulation in Hungary. The reader will get familiar with how the national system of water service provision in Hungary (víziközmű-szolgáltatások) was reformed due to imminent changes in the governing legal framework.

### **Key words**

Regolamentazione, servizio idrico, copertura integrale dei costi, privatizzazione, deregolamentazione.

Regulation, water supply, full cost-based pricing, privatization, deregulation.



**Pál Belényesi**

**An outlook to regulation of water services  
in the light of the recently modified regulatory framework  
in Hungary**

**Sommario:** **1.** Introduction. **2.** The European Union law **2.1.** Background. **2.2.** Efficient use of water services. **2.3.** Water markets in Europe. **2.4.** The UK. **2.5.** France and Germany. **2.6.** Summary. **3.** Water markets in Hungary. **3.1.** The water sector in Hungary before 2012. **3.2.** The new law. **3.3.** Changes in the framework for water service provision. **3.4.** The interpretation of the European Court of Justice on the pricing of water services. **3.5.** The law. **3.6.** The debated issues. **4.** Conclusions.

*1. Introduction*

The regulation of water services in the European Union (EU) remains within the responsibility of the Member States. In most countries, the provision of water services is regulated at local level, closest to the consumers. Local authorities are responsible for the provision and the execution of water services, in addition to their responsibility to maintain the networks in good shape<sup>1</sup>. Elements of the water networks are typically owned by the national, regional or local authorities. Such authorities appear on all sides of the service: provision, usage and tendering of the services, and they are also involved in setting the price of the service.

The presence of the public sector on the water services markets is evident, the market is scattered with many service providers. Although it is an established fact that healthy competition creates benefits for the consumers,

<sup>1</sup> Most prominent European examples of water service provision, where the public-private cooperation is present in the service provision, are: France, England and Wales, Scotland, Germany, Spain and Hungary.

markets and market players, the water services markets remain inefficient and fragmented. Service provision generally remains wasteful even when private participation is allowed. Hundreds of small firms compete for the provision of water and related services, leading to economic and social inefficiencies<sup>2</sup>.

One of the reasons behind market failure is that privatisation is rarely accompanied by well-planned liberalization, adequate market regulation, and vigorous market monitoring. In addition, concepts like “water rights” and “stewardship of water”, “abstraction licensing” and “water service provision” have become essential<sup>3</sup>. Another reason is that the result of the shared but differentiated responsibility approach to environmental regulation accompanied by the imperfect implementation of the Water Framework Directive (WFD) in the EU. Consequently, water prices rarely represent the environmental and resource costs associated to the production of the water service.<sup>4</sup> Industrial, agricultural and personal water uses are not well separated, and water markets continue to operate inefficiently<sup>5</sup>. This later may cause social problems for consumers, confuses public policy issues for governments and finally, results in off-putting investment considerations for private entities active in the water markets<sup>6</sup>.

For a long period, there have been discussions about the consequences

<sup>2</sup> See, e.g.: EEB European Environmental Bureau, *A Review of Water Services in the EU under liberalisation and privatisation pressures*. EEB Publication Number 2002/012, Brussels. In spite of the fragmented water services markets, some international firms' market share is evident in most European countries. For further information, see: HALL, LOBINA, *Water companies and trends in Europe 2012*, PSIRU 2012-08-W-EWCS.

<sup>3</sup> For recent work on the subject, see, for example BELÉNYESI, *Water regulation in Europe – only for idealists?* (Verlag Dashöfer, 2009); VOLLARO ET AL., *Potential for water use right market development in Italy: social acceptability in the context of climate change* (AIEAA paper, Parma, 6-7 June, 2013); SHEPHEARD, LANGE, *Is there still an Economic Right to Water?* (FLJS Policy brief, 26 June 2013).

<sup>4</sup> See in this regard Art. 2(38) and 9 of the Water Framework Directive. Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy. OJ L 327, 22/12/2000, 0001-0073.

<sup>5</sup> It is worth to read in this respect Sir Byatt's relatively recent contribution to water market liberalization and its failures. BYATT, *Water: Supply, Prices, Scarcity and Regulation*, IEA Current Controversies Paper No. 37, August 2012.

<sup>6</sup> On slightly opposing views, see: PRASAD, *Privatisation Results: Private Sector Participation in Water Services After 15 years*, Development Policy Review, 2006, 24 (6): pp. 669-692.

of the liberalization and decentralization processes in the water sector in Europe and elsewhere. These processes are complex, due to the different factors involved when decision-making authority is transferred from central government to sub-national bodies, or when liberalization is not accompanied by strong regulatory supervision, while municipalities, as pricing authorities, gain special tasks. The processes do not only affect the delegation of powers but also it involves transfer of ownership of the physical assets. This development was turned upside down with the recent surge of the re-municipalisation of water service provision in many countries in the world.

Following the adoption of the WFD, Member States started to reconsider national water management practices and water pricing and to align them with the full cost recovery principle<sup>7</sup>. Consequently, in some countries, the water sector has been restructured. France, the Netherlands, the UK, Spain and Germany have all reorganized their national water markets<sup>8</sup>. In Hungary, with the entry into force of Law CCIX of 2011, the water services market was also significantly reorganized. The reorganization brought along structural, institutional and dynamic changes. In spite of the much needed reform, the changes may be described as a too eager optimization of the market structure (monopolization), combined with the solidification of public ownership of network assets, greater power of the government concerning daily management issues (e.g. loss of local democratic control over prices and service quality) and no provision of efficiency incentives as to pricing and cost structuring. In addition, the Act set up a new regulatory agency, though at the same time it gave the final say regarding setting both final and access prices to a government department. As result of the new principal-agent regulatory model, it is feared that consumers will have less say in the management and the pricing of water services. Therefore, the advocated direct democratic control is weakened<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cost based pricing or the “application of the cost recovery principle” means that prices of water services are based on the price of production, and the final prices consist of the production and the transportation costs plus a reasonable profit of the firm who provides the service.

<sup>8</sup> See, in particular: BELÉNYESI, *More efficient regulation of water services and the polluter pays principle*, PhD dissertation, 2013, pp. 179–209. Available at: [http://jog.unideb.hu/documents/doktori\\_nyilvanosvita/belenyesi-ertekezes.pdf](http://jog.unideb.hu/documents/doktori_nyilvanosvita/belenyesi-ertekezes.pdf).

<sup>9</sup> See: TAMÁS HORVÁTH, GÁBOR PÉTERI, *Nem folyik az többé vissza. Az állam szerepének átalakulása a víziközműszolgáltatásban*, in: Valentiny-Kiss-Nagy, *Verseny és szabályozás*, 2012, pp. 177–200.

The legislation has already received both supportive and critical commentaries from the academic world<sup>10</sup>.

This article introduces how the most significant regimes regulate water markets in Europe and summarizes the changes brought by the new legislation, and looks at the first outcomes.

## 2. *The European Union law*

### 2.1. *Background*

Modern history of water regulation and water use dates back to the end of the nineteenth century, though the first international agreements concerning transnational water did not deal with economic problems of water use. Water service (or rather *water service provision*) as a novel central issue of sustainable economics, has taken a new impetus as part of the negotiations centred on climate change, biological diversity and international development around the world. Environmental and regulatory economics played an important role in that context, and the design of the legal frameworks for such services had started<sup>11</sup>. In spite of these efforts, we continue to observe unstable<sup>12</sup>, unjustly high or unreasonably low water prices<sup>13</sup>. It is stunning

<sup>10</sup> For a more comprehensive analysis, see, for example: JÁNOS EDE SZILÁGYI, *A víziközműszolgáltatások és a víz árának szabályai*. Agrár- és Környezetjog, 13. szám, 2012 pp. 92–104.; TAMÁS HORVÁTH, GÁBOR PÉTERI, *Nem folyik az többé vissza. Az állam szerepének átalakulása a víziközműszolgáltatásban*, in: VALENTINY, KISS, NAGY, *Verseny és szabályozás*, 2012. For pricing related analysis, see: BELÉNYESI, *Árazási kérdések a vízszolgáltatások piacán*. MTA KTKI, *Szabályozás és Versenyjog* 2014 (under publication) [Pricing issues in water supply markets – in Hungarian]; BELÉNYESI, *Recent modifications in Hungary's regulatory framework for water service provision*, European Networks Law and Regulation Quarterly, Lexxion Publisher, 1/2014, pp. 17–28.

<sup>11</sup> See, for example: HUNTJENS ET AL, *Institutional design propositions for the governance of adaptation to climate change in the water sector*, global Environmental Change, Vol 22, Issue 1, 2012, pp. 67–81.

<sup>12</sup> For unstable prices, see, e.g. Global Water Intelligence Survey, Vol 12, Issue 9, September 2011. For additional data, visit: <http://www.globalwaterintel.com/tariff-survey/>.

<sup>13</sup> Some examples: A bathtub of water in Denmark and Scotland can cost 10 times more than in Mexico, while Irish households pay no direct fees for water. Also, water bill increases over the last decade were primarily driven by higher wastewater charges to cover the costs of investment in environmentally-sound treatment and disposal. In many OECD countries it now costs more to get rid of wastewater than to bring in drinking water, in: Gruppo HERA, 2012 (For particular information, visit: [http://www.gruppohera.it/clienti/casa/casa\\_acqua/casa\\_acqua\\_tariff-survey/](http://www.gruppohera.it/clienti/casa/casa_acqua/casa_acqua_tariff-survey/)).

how the consumer price index for water and sewer utilities rose since the fifties of the last century – by over 330% –, representing the highest increase among all utilities<sup>14</sup>. Industrial, agricultural and personal water uses were never separated from a pricing point of view and water markets were not efficient. In the past ten to fifteen years, countries started to reconsider water pricing, as required by the full cost recovery principle of the WFD<sup>15-16</sup>.

In Europe, the most prominent examples for national regulation are England and Wales, France, Germany, and since the recent sector reform, Hungary. Industry reforms have been concluded in other Member States as well<sup>17</sup>, but the main characteristics of the European water sector were developed in these countries thanks to nation-wide liberalization, historical structures or the split of competences between the federal and regional level.

## 2.2. *Efficient use of water services*

Just what are water services? Water services may mean the following water related actions: extraction, cleaning, transportation, storage, supply, as

*iffe/3255.html*. Notwithstanding the annual increase in Italy, the price of water remains to be relatively low compared to other cities. The national average of 1.6 euro/m<sup>3</sup> is nowhere close to the prices of Tokyo, Paris, Berlin or San Francisco. (See, e.g.: “A Milano l’acqua costa 6% in più”, *La Repubblica*, 13/03/2014, available at: [http://milano.repubblica.it/cronaca/2014/03/13/news-a\\_milano\\_l\\_acqua\\_costa\\_il\\_6\\_per\\_cento\\_in\\_pi\\_l\\_aumento\\_vale\\_anche\\_per\\_il\\_2013-80920727/](http://milano.repubblica.it/cronaca/2014/03/13/news-a_milano_l_acqua_costa_il_6_per_cento_in_pi_l_aumento_vale_anche_per_il_2013-80920727/) or “Acque Veronesi e aumenti in bolletta: “Le nostre tariffe restano le piu basse in Italia”, *Veronaserà.it*, 17/04/2014, available at: <http://www.veronaserà.it/cronaca/verona-acque-veronesi-aumenti-bolletta-nostre-tariffe-restano-piu-basse-italia-17-aprile-2014.html>).

<sup>14</sup> All other than water utilities, the increase represents a less than 140% increase. It must be noted that compared to general CPI increase, water services represent an over 200% upward trend, which is outstandingly high comparing all utilities. In: “Trends in the Consumer Price Index for utilities 1913–2012”. BEECHER, IPU-MSU Research note, Exhibit II, available at: [http://ipu.msu.edu/research/pdfs/IPU%20Consumer%20Price%20Index%20for%20Utilities%202012%20\(2013\).pdf](http://ipu.msu.edu/research/pdfs/IPU%20Consumer%20Price%20Index%20for%20Utilities%202012%20(2013).pdf).

<sup>15</sup> Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy. OJ L 327/1 of 22.12.2000.

<sup>16</sup> Cost based pricing or the application of the cost recovery principle means that prices of water services are based on the price of production, and the final prices consist of the production and the transportation costs plus a reasonable profit of the firm who provides the service).

<sup>17</sup> Spain, the Netherlands. On other country specific case studies, see: “Dealing with post-decentralisation implications in the water sector. Based on country experience cases”. OECD, EAP Framework studies, 2009.

well as the collection, transportation and re-use of waste water<sup>18</sup>. However, as it is evident from the form of the actions, their hydrological and economic characteristics are not only multilayered, but make it also impossible to compare them soundly. If we consider each action to be a phase of the water supply chain we may pre-empt redundant arguments<sup>19</sup>. In this article, we focus on the supply of water to customers, more specifically, on the supply of drinking water. We use the definition of the WFD, which represents a broader and more inclusive definition of water usage and water services. This definition is vital to validate the water service provision from an economic efficiency point of view.

What does the efficient use of water services mean then<sup>20</sup>? Efficient use of water services imply the cost-based pricing of water services, costs being understood as environmental, resource and production costs<sup>21</sup>.

The use of water services may be considered as “efficient” if there is sufficient water for the coming generations if we do not overcharge this limitedly available natural resource, and if we do not create eco-environmental shortages of water basins. In other words, we must pay for the water we use, taking into account all characteristics of water<sup>22</sup>.

Europe’s water management suffers from the lack of an adequate financial structure to run efficient and sustainable water policies<sup>23</sup>. The author believes that in order to best optimize water service provision in Europe, the introduction of an economic, efficiency-based regulation of drinking water

<sup>18</sup> This is also reflected in the new legal framework for water service provision in Hungary. Law of CCIX of 2011, § 2, point 20.

<sup>19</sup> Our point is that the treatment of water and the cost structures associated with each “step” differ significantly. Take for example transport and abstraction of water. Though transport costs of water are notably higher than of any other network-related service, abstraction represents the main costs in the service provision.

<sup>20</sup> About efficiency in the water sector, in particular, see: CAI ET AL., *Physical and economic efficiency of water use in the river basin: Implications for efficient water management* (Water Resource Research, Vol 39, Issue 1, 2003).

<sup>21</sup> See also the definition of the WATECO working groups. *Assessment of the Recovery of Costs for Water Services for the 2004 River Basin Characterisation Report* (Art. 9), (Drafting Group ECO1, Common Implementation Strategy, WG 2B, May 2004); *Assessment of Environmental and Resource Costs in the Water Framework Directive* (Drafting Group ECO2, Common Implementation Strategy, WG 2B, June 2004).

<sup>22</sup> As explained above: for the moment and for various reasons, we do not.

<sup>23</sup> CEPS Task Force Report, *Which economic model for a water-efficient Europe?* Brussels, November 2012, p. 15.

supply is necessary, primarily at the level of the distribution networks<sup>24</sup>. In other words, industry reforms should target the introduction of competition with the unconditional application of the cost based – i.e., full cost recovery based – pricing principle to the water services<sup>25</sup>. This requires the pursuing of upstream water competition, which would ease off the burden on the monitoring of an integrated monopoly, a typical case of network industry regulation<sup>26-27</sup>. The creation of upstream water competition with the correct pricing structures and incentives would relieve ex-ante competition from the structural – and potentially also legal – separation of network elements and could focus on efficient regulation of retail and wholesale markets without such static interventions<sup>28</sup>.

The representation of environmental, resource and production costs in pricing of water services was specified in the WFD along with emphasizing the application of the polluter pays principle as part of the equation when defining the final prices of water<sup>29</sup>. In particular, this is a requirement under

<sup>24</sup> There are other views, somewhat contradictory to mine. Still, my statement in this regard does not look at ownership issues. In my view, change property ownership related concerns are secondary to market opening, however, only in design, not in timing. In this respect see, e.g.: HERRALA, HAAPASOLO, *Effect of governance models on enhancing water service delivery*, International Journal of Public Sector Management, Vol. 25 Iss: 5, 2012, pp. 373–390.

<sup>25</sup> There are many other mechanisms to achieve better distribution of welfare in this market, however, more efficient pricing is the prerequisite for further thinking on water trading rights, metering, EU-level regulation, etc.

<sup>26</sup> There are also other means to enhance competition in the water supply markets. These means remain to be explored. Nevertheless, it can already be anticipated that for example, the introduction of water trading at different levels of the service provision could further provide for better competition. Such trading could appear in trading of water abstraction licenses, bulk water trading or treated water trading.

<sup>27</sup> STERN, *Developing upstream competition in the England and Wales water supply industry: a new approach*, CCRP Working Paper Series, No 17, March 2010, 6.

<sup>28</sup> Static regulatory interventions, as compared to dynamic interventions pose heavier burdens on the market players and are more pertinent to market mechanisms, therefore are to be considered as last resorts. Somewhat in consequence, the so-called “second generation regulatory reform” has the purpose of replacing both static and dynamic, ex-ante regulation by competition where advantageous. This is also easier achievable if ex-ante regulation already considers ex-post measures – and the reasonable pricing structures are no doubt such means.

<sup>29</sup> Under these terms, environmental costs are being the “*cost of damage that the water users impose on the environment and ecosystems and on those who use the environment*”, and resource costs are basically forgone opportunities. In: Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, (WATECO, Working Group 2.6) Guidance document no. 1, European Commission, 2003, pp. 69–72. See further, e.g.: GÖRLACH ET AL., *Assessing Environmental and Resource*

Article 9 of the directive with the aim to urge water-users to consume water resources more efficiently, and to provide with a better distribution of water between the different users<sup>30</sup>.

However, the directive does not refer to the application of this later principle to the eventual market liberalization process, nor as a method of calculation when setting network access prices. The author will argue that the application of this principle to open and competitive markets at wholesale access level is desirable everywhere. This would provide significant efficiency gains, especially when the market is dominated by a few incumbent companies and sector regulation is untested. These efficiency gains could then be distributed among market players, users and regulatory authorities (central budgets)<sup>31</sup>.

### 2.3. *Water markets in Europe*

Water market regulation is not homogeneous in Europe. England and Wales provides us with a clear case of a liberalization with a *strong regulatory scheme*, France gives us insight to a *delegated management* type of service provision on the water supply and wastewater markets, where the state is present in private companies and these companies reign the market, and finally, Germany shows how *a federal system deals with water service provision* at all levels. There are other examples in Europe, but in order to understand the functioning of the Hungarian water services market, these countries provide the best basis for international comparison.

### 2.4. *The UK*

The design of the water sector of England and Wales is the leading ex-

*Costs in the Water Framework Directive: the Case of Germany*, Ecologic, Institut für Internationale und Europäische Umweltpolitik, Final Report, October 2004.

<sup>30</sup>This view is not shared by everyone. See, e.g. Advocate General's opinion at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152659&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=369572>.

<sup>31</sup> I must reiterate that an industry reform must be “sold” to the users, given the non-co-operative commodity characteristics of water. Water supply is a network industry, however, water is the principle of life. It cannot be treated as other services and goods. Yet, experience from network regulations, such as energy, telecommunications, gas, postal services, transport could well be implied in redesigning the sector.



ample of water market liberalization in Europe<sup>32</sup>. The Scottish water markets followed soon this progression<sup>33</sup>. The regulatory landscape in the water sector is complex. The regulator (Office of Water Services, Ofwat) monitors and sets the rules for a large number of companies, ranging from large incumbent water and sewerage companies to small new entrants<sup>34</sup>. The water markets of England and Wales can be described as a partially liberalized market, which have manifest regional characteristics, and where the public authority holds strong monitoring powers especially as regards price setting and controlling market concentrations. The liberalization of the market was driven by serious considerations for public financing and ownership of public property in the '80s. These considerations became a regulatory drive soon elsewhere in the world<sup>35</sup>. The regulatory authority of responsible for market monitoring was established in 1989 and has contributed to significant achievements in the water sector, in particular in reducing the industry's and the sector's regulation's impact on consumers through higher charges.

There were ten companies providing water and wastewater services, and thirteen companies specialise only in water service provision in 2005/2006<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> MÉNARD, PEEROO, *Liberalization in the Water Sector: Three leading models*, Rolf Kunneke (ed.), *Handbook of Liberalization*. E. Elgar Pub. 2011, 324-327 and 12. Further reading: LOBINA, HALL, *UK Water Privatisation – a briefing*. (PSIRU working papers, University of Greenwich, February 2001).

<sup>33</sup> *The introduction of Competition into the Scottish Water Industry: A consumer perspective*. Waterwatch Scotland – August 2010; see also, Water Services etc. (Scotland) Act. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2005/3/contents>.

<sup>34</sup> The regulatory setting is even more multifaceted. There are two other regulators, the Drinking Water Inspectorate (DWI) and the Environment Agency (EA), which monitor the markets and have the ability to impose obligations on the companies. For example, "... in developing their business plans the companies are subject to a number of planning processes and other inputs, which may be consulted upon separately and have varying degrees of statutory force. Consumers, who have a strong interest in ensuring that the required quality standards and other objectives are delivered at an acceptable cost, are represented by the Consumer Council for Water". In: *Review of Ofwat and consumer representation in the water sector*. Independent review commissioned by the UK and the Welsh governments, led by David Gray, 2011. 4-5. Available at: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69442/-ofwat-review-2011.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69442/-ofwat-review-2011.pdf) Referred to as "Gray-report (2011)".

<sup>35</sup> For a more critical approach, see: COWAN, *Regulation of several market failures: the water industry in England and Wales*, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 9, No. 4. 2011, 14-23.

<sup>36</sup> The development of the water industry in England and Wales. Point 1.5. (Ofwat-Defra, 2006).

According to the Cave-report, there were twenty-one vertically integrated companies in England and Wales in 2009<sup>37</sup>. Currently, there are thirty-two regulated companies in the water sewerage sectors. Ten regional companies provide both water and sewerage services, nine regional companies provide water services only, five local monopoly companies have appointments to provide either water or sewerage services or both, and eight water supply licensees offer water services to large user customers<sup>38</sup>. Competition for customers is imperfect – available only for some consumers and some market players. Inset appointment is also possible and consumers who use more than 50Ml per year may choose supplier since 2005. Other commentators urged this relative success suggesting the further opening up of the markets<sup>39</sup>. As new Water Act was granted royal approval recently<sup>40</sup>, all English non-domestic consumers – more than a million – will be able choose their water supplier soon. The full opening of the markets is now scheduled for April 2017<sup>41</sup>.

The water market in England and Wales is a unique example of how centrally diversified regulatory authorities can supervise market mechanisms by setting the prices and allotting optimal market conditions. Yet, reviews point out several fallacies in the existing regime, which could be improved in order to further facilitate market operations and improve consumer satisfaction, while increasing efficiency in the service provision<sup>42</sup>. Some of the suggestions that could further facilitate the functioning of the markets are clearer than others. This is an indication of losing up regulatory burdens and legal certainty by market players. The request was supported by not only market reviews<sup>43</sup> but also by specific needs of the industry for a wider,

<sup>37</sup> Professor CAVE, *Independent Review of Competition and Innovation in Water Markets: Final report* (April 2009), available: <http://archive.defra.gov.uk/environment/quality/water/industry/cavereview/documents/cavereview-finalreport.pdf>, p. 6.

<sup>38</sup> Source: Ofwat. At: <http://www.ofwat.gov.uk/competition/supplying/>.

<sup>39</sup> Cave (2009). See also STERN, MIRRLEES, BLACK, *A framework for valuing water in England and Wales*. Utilities Policy, Vol. 23, December 2012. pp. 13–30, in particular Preamble and pp. 13–14.

<sup>40</sup> See short explanation later in this section.

<sup>41</sup> E.g. “Water Bill passing set to bring competition to England’s £2bn water market” – *edie Water*, 15 May 2014, available at: <http://www.edie.net/news/4/Water-Bill-UK-business-changes-market-competition-2014/>; “England’s water markets to open to competition” – *the energyst*, July 7, 2014, available at: <http://theenergyst.com/englands-water-market-open-competition/>.

<sup>42</sup> E.g.: Gray-report (2011).

<sup>43</sup> “[...] the burden imposed on the companies by the regulatory regime is excessive and needs to be reduced. [...] We saw considerable evidence to suggest that Ofwat goes too far into the detail of company business plans and that, as a result, the companies are very Ofwat-focused

more effective and constructive engagement of Ofwat with the stakeholders<sup>44</sup>.

Although it is not this study's objective, in order for a more comprehensive view, I will contemplate the latest development in the sector. As indicated, the royal assent was given to the Water Act 2014, in May 2014<sup>45</sup>. The objectives of the Act, among others, are to reform the water industry in order to make it more innovative, to increase the resilience of water supplies, and to bring forward measures to ensure a smooth transition to the free market over the longer term. The Act will enable all business, charity and public sector customers in England to switch their water and sewerage supplier, and will empower owners of small-scale water storage to sell excess water into the public supply. Although the implementation period is yet to come, the legislative design could already be hailed.

### 2.5. France and Germany

In France and Germany, water markets were also, and continue to be, subject to market reforms, although to a different extent. In France, the delegated model – or the “contractual delegation model” – is the most commonly applied way of service provision<sup>46</sup>. Property rights belong to the State, while service provision is executed by joint ventures between the public and private sectors or is performed exclusively by private service providers<sup>47</sup>. The

and very cautious and conservative in their approach. Rectifying this will require a substantial change of approach by both Ofwat and the companies it regulates. There is also some evidence that the system of incentives applied by Ofwat may be too focussed on penalties and compliance as opposed to positive incentives for desired changes of behaviour”. *Ibid.* 6.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>45</sup> Water Act 2014. Full text and explanatory notes are available at [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/21/pdfs/ukpga\\_20140021\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/21/pdfs/ukpga_20140021_en.pdf).

<sup>46</sup> See also: MÉNARD, SAUSSIÉ, *Contractual Choice and Performance – The Case of Water Supply in France*, *Revue d'économie industrielle*, Vol 92, No 92, 2000, 385–404; MONTGINOUL, RIEU, *Instruments économiques et gestion de l'eau d'irrigation en France*. La Houille Blanche, Number 8, Décembre 1996, pp. 47–54; CARPENTIER ET AL., *Effets de la délégation sur le prix de l'eau potable en France*. (Economie & prévision, 2006/3 (n° 174)), pp. 1–19; BOURHIS, *La Publicisation des Eaux* (Thèse de doctorat), 2004, available at: [http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/35/25/36/PDF/lebourhis\\_2004\\_these\\_base\\_sans\\_ill.pdf](http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/35/25/36/PDF/lebourhis_2004_these_base_sans_ill.pdf); *Dealing with post-decentralisation implications in the water sector* (OECD-study, 2009) 10, available at: <http://www.oecd.org/environment/outreach/44096445.pdf>.

<sup>47</sup> See, also: ENA, *Direction des études*. Options d'approfondissement, Groupe n° 9: *La Délégation de service public. Un modèle à repenser?*, fév. 2009, p. 3.

delegation contracts contain the main elements of the service provision both from procedural and financial points of view. Competition for the market is only possible at the time of contracting. However, as it was pointed out by the European Commission's DG Competition, competition for the contestable markets is not always without problems (The French water services market is, so far, the only market in Europe, which was targeted by unannounced investigations. This was then followed by the start of an official antitrust procedure in 2012<sup>48</sup>).

Given the role and importance of the regional and local authorities, the French water sector is both centralized and decentralized. Gouritin notes that the objective of water regulation in France was decentralisation and redistribution of powers until Law 1772/2006 created the national agency responsible for water and water environments (*Office national de l'eau et des milieux aquatiques*, ONEMA), keeping the responsibility of service provision with the *départements*<sup>49</sup>. On the concentrated market, Véolia and Suez are responsible for 2/3 of the market and SAUR serves ten per cent of the market<sup>50</sup>. Management of the local public services can be either private or public: local governments have a constitutional right to delegate these services under a strict control. For various reasons, the sector suffers of poor performance. It is not surprising that many public utilities in France continue to seek better ways to improve operational, investment and managerial efficiency<sup>51</sup>.

On the other hand, Germany has no particular water problem with bountiful supply of water in general. Nevertheless, because of traditional mismanagement of water service provision, shortages in supply may occur. Costs are higher in large service areas and in the mountainous regions. Because of its constitutional system, water services in Germany function in a particular way: the sixteen federal States are responsible for water service provision

<sup>48</sup> See IP/12/26. It must be noted that the Commission ended this investigation by dropping charges against the three main companies concerning alleged price fixing. Nevertheless, this does not mean that the market is competitive and works efficiently. See, e.g. [www.law360.com/articles/437147/eu-closes-antitrust-probe-of-french-water-utilities](http://www.law360.com/articles/437147/eu-closes-antitrust-probe-of-french-water-utilities).

<sup>49</sup> GOURITIN, *Water management and protection in France*, p. 438, in: *Environmental Protection in Multi-Layered Systems. Comparative Lessons from the Water Sector*, in: ALBERTON, PALERMO (ed's.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2012.

<sup>50</sup> Further reading: BARRAQUÉ, LE BRIS, *Water Sector Regulation in France*. (CESifo DICE Report 2/2007), p. 10.

<sup>51</sup> See, in detail: ELANBOULSI, *What can we learn about water services management and privatization in France?*, Water Conservation Pricing, WRPMD '99, pp. 1-25.

based on their particular legislation, while there are certain minimum standards set at the federal level, mostly to keep national legislation in line with EU law<sup>52</sup>. Yet, it is the municipalities who implement final management related activities<sup>53</sup>. In short, it is the constitution (Grundgesetz) that contains interesting provisions for the status of water in Germany<sup>54</sup>. A minimal guarantee of basic level of supply, delegated management rights to the states and the right of the self-governed municipalities to regulate all local affairs on their own and within the limits prescribed by the laws.

The price for the service provision is also regulated by acts in the federal States but only if the public sector is involved in the service provision (see, “Kommunalabgabengesetze”). Such acts are usually very specific in prescribing the calculation of costs and other aspects of service delivery. The principle of recovery of costs for water services, the maintaining of the real value of assets and the concept of reasonable profit are integrated into these acts. The institutions providing water services under private law are not required to adhere to the act regulating municipal fees. At best, these entities are controlled by the competition authority<sup>55</sup>.

## 2.6. Summary

Europe has a patchwork of water service provision. The main reasons behind this is the regionally diverse water conditions, the historically different systems, the diverging national regulatory approaches, and the division of powers between the different layers of national administration in the Member States.

The European Union took a novel approach toward sustainable water resource management with the EU Water Framework Directive fourteen years ago. The directive promotes sustainable water use through long-term protection of available water resources, and introduces the concept of effi-

<sup>52</sup> For the full picture see: *Branchenbild der deutschen Wasserwirtschaft*, 2011, available at [www.dvgw.de/fileadmin/dvgw/wasser/organisation/branchenbild2011.pdf](http://www.dvgw.de/fileadmin/dvgw/wasser/organisation/branchenbild2011.pdf); and FREESE ET AL., *A Comparative Analysis of Water Service Delivery in Germany and South Africa*. Part 1, (Discussion paper 1/2011, University of Osnabruck), available at [www.wiso.hs-osnabrueck.de/fileadmin/users/-426/upload/Discussion\\_paper\\_\\_A\\_Comparative\\_Analysis\\_of\\_Water\\_Service\\_Delivery\\_2011\\_01.pdf](http://www.wiso.hs-osnabrueck.de/fileadmin/users/-426/upload/Discussion_paper__A_Comparative_Analysis_of_Water_Service_Delivery_2011_01.pdf).

<sup>53</sup> FREESE ET AL., 2011, pp. 17–18.

<sup>54</sup> Articles 20, 28 and 70.

<sup>55</sup> See further, FREESE ET AL., 2011, p. 25.

ciency-based pricing. “The lofty goal of achieving good status of all waters requires strong adaptive capacity, given the large amounts of uncertainty in water management”<sup>56</sup>.

### 3. *Water markets in Hungary*

The water service provision market can be described as an irregularly contestable ecological service market<sup>57</sup>, where irregularity refers to a period of 10–45 years, highly depending on service contracts and contractual form<sup>58</sup>. Irregularity also refers to the non-periodic possibilities for competition for the markets given the longer lifetime of service provision contracts. This is based on the capital intensiveness of the service provision.

In Hungary, for a long time, service contracts were distributed unevenly and private–public participation was neither well assessed nor efficiency based. As one notes, conflicts on the market were managed from a short-term political point of view, leaving market based mechanisms out of the discussion<sup>59</sup>. Overall, the irregularly and the limitedly contestable markets never provided strong incentives for market entries. The public sector is present on all sides of the contracts, which gives ground for incentives to preferable treatment and anticompetitive favouring of certain enterprises especially if the service provider/network owner/costumer are the same entities. Historically, given the strong involvement of the public authorities, low prices were seeking the renewal of democratic authorization (elections) as opposed to market based mechanisms, which would aim at effective service provision and minimal losses. The institutional background for service management was also lacking and the original haze of privatization, which resulted in higher but more efficient pricing of water services, was overturned by dissatisfaction and ineff-

<sup>56</sup> GREEN, GARMESTANI, VAN RIJSWICK, KEESSEN, 2013, *EU water governance: striking the right balance between regulatory flexibility and enforcement?*, in *Ecology and Society*, 18(2): 10. <http://dx.doi.org/10.5751/ES-05357-180210>.

<sup>57</sup> For the interaction between ecological services and network industries, please see: BÁLINT, *Az ökológiai gazdálkodás virtuális piacai*, PhD-thesis, Budapest, Corvinus University, Budapest, 2006.

<sup>58</sup> These are concessions, lease, and long term lease.

<sup>59</sup> See also: SZILÁGYI (2012), p. 93.; and ÁLLAMI SZÁMVEVŐSZÉK (Court of Auditors, Hungary), *Jelentés a vizek védelmének és a vízgazdálkodási feladatok ellátásának ellenőrzéséről*. (1049. sz. jelentés, February 2011), available at: <http://www.asz.hu/jelentes/1049/jelentes-a-vizek-vedelmenek-es-a-vizgazdalkodasi-feladatok-ellatasanak-ellenorzeserol/1049j000.pdf>.

fective reorganization of tasks *within* the public authorities. This later had a negative effect on market development. Networks were not upgraded, costs remained inefficient and uncollectable, service provision contracts were not rigorously monitored, while the role of the public authorities was inflexible both for price setting and for the conditions of service provision.

Similar to international practices, one of the main problems in Hungary is that the pricing of water supply is not sustainable and prices are not set according to the standards of long term service provision. This questions the country's obligation to implement EU law and apply the same standard for certain derogations for water service provision and environmental regulations in the common market. Finally, sector-related ownership is often debated and the government provides neither technical help nor exercises effective monitoring<sup>60</sup>.

### 3.1. *The water sector in Hungary before 2012*

The water service provision networks in Hungary can be described as a system of old pipes and outdated assets already with many years of service. Until very recently, about 60 per cent of the market was served by small companies and 40 per cent stayed with the larger, multinational companies, serving the capital and other urban areas with a higher number of consumers<sup>61</sup>. Drinking water supply market<sup>62</sup> in Hungary has traditionally been a two-level, multi-faceted and highly fragmented market with public, private and public-private characteristics for service provision. After changes in 1989, five larger companies<sup>63</sup> at regional level, and approximately 400 companies

<sup>60</sup> See: KOSKOVICS, UNGVÁRI, *Áttekintés a magyar víziközmű-ágazatról*, Műhelytanulmány – REK. Verseny és szabályozás 2010 (ed.: VALENTIN ET AL., 2011. pp. 306–328). According to the new law this should change, however it is too early to judge.

<sup>61</sup> For the detailed description of the market in Hungary, see: PUMP, *A jog hatása a fenntartható közszolgáltatásra a hulladékgyűjtés és a vízgazdálkodás területén*, PhD-thesis, ÁJDI-ELTE, Budapest, 2012.

<sup>62</sup> For sake of clarity: “water services” is a broader concept than the sector of drinking water supply. In this paper I will use the example of drinking water supply as some parts of water services – e.g. wastewater collection, treatment, reuse and deployment; hydropower; water ways, etc. – are not considered by the definition or are not demonstrative enough for the purposes of this paper. Act CCIX 2011 also regulates wastewater collection.

<sup>63</sup> Dunántúli Regionális Vízmű Zrt., Duna Menti Regionális Vízmű Zrt., Tiszamenti Regionális Vízmű Zrt., Észak-dunántúli Vízmű Zrt., Észak-magyarországi Regionális Vízmű Zrt.

at local level assumed responsibility for the provision of services<sup>64</sup>. This was the result of the reorganization efforts of the water markets in 1990, when local authorities were given certain assets and elements of municipal and regional service providers and networks, along with the obligation and responsibility of drinking water supply provision. Elements of the regional networks however, remained state properties instead of being given to local governments, thereby acquiring a special status<sup>65</sup>. These elements became *limitedly merchantable*, tying thereby the hands of the local governments. Only temporary handover of the delivery of services was endorsed by the law. The provision of drinking water supply was only possible via undertakings of the following four kinds<sup>66</sup>:

- i) fully owned and directly controlled by the local government;
- ii) undertakings fully owned and indirectly controlled by the local government;
- iii) undertakings jointly owned by the local government and the private sector participant;
- iv) via concession agreements.

Service provision is regulated respectively by the laws on local governments, on water service provision and on national property<sup>67</sup>. From the local governments' perspective, the provision of drinking water supply is not only a potentially lucrative business but it is also an obligation. The law on setting prices of certain services in Hungary<sup>68</sup> brought along the authority to set prices at local level, taking into account (local) political and social aspects,

<sup>64</sup> Before the 1989 changes, five regional and 28 "local-regional council companies" were responsible for service provision. See also: Gazdasági Versenyhivatal – VKI study, *A hazai víz- és csatornamű üzemeltetési piac feltárása, a víz- és csatornaközművek árazási, árszabályozási gyakorlatának vizsgálata. A magyarországi piac szerkezetének elemzése, a hatósági árak kialakulási folyamatának, mód-szertanának vizsgálata.* (Expert Consulting, 2008) pp. 37–38, available at: [http://www.gvh.hu/-domain2/files/modules/module25/tamogatott\\_programok/2008/12\\_Expert\\_viz\\_Tanulmany.pdf](http://www.gvh.hu/-domain2/files/modules/module25/tamogatott_programok/2008/12_Expert_viz_Tanulmany.pdf); TELLER, SOMOGYI, *Public services in Hungary*, in: *Reforms of Public Services. Experiences of Municipalities and Regions in South-East Europe*, Zagreb: Friedrich Ebert Stiftung, 2003, pp. 745–52.; TAMÁS HORVÁTH ET AL., *Navigation to the Market, Regulation and Competition in Local Utilities in Central and Eastern Europe*. (Tamás M. Horváth (ed.), OSI/LGI 2001, Chapter 4) 6.

<sup>65</sup> Law XXXIII of 1991 on the handing over of special national property to the local governments.

<sup>66</sup> See also: Pump (2012), p. 66.

<sup>67</sup> Act CLXXXIX of 2011 of local governments, Act CCIX of 2011 on water service provision, Act CXCVI of 2011 on the national properties.

<sup>68</sup> Law of LXXXVII of 1990 on setting prices.



having the possibility to implement direct consumer feedback<sup>69</sup>. On the one hand, prices were to be set in order to cover not only the necessary costs but also the reasonable profit. On the other hand, the Ministry of Environment had a cost-adjusting role to help the companies whose operating/production costs were higher than their income ensured by the authorized water prices they could charge<sup>70</sup>. There was no generally applicable pricing structure or regime in Hungary, leaving many consumers in doubt about the prices they paid. Neither environmental nor resource costs were taken into account.

Before the recent changes, service provision was regulated by a mix of laws, decrees and local acts creating a complex scheme for the relevant regulatory framework. The institutional framework was designed by the Law on local governments and by the Law on water service provision. A separate regulatory framework existed for technical and quality control of the drinking water supply. In spite of the country's accession to the EU, and the accompanying obligation to harmonize EU and Hungarian legislation, no comprehensive regulation existed<sup>71</sup>. As a consequence, network elements became outdated, communication towards consumers was deficient, while participatory and conscious water consumption and efficient water use were non-existent. The market was not open to efficient competition.

The framework for drinking water supply before the changes introduced by Law CCIX of 2011, entrenched a system of inefficient and unjustifiable pricing practices. Local governments had the authority to set the prices on their territories without effective control by either the central government or regional authorities. Their decisions were only legally governable from a procedural point of view, which had little or no effect on the actual prices. In addition, given the local monopolistic nature of the market, it was practically impossible to judge the merits of the service providers, although access to each other's networks was not prohibited<sup>72</sup>. Further liberalization

<sup>69</sup> See Law LXV of 1990 on the local governments.

<sup>70</sup> In Hungary, water supply prices (consumers-retail) have grown between 2000 and 2012 by 138% (from 0.45 eurocent to 1.41 eurocent per m<sup>3</sup> (current prices, June 2013)). In: KSH source, at <http://piackutatas.blogspot.be/2013/02/vizdij-magyarorszagon.html>.

<sup>71</sup> For a similar opinion, see: Somlódy László (ed.), *Magyarország vízgazdálkodása: helyzetkép és stratégiai feladatok* (Köztestületi Stratégiai Programok, Budapest, 2011, Magyar Tudományos Akadémia).

<sup>72</sup> Most of the companies know each other. They are one another's subcontractors in most cases when economies of scale are at stake.

and the introduction of competition at different levels of the network was neither promoted nor acknowledged. Finally, and mainly for the above reasons of lack of competition between service providers, consumer buying power was non-existent, customers of the service providers were not able to efficiently express their dissatisfaction.

### 3.2. *The new law*

Law CCIX of 2011 substantially reorganized the market. The law was adopted by the Parliament as part of a hasty legislative battle at the end of 2011<sup>73</sup>. It mirrors the well-known European trend of remunicipalisation of public services, including also water service provision<sup>74</sup>. The main reasons behind the wording of the law, which was adopted without public consultation, are not known<sup>75</sup>. Nevertheless, it appears that it aimed at a profound structural reorganization of the market elements, ownership and service provision rights, as well as at the oligopolisation of activities by setting a minimum number of consumers as a prerequisite for service provision. It is also evident that the law aims at increasing the central control over service provision and market monitoring<sup>76</sup>. Nonetheless, the act also targeted the rearrangement of pricing of water services by introducing several important concepts: the principle of resource efficiency, the polluter pays and cost recovery principle, solidarity and the prohibition of cross subsidizing.

<sup>73</sup> This law must be read together with Law CXCVI of 2011 on the national properties.

<sup>74</sup> The concept of remunicipalisation refers to the trend that is observable globally.) It is about reversing a formerly privatized public service/network/asset to the local government. It is practically the opposite direction to functional or material privatization. After the mass privatization of such networks and services all over the world during the nineteen-eighties and nineteen-nineties of the last century, municipalities are now more and more engaging in lawsuits and ballots in order to re-obtain the control over their water networks. In the US, for example, between October 2007 and October 2011 the number of people served by private companies fell by 16 per cent, plus water privatization is not considered to be a solution for municipalities' budget problems (see Food and Water Watch reports, in particular <http://documents.foodandwaterwatch.org/doc/BorrowingTrouble.pdf>). Hamburg, Grenoble, Naples also regained ownership on their water networks and there are widely cases in cities where campaigning is ongoing (see: [www.remunicipalisation.org/](http://www.remunicipalisation.org/)) About remunicipalisation, see e.g., REICHARD, RÖBER, *Remunicipalization in Germany – Trends and Interpretations*, available at [www.epsu.org/IMG/pdf/Reichard-Rober\\_Remunicipalisation\\_IPSA\\_2012.pdf](http://www.epsu.org/IMG/pdf/Reichard-Rober_Remunicipalisation_IPSA_2012.pdf).

<sup>75</sup> The goals of the law are enlisted: creation of the conditions for sustainable development and clarification of ownership rights. Law CCIX of 2011, § 89 (1), § 93.

<sup>76</sup> For a similar opinion, see: HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 143.

The new regulatory framework left the responsibility of maintenance and innovation of the network elements with the owners of the networks (local governments), whilst shifting pricing authority from these entities to the central government<sup>77</sup>. The latter may exercise this power through the regulatory agency responsible for the water and other public utility sectors (MEKH<sup>78</sup>). The law declared that the delivery of water supply is only possible via enterprises under public control, be it central or local, except when this right is attributed via a concession contract<sup>79</sup>. The new legislation is aimed at optimizing the market structure and to create more efficient market operators by requiring all service providers to serve a minimum number of consumers, thus creating the notion of “consumer equivalent and optimal operational size”. It appears that at the end of 2012 ca. 50 companies were, and by 2016 ca. 30 companies will be capable of serving the market<sup>80</sup>. In addition, the law states that certain elements of the service provision network, not of the main network that is classified as a particular type of state property, must be transferred to the public authorities. This type of “reasoned expropriation” may be compensated under certain conditions and within a time limit.

The much needed legislation was neither well consulted nor tested before its entry into force<sup>81</sup>. In less than a few of months from its creation, the new law was already complemented<sup>82</sup>.

### 3.3. *Changes in the framework for water service provision*

The new regime changed the way water services are dealt with in Hungary. The regulation of water utilities and the provision of water services changed from a light touch regulation to a more comprehensive and centrally controlled regime<sup>83</sup>. Local authorities are no longer pricing authorities, pieces of the network and ownership rights were centralized in the hands of local and regional authorities. In addition, a new water regulatory authority was set up.

<sup>77</sup> Before 1989, also the central pricing authority set the prices of water supply.

<sup>78</sup> Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal. (Office of Regulation for Energy and Public Utilities, Hungary).

<sup>79</sup> May seem shocking but it is not a real change to the previous regime.

<sup>80</sup> HORVÁTH, PÉTERI (2012), pp. 148–149.

<sup>81</sup> Much of the Act entered into force on 30 December 2011 at 11 p.m.

<sup>82</sup> Law CVI of 2012 concerning changes in Law CCIX of 2011.

<sup>83</sup> It must be stated that similar to the Hungarian situation, the EU monitoring of the im-

*a. Service provision.* – Water service provision is a special service and is subject to prior authorization by the Authority responsible for market monitoring<sup>84</sup>. “Water services” do not cover the industrial and agricultural water uses<sup>85</sup>, yet “consumers” in the sense of the act, could be both natural and legal persons. Systems that do not qualify as distribution networks, are considered not to be part of the public networks. The permission to supply drinking water provides the recipient with an exclusive right for a determined period, however, during the service contract, the Authority has the right to monitor not only the service provision-related activities but also the general functioning of the enterprise. For example, a third party may only acquire more than 25% in the authorized firm if the Authority approves it<sup>86</sup>. This derogation, together with the ones on effective control over the number of service providers on the market<sup>87</sup>, it seems that one of the “main goals” of the reform is the strengthening of public presence and too eagerly controlling competition on the market. It is still dubious whether such derogations are in line with the main achievements of the single European market, such as the freedom to provide services<sup>88</sup>.

General service provision in Hungary has contractual limitations, besides the regulatory ones. Service provision is only possible via three contractual terms: utility service provision by asset management contract, lease-based service provision contract and concession contract<sup>89</sup>. While concession contracts may be established with any kind of company, irrespective of their ownership, lease and asset management contracts can only be signed with companies in partial or full Hungarian public ownership. The recent law on national properties paves the way for cherry picking of service

plementation of the WFD continues to stir the still-water: Member States do not use a coherent approach to define the cost recovery principle-based pricing of water services. Consequently, concerning the implementation of articles 2(38) and 9 of the WFD the Commission initiated several infringement procedures, among which the German case has already been referred to the Court.

<sup>84</sup> Law CCIX of 2011, § 35 (1).

<sup>85</sup> Law CCIX of 2011, § 2 (6).

<sup>86</sup> Law CCIX of 2011, § 42. (Remember that in the UK, the regulatory authority has a strong say in merger procedures, too under the current regime. This is to be softened under Water Act 2014.)

<sup>87</sup> Law CCIX of 2011, § 84 (1).

<sup>88</sup> See also: HORVÁTH, PÉTERI (2012), pp. 149–150.

<sup>89</sup> Law CCIX of 2011, § 15.

<sup>90</sup> Law CXCVI of 2011 on the national properties, § 12 (9).

providers<sup>90</sup>. According to the act, it is also possible to provide services without concession contracts or even without the carrying out of the public procurement procedure. The so-called *in house* service provision makes it possible for the local public authority to render the service provision by a firm in which it has exclusive property rights and eighty per cent the income of the entity derives from contracts with the public entity itself<sup>91</sup>, irrespective of the form of contract<sup>92</sup>. This will no doubt patronize the local (public) market players. On the one hand, this is an attempt to systematically rearrange and simplify the market structure, which, under certain conditions, would be welcome; however, on the other hand, this could lead to the unreasonable foreclosure of the market from potential (private) competitors. It must be stated that this derogation has no efficiency-based reasoning. In addition, the act establishes that after 31 December 2014 certain operational tasks may only be carried out by entities exclusively owned by the public authorities or by joint ventures between the public authority and a private entity<sup>93</sup>. Although the law provides for competition friendly functioning, transparency and the prohibition of cross financing<sup>94</sup>, in real terms the above instructions may easily encourage companies acting on various levels of the market to exit. The foreclosure of ancillary and submarkets may lead to further inefficient monopolization and concentration of service provision, ownership and management.

Overall, special concession contracts and their competitive biddings are the only possibilities for contestable markets and therefore ultimately, the entry for private company competitors to the dominant incumbents. In the case of leasing and management contracts, contestability is only nominal. In house contracting also provides for exemption under concession contracts.

<sup>90</sup> Law CVIII on public procurements, § 9 (1) k).

<sup>92</sup> This was recently confirmed by the Court of the European Union in Joined Cases 182/11 and 183/11, § 25. “[...] a contracting authority, such as a local authority, is exempted from initiating a procedure for the award of a public contract where it exercises over the successful tenderer control similar to that which it exercises over its own departments and the tenderer carries out the essential part of its activities with the contracting authorities to which it belongs (Teckal, paragraph 50). It is common ground that that case-law, [...] is also applicable to procedures for the award of public works contracts and public service contracts.” In: *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese* (C-182/11) and *Comune di Solbiate and Comune di Varese* (C-183/11). ECR 2012 Page 00000.

<sup>93</sup> Such tasks are daily management of the network, correction of network failure, back office tasks, billing, monitoring activities, etc. See: Law CCIX of 2011, § 45 (4) and (5).

<sup>94</sup> Law CCIX of 2011, § 49.

At the end of the day, this leaves relatively little chance for market entries in Hungary<sup>95</sup>.

*b. The Authority.* – The law set up the new monitoring authority – in essence, it adjusted the scope and powers of the “Hungarian Energy Office”, now named “Hungarian Energy and Public Utilities Office” – to execute the market supervisory tasks<sup>96</sup>. All aspects of water service provision, except the consumer related issues, are now scrutinized by this body. However, the real power over water service provision, price setting and price control went to one of the government’s department, the Ministry of National Development<sup>97</sup>. The Authority may suggest methodologies, provide and collect opinions and gather fees for the execution of its supervisory and administrative tasks and market monitoring. Therefore, the independent executive power, which should be attributed to the independent regulatory authority, has been implicitly transferred to the ministry<sup>98</sup>.

The judicial review of the Authority’s decisions is feeble. While it is possible to have recourse against its decisions, the judiciary can only refer the case back to the Authority for a new procedure but it cannot change it, thereby depriving itself of the possibility of effective democratic cross-branch control<sup>99</sup>.

*c. Changes in water pricing.* – According to the new law, the pricing of water services should be based on the *full cost recovery principle*<sup>100</sup>, including a

<sup>95</sup> A recent study summarizes the situation as follows: “The current framework in Hungary interestingly provides for the sorting out of the ownership rights of the network elements of public utilities and their service based operation with the view of state sequestration.” HORVÁTH, PÉTERI (2012), 152.

<sup>96</sup> Law CCIX of 2011, § 3.

<sup>97</sup> The ministry is responsible for various sectors, among which the water sector is also present. It may also be questioned how a monstrous ministry is able to execute a wide arrays of different tasks.

<sup>98</sup> There have been discussions about the basic requirements of an independent regulatory authority. See for example, the case of telecommunications. For discussions, see e.g., GILARDI, MAGGETTI, *The independence of regulatory authorities*, in LEVI-FAUR, (2010), Handbook of Regulation, Cheltenham, Edward Elgar.

<sup>99</sup> See, Law CXL of 2004, § 109.

<sup>100</sup> The cost recovery of water service provision is one element of water pricing. The other should be the inducing of water-efficient use of water resources. See, also: CEPS Task Force Report (2012), 3.

reasonable profit, but should not cover other costs, which are not directly attributable to the basic service provision<sup>101</sup>. The concept of reasonable profit is not defined in the act, and the details of the full cost recovery principle are left vague, while resource and environmental costs are also omitted. One commentator notes that one of the central elements of pricing rules of the new legislation is that both environmental and social aspects are well represented<sup>102</sup>. The legislation aimed at minimizing cross-subsidization, applying the principle of the polluter pays, and creating a harmonized pricing system at national level<sup>103</sup>. All these were much needed but in spite of the above, much remained at the level of principles<sup>104</sup> and practice is yet to be witnessed<sup>105</sup>. Some academics also voice the “vanishing presence of decentralized organisation of public service provision”<sup>106</sup>.

A promising novelty is, however, the introduction of the two-element formula for water pricing, which concerns both water supply and waste water services. Prices in the future should be defined in order to urge water users to better and more thoughtfully use water resources. This means that the final price is established based on a basic fee plus the additional fee based on individual consumption. Given that it is lawful to make a distinction between industrial and private users, the so-feared cross-subsidization seems to have remained in place.

It must also be underlined that because of the setting up of the new authority and adding novel elements to the price formula, water prices are likely to rise<sup>107</sup>. The law still lacks the clear definition of pricing models, and

<sup>101</sup> Law CCIX of 2011, § 1 (1).

<sup>102</sup> Szilágyi (2012), 92.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 93.

<sup>104</sup> Law CCIX of 2011, § 1 (1) e), g), h), i), k).

<sup>105</sup> In related to water services, environmental and resource costs, in principle, are covered by other types of fees in Hungary. Law LXXXIX of 2003 introduced the concept of the “fee for using the environment”. One element of the fee is the “fee for using the water resources” (Law LXXXIX of 2003, § 7–10.). However, the solution only defines the arrangement of the fee at an unpractical level, given that the law details neither the use nor the treatment of such fees. The other type of fee is the “contribution to the water resources” (Law LVII of 1995, § 15), which consumers are to pay in relation to their actual consumption or the reserved/planned consumption of water. See also, Ministerial decree 43/1999 (XII.26.) KHVM.

<sup>106</sup> HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 153.

<sup>107</sup> The final prices are to be defined by ministerial decree. In the transitory period a price cap was defined. For example, in 2012 a maximum of 4.2% increase was authorized, compared to the prices in effect on 31 December 2011. (See, in particular, Law CCIX of 2011, § 76–77).

potential access pricing formula requirements are also only vaguely covered<sup>108</sup>. One thing is clear, however<sup>109</sup>, the Authority became a direct supervisor of the local property rights<sup>110</sup>.

The law introduces another concept to ensure sustainability of the market. The so-called “rolling investment plans”<sup>111</sup> (RInP) must be developed by all service providers for a period of fifteen years in order to assure replacement, renovation and innovation in the water networks<sup>112</sup>. As a matter of technical division of labour, the responsibility of the development of such plans is distributed between those responsible for service provision (the local authorities) and those who are the actual service providers<sup>113</sup> (as a general practice, the drawing up of the investment plan is more of the responsibility of the local authorities). The first RInPs had to be presented to the Authority by 15 September 2014. In order to help the companies and local constituencies, the MEKH issued its Guidelines for the development of such plans<sup>114</sup>. Without the detailed technical derogations of such plans, it must be noted that the renovations and replacements of the network elements<sup>115</sup> should be ensured via a fraction of the consumer’s final service fee. Extension and innovative upgrading of the network, however, remains to be the financial liability of the authority responsible for the continuous service provision.

On a final note, it must be mentioned that the Parliament of Hungary, in order to alleviate financial hardship on citizens, passed a law in April 2013. It concluded that all charges concerning water services applicable on 31 January 2013 must be decreased by 10% as of 1 July 2013<sup>116</sup>. The assembly ex-

<sup>108</sup> In particular, Law CCIX of 2011, § 67–68 only cover certain elements (quantity) of the important factors to be taken into account when calculating the price of access.

<sup>109</sup> Law CCIX of 2011, § 62–73.

<sup>110</sup> The application of pricing powers by the central government in the water sector is not a novelty. This approach is similar to the pricing and directing of waste collection service provision. Law CLXXXV of 2012, § 46–47.

<sup>111</sup> In Hungarian: “Gördülő fejlesztési tervek”.

<sup>112</sup> Law CCIX of 2011, § 11.

<sup>113</sup> The different forms of service provision have been explained above: utility service provision by asset management contract, lease-based service provision contract and concession contract.

<sup>114</sup> “A Magyar Energetikai és Közműszabályozási Hivatal VK 1/2014. számú ajánlása a víziközműszolgáltatók és az ellátásért felelősök számára a gördülő fejlesztési tervek összeállításával, elkészítésével kapcsolatban”. (VK 1/2017) Available at: [http://www.mekh.hu/gcpdocs/77/VK-%201\\_2014%20%20sz%C3%A1m%C3%BA%20aj%C3%A1nl%C3%A1s%20GFT.pdf](http://www.mekh.hu/gcpdocs/77/VK-%201_2014%20%20sz%C3%A1m%C3%BA%20aj%C3%A1nl%C3%A1s%20GFT.pdf).

<sup>115</sup> In particular amortization and use of the network. See: VK 1/2014, 2.

<sup>116</sup> Law LIV of 2013, § 4 (1).



plained that one of the main reasons behind the legislation was that there was no healthy competition for energy related services. Though it is not a straightforward connection, water services are also affected. It is not yet clear how such mandatory price reductions will result in more efficient competition on the markets. It is even more difficult to picture how this law will change competitive pressures on the service providers or how it will bring about more efficiency on the market for drinking water supply<sup>117</sup>.

The changes in the Hungarian water service-provision system are far-reaching, courageous and innovative. However, they are also potentially damaging both from an economic and from a political point of view. Still, the country is not the only one that has been approached by the Commission concerning the interpretation of the WFD and the execution of water service provision. In the following, I will briefly discuss the relevant European issues.

#### *3.4. The interpretation of the European Court of Justice on the pricing of water services*

The European Commission initiated several infringement procedures against Member States for the incorrect interpretation of the notion of “water services” and insufficient mechanisms to ensure efficient pricing mechanisms for such services on their national markets<sup>118</sup>. The Commission started several investigations at the same time, yet bringing only one “test case” to the Court of Justice of the European Union (ECJ, or the Court). The cases, which started in 2007, have now come to an important standpoint.

Advocate-General Niilo Jääskinen of the ECJ published his opinion (the Opinion) in case C-525/12 on 22 May 2014<sup>119</sup>. The content of his opinion is somewhat unanticipated to perhaps a majority of the Member States, and certainly it is a shock for the European Commission (hereafter: EC, or Commission): it suggests that the Court should dismiss the claim brought by the EC before the Court. In essence, in Mr. Jääskinen’s view the Court

<sup>117</sup> The Government of Hungary would like to further decrease charges on consumers, not only in the water but energy and gas as well. This received wide coverage in the media. See, e.g. [http://www.portfolio.hu/vallalatok/megint\\_megszolaltak\\_magyarorszagra\\_londoni\\_elemezok.190757.html](http://www.portfolio.hu/vallalatok/megint_megszolaltak_magyarorszagra_londoni_elemezok.190757.html).

<sup>118</sup> See: Commission’s press release IP/12/536 of 31/05/2012.

<sup>119</sup> Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152659-8pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=369572>.

should dismiss the action as Germany did not breach its obligations under the Treaty on the Functioning of the European Union (hereafter: TFEU) by interpreting narrowly article 2, point 38, and article 9 of the Water Framework Directive (WFD)<sup>120</sup>. The country's interpretation of not considering hydropower production and related services<sup>121</sup> as water services under the WFD, gives greater flexibility for national legislation and should the opinion be confirmed by the Court, it would exempt Germany from the application of cost based pricing for a great deal of water services. The Court, in its judgment, followed this argument and dismissed the Commission's action, stating that “[a]rticle 9(4) of Directive 2000/60 provides that the Member States may, subject to certain conditions, opt not to proceed with the recovery of costs for a given water-use activity, where this does not compromise the purposes and the achievement of the objectives of that directive”<sup>122</sup>.

### 3.5. The law

The WFD sets up an innovative approach to water management in Europe by introducing mandatory economic considerations to the process of pricing of water services. Such economic considerations are based on long-established environmental concepts<sup>123</sup>. – such as the polluter pays principle –, would require immediate changes in national policies. The tools introduced would necessitate grand modification in how national sector policies approach water supply and water management.

The current case was the first occasion when the Court was required to examine the content of the full cost recovery based pricing of water services, which would include the resource and the environmental costs occurred during the provision of that service<sup>124</sup>. Case C-525/12 was also a trial-case for the EC because the Commission was entertaining the possibility to take

<sup>120</sup> Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the Community action in the field of water policy. OJ L 327, 22.12.2000, 1–73

<sup>121</sup> Among others, such as abstraction for personal or industrial use, intervention in order to facilitate water transport. In: Commission's claim, cited in the Opinion at point 2.

<sup>122</sup> The Court delivered its judgement on 11 September 2014. See: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd6aoca78d92d1484f9ae1cf2bf365d365.e34KaxiLc3qMb4oRch0SaxuPbhv0?text=&docid=157518&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=115748>.

<sup>123</sup> See, for example, WFD, Annex III and WFD, Article 4 (3) and (5).

<sup>124</sup> In particular, WFD, Article 9.

other Member States to the Court: Austria, Belgium (Flanders region), Denmark, Finland, Hungary, Netherlands, and Sweden are currently all subject to investigations by the EC<sup>125</sup>. Now, these cases are unlikely to follow.

### 3.6. *The debated issues*

Germany – and many supporting states, too<sup>126</sup> – maintained that Article 9 only refers to services, which have a provider, an economic entity, who is responsible for the service provision. The full cost recovery principle itself is a particular means to achieve objectives such as to “[...] *establish a framework for the protection of inland surface waters, transitional waters, coastal waters and groundwater*”<sup>127</sup>, but it is not the central goal of the Directive<sup>128</sup>. The Court’s judgment supported this approach by stating that there are only two types of water services, which are subject to full cost recovery based pricing: water supply and the collection of wastewater, as they are identified in Articles 2 (38) a) and b). As it is not the main objective of this study to present the details of the case, I will shortly summarize the conclusions.

Not only seems it to be a defeat to the Commission, the judgment gives rise to national interpretations and puts the very aim of the Water Framework Directive in danger. Should the Court not have followed the Advocate-General three things could have happened.

First, the ECJ could have followed the path set by the Court in the seventies<sup>129</sup> and acted as a hidden motor for integration. The Court does not only interpret the law, it also creates it. In time of great political swings and the appearance of wing-parties in the EU, regional integration needs no less than independently but coherently working EU institutions. The ECJ has found its way many years ago and can continue doing it on the basis of the rule of law and the treaties.

Second, the Court could have better embraced the political objectives<sup>130</sup>

<sup>125</sup> European Commission press releases of 31 May 2012 – IP/12/536 and of 27 October 2011 – IP/11/1264.

<sup>126</sup> Mainly the ones subject to investigation by the Commission.

<sup>127</sup> WFD, Article 1.

<sup>128</sup> See, point 4 of the Opinion.

<sup>129</sup> See, for example, case 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR 1979 00649 (“*Cassis de Dijon*”).

<sup>130</sup> E.g. sustainable development, protection of European waters, national river basin management.

agreed at the time of the lettering the WFD, and thereby would have sent a very clear signal to the Member States that once negotiated objectives are commonly agreed national interests should not hinder the achievement of those objectives. Continuity and legal certainty would have been strongly improved.

#### 4. *Conclusions*

The new Hungarian legislation of the water sector was, no doubt, needed, and should be applauded. On a more critical note, as result of the new legislation water service markets in Hungary are not likely to lead to higher economic efficiency and better distribution of overall welfare for the society, especially if such markets continue to be closed off from competition. It remains however, arguable that given the utility aspects of water service provision, a certain degree of public involvement might still long be necessary. There are also other issues to be concerned with when one puts the private sector efficiency argument forward: as for one, the capital-intensive-ness of water markets also suggests that public involvement must be reconsidered during the – now long-lasting – time of general economic crisis. During times when companies announce insolvency much easier than during the period of an economic boom, the water supply sector requires more cautious regulatory interventions and carefully supervised liberalization. It is no doubt arguable that the central government must pay particular attention to operators and if needed, the tangible public hand should be seen to move. The grade of such involvement is delicate, and I believe that in Hungary, it has not been measured well. The particular intervention is seen to such an extent that it creates heavy burdens for potential innovative operators for entering the market. This is neither sustainable in the long run, nor is reasonable from an economic point of view<sup>131</sup>.

Another reason for the public authority to be involved is the pertinent lack of a sufficient level of market information on the side of the consumers, concerning the degree of public involvement. This must be improved and it should be the task of the regulator – and not the public authority itself –, as

<sup>131</sup> See, in particular the neoliberal economists' arguments in this respect, for example, in "The Conscience of a Liberal" at <http://krugman.blogs.nytimes.com/>.

propaganda is often the main cause behind re-municipalisation of water services<sup>132</sup>.

The recent market reform in Hungary aimed at modernizing the sector, based on market consolidation, stronger public presence and concentration of ownership in (central) public hands, when at the same time taking away the possibility of local control in locally provided services. I argued that this is a great misapprehension of needed reforms from both competition and environmental points of view.

I started with arguing that on water services markets, given their particularities and the historic legacy, the key for more efficient water service provision is the introduction of competition (NB: the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal, GVH) has, in 2013, concluded in an abuse of dominant position case, that competition on a certain and limited geographic market of drinking water supply, already existed because of the threats of a potential market entry by the building of a parallel network. The GVH maintained that this had a strong incentive for the incumbent to moderate its actions and not to abuse its market power<sup>133</sup>). The purpose of introducing competition in public utilities networks is similar to other network openings: i) to open up the service network for additional service providers; ii) to provide the newcomers with equal or preferential treatment; iii) to minimize the burdens of exiting the market; iv) to incentivize market players to operate more efficiently, to innovate and to take economically reasonable risks. All this will, however, remain only a theory if new entrants are not able to access networks under fair and reasonable conditions<sup>134</sup>. By the current

<sup>132</sup> We see this as a wish and recommendation of other markets in Europe: the Grey-report of the UK markets in 2011 advocated for such improvements, which then were taken on board by the Water Act 2014.

<sup>133</sup> Decision in case Vj/31-22/2012 of the Hungarian Competition Authority. Although the case could become a benchmark in executive law-making, it should be cautiously assessed as in other geographical areas of the country conditions for water supply are different.

<sup>134</sup> As it is noted widely, in case of mandatory access conditions for incumbent players in the water supply markets, a competition constrain would emerge. This is caused by potential new entrants who are likely to press for negotiated access on wholesale markets in order to be able to provide retail services to households at more economic prices. (See, for example Stern, who argues that in the EU and also in the US, regulatory regimes and case law are too permissive in this regard and protect the interest of the incumbents by long exclusivity periods for service provision. STERN, *Developing upstream competition in the England and Wales water supply industry: a new approach*. CCRP Working Paper Series, No 17, March 2010, 23.) No doubt this

change in the regulatory framework, not much can be expected in this regard either.

In Hungary, on the one hand, the recent systematisation of market conditions should be welcomed because it remedied significant imperfections of the market. On the other hand, the new set of rules will result in minimal promotion of efficiency on the market and consumer well-being. The restructuring of the market, in such way that the public authorities become responsible for larger networks and that the central government's responsible arm may have decisive words in pricing issues on water markets, are neither intelligent nor sensible. This does not aim to remedy market failures caused by the economic crisis. It is true that the new sets of rules do not prohibit market liberalisation *expressis verbis*; however, they certainly do not promote it either. There are no rules, which incentivize new market entry, or which would endorse more efficient use of water. This way, the country's water sector is far from being characterized by efficient retail market competition, which is much advocated for as one of the goals of liberalisation in the sector<sup>135</sup>. Nowadays, if anything for the market, the embraced introduction of competition and enforced market mechanisms is desirable<sup>136</sup>.

The new framework does not sort out the legacy problem either: public ownership of network infrastructure and regulatory involvement remain not sufficiently separated. The Law CCIX of 2011 provides the government with the possibility to be directly involved in price setting, whereas, when it is politically inconvenient, it can hand over the decision-making power, to the regulatory authority. Finally, consumer control and buying power over water prices has traditionally been low in Hungary. With the new act, in my opinion, this is further deteriorated, as now consumers may now only express their views at times of national elections – and it is unlikely that water services related issues could be directly addressed<sup>137</sup>. I believe that this is likely to be more detrimental than beneficial to the market and to consumers.

In conclusion, I suggest that the framework for water service provision in Hungary be revisited. Nevertheless, I believe that the law does not, *per se*

raises again the question of ownership and management, and undoubtedly, also the issues concerning the investment ladder and the recoupment of costs against consumer interests.

<sup>135</sup> BYATT (2012).

<sup>136</sup> By enforced market mechanisms we mean the means that result in the increase of market players, their self-regulatory actions – both quantitative and qualitative.

<sup>137</sup> See also: HORVÁTH, PÉTERI (2012), p. 153 and p. 164.

contradict EU rules on water service provision – except perhaps the qualification of water services. Yet, it is questionable whether the shaky opening up of such service provisions in Europe, in other words, the generation of more efficient water service provision, is well respected. Though market concentration is not forbidden under the EU competition rules either, the framework for water services neither promotes nor precludes the further opening up of the markets: in other words contributes nothing to further economic integration of the national markets.

The European Commission recently received the citizens' initiative to debate the "Water is a Human Right" and thereby the need to debate the issue of access to water in the European Parliament<sup>138</sup>. This, and the fact that the Commission excluded water services from the rules on concessions in the EU<sup>139</sup>, shows that relevant legislation has taken a disturbed and populist approach, mixing concepts such as "the right to water", "water service provision" and "cost based pricing", thereby creating a potentially self-destructing policy hurdle for the coming years.

<sup>138</sup> Available at: [www.right2water.eu/](http://www.right2water.eu/).

<sup>139</sup> See, also: MEMO/13/623 of 26/06/2013. In addition, the rules on concessions are being debated and are not yet finalized. Currently, they are awaiting first reading in the European Parliament. See: [www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0437%28COD%29](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2011/0437%28COD%29).

### **Abstract**

La regolamentazione dei servizi idrici rappresenta una questione cruciale in molti paesi europei. Dopo l'attuazione della direttiva quadro europea sulle Acque del 2000, vi è un intenso dibattito all'interno degli Stati membri in ordine alle modalità attraverso cui armonizzare e monitorare i mercati nazionali. Continuano ad emergere diverse interpretazioni intorno alla nozione di servizio idrico e al meccanismo di determinazione del prezzo basato sulla copertura integrale dei costi, con riflessi sul contenzioso pendente dinanzi alla Corte di giustizia. Nel frattempo, la privatizzazione, la deregolamentazione e la confisca delle infrastrutture di approvvigionamento idrico completano il quadro. Il presente articolo descrive i recenti cambiamenti nella regolamentazione della fornitura del servizio idrico in Ungheria (víziközmű-szolgáltatások).

Water supply regulation remains to be a critical issue in many European countries. Since the adoption of the Water Framework Directive in 2000, Member States struggle to understand how the national markets should be synchronized and monitored. Different interpretations of water services and conditions of full cost-based pricing emerge. This leads to a situation when the Commission is obliged to bring cases before the European Court of Justice. In the meantime, privatization, deregulation and confiscation of water supply assets color the landscape.

The article presents the recent changes in water supply regulation in Hungary. The reader will get familiar with how the national system of water service provision in Hungary (víziközmű-szolgáltatások) was reformed due to imminent changes in the governing legal framework.

### **Key words**

Regolamentazione, servizio idrico, copertura integrale dei costi, privatizzazione, deregolamentazione.

Regulation, water supply, full cost-based pricing, privatization, deregulation.



## Marco Calabrò

### Riflessioni in tema di liberalizzazione e settore farmaceutico

**Sommario:** **1.** Sulla natura giuridica del servizio di assistenza farmaceutica territoriale. **2.** Timide aperture ad istanze liberiste: la recente eliminazione della programmazione di turni ed orari. **3.** La conferma del contingentamento numerico e della pianta organica quali presidi di un settore fortemente regolato. **4.** Le parafarmacie e la “finta” liberalizzazione della vendita del prodotto-farmaco.

#### *1. Sulla natura giuridica del servizio di assistenza farmaceutica territoriale*

In Italia l'attività di assistenza farmaceutica territoriale era originariamente affidata a soli operatori economici privati, fino a quando esigenze di una più completa e certa copertura del territorio non hanno indotto il legislatore a prevedere la figura delle farmacie di titolarità pubblica. Attualmente la situazione appare capovolta: il servizio farmaceutico è affidato al Sistema Sanitario Nazionale, che lo gestisce mediante sedi farmaceutiche sia pubbliche (comunali) che private<sup>1</sup>.

Nel corso degli anni la dottrina si è più volte interrogata sulla natura giuridica del servizio di assistenza farmaceutica, dando vita a tre principali ricostruzioni: servizio pubblico locale, attività economica privata avente fini sociali, servizio pubblico di interesse economico generale. Al riguardo, deve innanzitutto osservarsi che la circostanza (non contestata) che la titolarità del

<sup>1</sup> In generale, sui caratteri essenziali del servizio di assistenza farmaceutica, si rinvia a CAM-MEO, VITTA, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, ORLANDO (a cura di), vol. IV, Milano, 1908, p. 758 ss.; FERRARA, *Farmacia* (voce), in *EGT*, XIV, Roma, 1989; GOLA, *Farmacie e farmacisti* (voce), in *DDP*, VI, Torino, 1991, p. 231 ss.; PIPERATA, *Farmacie* (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, CASSESE (a cura di), Milano, 2006, p. 2447 ss.; DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

servizio sia posta in capo alla Regione non consente di aderire alla tesi del servizio pubblico locale<sup>2</sup>: sebbene siano indiscutibili sia la “dimensione” locale del servizio, sia il ruolo ricoperto dalle amministrazioni comunali nella gestione diretta dello stesso, appare dirimente la considerazione che il Comune, al pari del soggetto privato, non assurge a titolare del servizio, bensì configura un soggetto strumentale attraverso cui la Regione opera sul territorio<sup>3</sup>.

Non si condivide nemmeno la tesi di chi definisce l'attività in questione mera attività economica privata avente fini sociali<sup>4</sup>, e ciò non tanto in ragione della presenza di farmacie pubbliche (la cui permanenza appare una scelta non necessaria alla luce dell'attuale assetto normativo), quanto piuttosto a fronte della già ricordata titolarità del servizio attribuita espressamente al SSN, con la conseguenza che anche la responsabilità del servizio è evidentemente stata affidata dal legislatore in mano pubblica.

La posizione alla quale si aderisce è pertanto quella che inquadra il servizio di assistenza farmaceutica nell'ambito dei servizi pubblici (nazionali) di interesse economico generale, avente uno spiccato carattere sociale<sup>5</sup>. L'intrinseca natura ibrida del servizio in questione discende, da un lato, dall'immediata strumentalità nei confronti della tutela del diritto alla salute (il che ne impone la titolarità in mano pubblica) e, dall'altro, dalla inequivocabile

<sup>2</sup> Parte della dottrina riconduce l'attività delle farmacie comunali alla categoria dei servizi pubblici locali che non presentano rilevanza economica (v. IANNOTTA, *L'assistenza farmaceutica come servizio pubblico*, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2003, p. 49 ss.; DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, p. 2625 ss.); mentre altri autori valorizzano il carattere commerciale dell'attività richiamando la categoria dei servizi pubblici locali di rilievo economico (v. DE GRAZIA, MENICCHETTI, *Il «servizio farmaceutico» e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, p. 793 ss.).

<sup>3</sup> In termini v. MASTRAGOSTINO, *La disciplina delle farmacie comunali tra normativa generale sui servizi pubblici e normativa di settore*, in DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Trento, 2006, p. 5 ss.; COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *DA*, 2011, p. 419 ss.

<sup>4</sup> Cfr. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, cit.; G. LICATA, *Considerazioni sulla «liberalizzazione» della vendita di alcuni medicinali al di fuori della rete di distribuzione delle farmacie «tradizionali»*, in MANGANARO, ROMANO TASSONE (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, p. 228.

<sup>5</sup> Per tale ricostruzione si rinvia alla dottrina citata nella precedente nota n. 3, nonché a SANTUARI, *Il servizio farmaceutico: dal contesto UE al recente «pacchetto liberalizzazioni»*, in *www.giustamm.it*, 2012; LOMBARDI, *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2009, ove si parla di “natura ibrida di servizio pubblico a gestione imprenditoriale”.

configurazione del settore in termini di mercato, quale luogo di scambio di beni e servizi in cambio di un prezzo.

La necessità di rispettare il principio della universalità del servizio e la ricostruzione dello stesso in termini di servizio pubblico di interesse economico generale impongono senza dubbio una certa cautela nell'ipotesi in cui si intendesse intervenire nel settore in chiave liberista. Ciò premesso, sono diversi gli elementi che hanno consentito (e ancora consentirebbero) l'implementazione di (moderati) processi di liberalizzazione anche nel settore *de quo*. Ci si riferisce, in particolare, all'inquadramento europeo delle attività socio-sanitarie come attività economiche<sup>6</sup>, soggette quindi alle regole della concorrenza nei limiti in cui ciò non infici gli obiettivi di interesse pubblico ad esse sottesi (cfr. art. 49 TFUE); nonché alla tutela della libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., ai sensi del quale, come noto, si impone sempre la concreta verifica circa la legittimità (necessità e proporzionalità) dei vincoli ad essa imposti.

In ordine al profilo della competenza di Stato o Regioni nell'intervenire con riforme di ispirazione liberista, la natura giuridica di servizio pubblico (in senso oggettivo), avente una forte componente economica, non rende agevole l'individuazione della "materia" alla quale riferire, ai sensi dell'art. 117 Cost., la regolamentazione del settore farmaceutico. La Corte Costituzionale ha in più occasioni escluso la possibilità di inquadrare l'organizzazione del servizio farmaceutico nella materia del commercio e, quindi, di riconoscervi una competenza esclusiva regionale. La Consulta, piuttosto, ha inteso condivisibilmente ricondurre il settore alla materia della tutela della salute, rientrando nelle ipotesi di competenza concorrente ai sensi dell'art. 117 Cost.<sup>7</sup>, sebbene non sia da escludersi del tutto l'emergere di profili di potestà esclusiva regionale in materia di commercio (laddove l'elemento "professionale" si riveli preponderante rispetto a quello "di servizio"), come anche di profili di potestà esclusiva statale in materia di "livelli essenziali delle prestazioni" o di "concorrenza".

Negli ultimi anni il legislatore statale è intervenuto in più occasioni al

<sup>6</sup> La qualificazione, come noto, è collegata alla definizione di attività economica fornita dalle norme comunitarie e dalla Corte di Giustizia (cfr. C. Giust., 12 settembre 2000, *Pavlov* (cause riunite C-180/98, C-184/98), ove si afferma che "costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"). In termini v. anche Corte Cost., 10 marzo 2006, n. 87, in *RDF*, 2006, 3, p. 504.

<sup>7</sup> Cfr. C. Cost., 10 marzo 2006, n. 87, in *RDF*, 2006, 3, p. 504; *Id.*, 21 aprile 2011, n. 150, in *GCost*, 2011, p. 1873; *Id.* 8 ottobre 2012, n. 231, in *www.cortecostituzionale.it*.

fine di superare alcune rigidità strutturali che connotano il servizio di assistenza farmaceutica territoriale, dando vita, tuttavia, solo a parziali (a volte meramente apparenti) interventi di liberalizzazione, e ciò presumibilmente in ragione di una eccessiva valorizzazione del rapporto di stretta connessione che sussiste tra l'erogazione di beni e servizi nel campo farmaceutico e la tutela della salute. D'altro canto, tale tendenza risulta pienamente avallata sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Giustizia, entrambe più volte sollecitate a pronunciarsi sulla legittimazione di alcune disposizioni della disciplina di settore, e dimostratesi essenzialmente restie ad accogliere istanze volte a ridurre l'intervento pubblico ed implementare la concorrenza nel settore (v. *infra*).

## 2. *Timide aperture ad istanze liberiste: la recente eliminazione della programmazione di turni ed orari*

La programmazione di turni e orari era connotata, fino ad un recente passato, da un modello di programmazione assoluta, ai sensi del quale l'organizzazione del profilo "temporale" della gestione dell'attività era del tutto eteroimposta, non essendo riconosciuto alcun margine di discrezionalità in capo al singolo farmacista. Si riteneva che obiettivi di qualità del servizio, e quindi di adeguata copertura del territorio, imponessero l'adesione ad un modello così fortemente dirigista, laddove, al contrario, l'eventuale applicazione di un sistema connotato da maggiore libertà ed aperto a istanze concorrenziali avrebbe comportato rischi intollerabili per il bene salute<sup>8</sup>.

Da tempo, invero, tal ricostruzione era stata fortemente contestata da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che con una serie di segnalazioni aveva invitato il legislatore a procedere ad una sostanziale liberalizzazione di turni ed orari<sup>9</sup>. Secondo il convincimento dell'Authority un più limitato intervento regolativo avrebbe condotto al corretto bilanciamento tra istanze concorrenziali e tutela della salute, nella misura in cui

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cost., 14 aprile 1998, n. 446, in *FI*, 1990, I, p. 2706; Corte Cost., 4 febbraio 2003, n. 27, in *www.cortecostituzionale.it*. *Contra* cfr. TAR Lazio, Roma, 31 luglio 2008, n. 1028, in *FI*, 2008, III, p. 581. Per una chiara e completa ricostruzione di tale profilo si rinvia LOMBARDI, *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, cit.

<sup>9</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sugli ordini e collegi professionali*, IC 15, 9 ottobre 1997, in *Boll. n. 42/1997*; AGCM, *Segnalazione: Regolamentazione degli esercizi farmaceutici*, 18 giugno 1998, in *Boll. n. 23/1998*; AGCM, *Segnalazione: Limiti minimi alla chiusura estiva delle farmacie*, 1 settembre 2011, in *Boll. n. 9/2011*.

quest'ultima sarebbe stata adeguatamente garantita anche dalla sola individuazione del livello minimo di copertura “temporale” del territorio.

Anche alla luce delle diverse sollecitazioni provenienti dall'AGCM il legislatore statale è finalmente intervenuto nel 2012 apportando modifiche chiaramente ispirate ad istanze liberiste. In particolare, al fine di riconoscere in capo al singolo farmacista una maggiore libertà nella gestione della sede, l'art. 11, co. 8 del d.l. n. 1/2012<sup>10</sup> (c.d. Decreto Cresci Italia) dispone che “i turni e gli orari di farmacia stabiliti dall'autorità competente [...] non impediscono l'apertura della farmacia in orari diversi da quelli obbligatori”<sup>11</sup>.

Attesa la competenza concorrente in materia, si rivela tuttavia necessario stabilire il grado di vincolatività di tale previsione nei confronti della legislazione regionale. La disposizione sembrerebbe attenere, infatti, al profilo dell'organizzazione del servizio farmaceutico, con conseguenziale riconducibilità alla materia della tutela della salute (potestà concorrente), il che potrebbe far ipotizzare una derogabilità della normativa da parte del legislatore regionale. Sul punto deve innanzitutto osservarsi che, anche sulla base dell'indirizzo espresso dall'AGCM, alcune regioni si erano già autonomamente allontanate dal modello di regolazione “assoluta”, imponendo unicamente il rispetto di limiti minimi di apertura, così anticipando il tenore dell'attuale disciplina nazionale<sup>12</sup>. Successivamente alla riforma del 2012 anche altre regioni si sono prontamente adeguate al nuovo assetto, sancendo espressamente la facoltà di ciascuna farmacia di programmare la propria apertura anche in orari e turni ulteriori rispetto a quelli obbligatori<sup>13</sup>.

Resta in piedi, tuttavia, il quesito su come considerare le numerose normative regionali che ancora oggi contemplanò l'obbligo per i farmacisti di

<sup>10</sup> In generale, sui potenziali (e limitati) effetti che le modifiche apportate dalla riforma del 2012 produrranno nel settore del servizio di assistenza farmaceutica si rinvia a CIARDO, *La distribuzione dei farmaci tra esigenze di competitività e tutela della salute*, in *Eunomia*, 2013, p. 235 ss.

<sup>11</sup> La scelta del legislatore statale ha fin da subito ottenuto anche l'avallo della giurisprudenza. Da ultimo cfr. Cass., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *RDF*, 2013, p. 784, ove si legge che “la garanzia del contingentamento territoriale e dei turni, ma intesi come minimi di apertura e non anche di obbligatoria chiusura, sopperisce adeguatamente all'esigenza di una fruibilità diffusa sul territorio del mercato o servizio farmaceutico, oltretutto caratterizzato da una sempre maggiore fungibilità e liberalizzata reperibilità delle prestazioni e degli stessi beni offerti”.

<sup>12</sup> Cfr. l.r. Veneto, 10 novembre 1994, n. 64; l.r. Toscana, 28 giugno 2007, n. 36; l.r. Campania, 22 gennaio 2007, n. 1 (poi, invero, più volte modificata in senso più restrittivo per la libertà di scelta di apertura degli esercizi farmaceutici).

<sup>13</sup> Cfr. l.r. Liguria, 6 novembre 2012, n. 35; l.r. Puglia, 18 febbraio 2014, n. 5.

rispettare (nei minimi e nei massimi) gli orari previsti dalle rispettive amministrazioni competenti: devono tali disposizioni ritenersi ancora in vigore o il titolare di una farmacia è legittimato a considerarle prive di efficacia? Al riguardo deve premettersi che è possibile registrare una giurisprudenza ormai unanime nel riconoscere, indipendentemente da una revisione della disciplina a livello regionale, la libertà del farmacista di determinare autonomamente l'apertura della propria sede (fatto salvo il rispetto della turnazione "minima"), senza tra l'altro l'obbligo di chiedere alcuna autorizzazione al riguardo<sup>14</sup>.

Volendo aderire a tale seconda opzione sembrerebbe necessario ricondurre la disciplina in questione alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni o alla materia della concorrenza, entrambe rientranti nelle ipotesi di potestà esclusiva statale. Tale operazione, tuttavia, rischia di rivelarsi il frutto di una forzatura, a ben vedere nemmeno necessaria. Quand'anche, infatti, si volesse far rientrare il profilo *de quo* nella materia della tutela della salute, dovrebbe comunque considerarsi non derogabile la scelta statale di tipo liberista, nella misura in cui la disposizione relativa a turni e orari "liberi" configura evidentemente una norma di principio, quindi di competenza statale. La misura pro-concorrenziale introdotta dal legislatore del 2012 rappresenta chiaramente una "scelta politica fondamentale", indice in base al quale, come noto, la Corte Costituzionale riconosce il carattere di norma di principio in un contesto di potestà legislativa concorrente<sup>15</sup>.

### 3. *La conferma del contingentamento numerico e della pianta organica quali presidi di un settore fortemente regolato*

Con l'introduzione del nuovo regime relativo a turni ed orari di apertura il legislatore statale ha senza dubbio accolto alcune delle istanze liberiste da tempo registrabili nel settore. Analoghe considerazioni, tuttavia, non possono essere effettuate in relazione all'ambito della programmazione territoriale del servizio di assistenza farmaceutica. Gli interventi di riforma del 2012, infatti, hanno confermato tanto il regime del contingentamento numerico quanto l'istituto della c.d. pianta organica.

<sup>14</sup> Cfr. Cons Stato, sez. III, (ord.) 1 settembre 2012, n. 3555, in *RDF*, 2012, p. 1212; Cass. Civ, sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Giust. civ. mass.*, 2013; TAR Campania, Napoli, sez. V, 26 febbraio 2013, n. 1125, in *FA TAR*, 2013, p. 623.

<sup>15</sup> Cfr., *ex multis*, Corte Cost., 5 aprile 2013, n. 63, in *GCost*, 2013, 2, p. 979.

Il primo, in particolare, impone il mantenimento di una determinata proporzione tra il numero delle farmacie e l'entità della popolazione (criterio demografico), regola che può essere derogata unicamente a fronte di comprovate esigenze di ulteriori sedi da ubicare in aree territoriali difficili da servire (criterio topografico). Come detto, il d. l. n. 1/2012 cit. non ha inciso in maniera sostanziale su tale sistema, limitandosi a rimodulare il rapporto tra numero di sedi farmaceutiche e fattore demografico (portandolo dal precedente 1/4000 all'attuale 1/3.300)<sup>16</sup>.

Ci si trova, pertanto, innanzi ad un mercato contingentato e, di conseguenza, dotato di un ridottissimo livello di effettiva concorrenza tra gli operatori autorizzati ad esercitare l'attività sul territorio. La Corte Costituzionale ha – in contesti analoghi – sempre giustificato la previsione di limiti numerici per l'accesso ad un mercato a fronte di dimostrate esigenze di utilità sociale, sottolineando, nel contempo, come queste ultime debbano essere sempre bilanciate con la concorrenza, e “che esse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue”<sup>17</sup>.

Ciò premesso, nel caso di specie, parte della dottrina e la stessa Consulta non sembrano ritenere necessario effettuare alcuna forma di bilanciamento tra profilo sociale e profilo concorrenziale, alla luce della (non condivisibile) considerazione che l'interesse pubblico primario alla salute finirebbe per essere comunque compromesso in caso di soppressione del contingentamento numerico<sup>18</sup>. In altri termini, viene considerato un dato non soggetto a confutazione il fatto che l'impianto attuale, programmato e poco competitivo, sia l'unico in grado di garantire la protezione della salute dei cittadini attraverso una razionale e completa copertura del territorio<sup>19</sup>.

A ben vedere, in realtà, non è certo la sterilizzazione di istanze concorrenziali ad assicurare *ex se* l'adeguata protezione del bene salute, quanto piuttosto previsioni quali l'obbligatoria presenza di un professionista farmacista all'interno della sede, la necessità di ottenere dall'ASL apposita autorizzazione preventiva, o, ancora, le ispezioni periodiche ed i controlli qualitativi cui è

<sup>16</sup> La conferma dell'ulteriore elemento della distanza minima di 200 m. tra sedi farmaceutiche, del resto, fa ulteriormente dubitare circa il reale impatto pro-concorrenziale della riforma.

<sup>17</sup> Cfr., *ex multis*, C. Cost., 22 luglio 2010, n. 270, in *GC*, 2011, p. 853; e *Id.*, 29 maggio 2009, n. 167, in *GCost*, 2009, p. 1870.

<sup>18</sup> Cfr. C. Cost., 8 gennaio 1996, n. 4, in *GCost*, 1996, p. 31.

<sup>19</sup> Sul legame originario tra limiti all'attività farmaceutica e difesa della sanità pubblica v. CAMMEO, VITTA, *Sanità pubblica*, cit., p. 764.

assoggettato il titolare di sede farmaceutica. L'introduzione di un regime maggiormente concorrenziale nel settore farmaceutico viene osteggiata anche da coloro che ritengono che ciò comporterebbe un inevitabile superamento del tetto di spesa: secondo tale ricostruzione un incremento dell'offerta non consentirebbe più al SSN di monitorare la vendita di farmaci rimborsabili, e la mancanza di un bacino di utenza "garantito" spingerebbe i farmacisti a vendere più prodotti possibili, in spregio alla effettiva necessità degli stessi ed all'esigenza di contenimento della spesa pubblica<sup>20</sup>. In realtà, un'attenta analisi della disciplina del rimborso da parte delle regioni consente di escludere le paventate conseguenze di "sforamento" del tetto di spesa: gli unici farmaci rimborsabili (quindi, incidenti sul bilancio sanitario) sono quelli prescritti da un medico, pertanto il farmacista non ha alcuna autonoma capacità di incrementare la vendita di farmaci rimborsabili "inutili"<sup>21</sup>.

L'attuale modello organizzativo, inoltre, non prevede unicamente limiti numerici all'entrata nel mercato, bensì anche forme di programmazione territoriale: attraverso la pubblicazione della pianta organica l'amministrazione stabilisce autoritativamente anche dove le singole sedi farmaceutiche debbano essere collocate. La riforma del 2012 ha di fatto lasciato invariato l'impianto precedente, essendosi passati da un regime di individuazione specifica della sede ad un regime di perimetrazione dell'area di spettanza<sup>22</sup>.

Al riguardo deve innanzitutto osservarsi che ai sensi dell'art. 15 della l.n. 475/1968 (*Norme concernenti il servizio farmaceutico*) "è riconosciuto ad ogni

<sup>20</sup> In generale, sul carattere recessivo riconosciuto dalla Corte Costituzionale alla libertà di iniziativa economica degli operatori rispetto alle esigenze di contenimento della spesa pubblica farmaceutica v. C. Cost., 7 luglio 2006, n. 279, in *Ragiusan* 2007, p. 280.

<sup>21</sup> Se anche così fosse, poi, deve considerarsi come in caso di sfioramento del tetto di spesa a livello regionale, siano gli stessi farmacisti (insieme ai produttori ed ai grossisti) a pagarne le conseguenze, attraverso un meccanismo di rimborso percentuale della spesa "sopra soglia" da effettuare nei confronti della Regione (c.d. *pay-back*).

<sup>22</sup> Sul punto il Consiglio di Stato ha affermato con chiarezza che "benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato pianta organica, resta affidata alla competenza del comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome" (Cons. St., sez. III, 3 aprile 2013, n. 1858, in *FA CDS*, 2013, p. 900). Anche sotto la vigenza della precedente disciplina, invero, la giurisprudenza aveva precisato che la norma dovesse essere interpretata non nel senso che la pianta organica dovesse assegnare una precisa ubicazione a ciascuna farmacia "bensì una porzione di territorio, più o meno ampia, ma esattamente delimitata e interamente distinta da quelle di tutte le altre farmacie dello stesso comune" (Cons. St., sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3925, in *RDF*, 2001, p. 55 ss.).



cittadino il diritto di libera scelta della farmacia”, il che dovrebbe portare a concludere che la previsione di una pianta organica non sia in grado di incidere sul sistema concorrenziale, non riconoscendo un bacino di utenza certo alle singole farmacie. L'unica *ratio* sottesa all'individuazione di autonome aree di competenza è (o, meglio, dovrebbe essere) pertanto quella di garantire a tutti gli utenti di accedere con facilità e tempestività al servizio, soddisfacendo così il carattere universale dello stesso.

Se tale ricostruzione “regge” ad un esame puramente teorico del contesto, essa è destinata però a mostrare diverse falle una volta calata nella realtà dei fatti. In concreto, l'assegnazione di una zona riconosce in capo a ciascun farmacista un vero e proprio diritto di esclusiva, in grado di assicurarli l'assenza della creazione di dinamiche concorrenziali sul “proprio” territorio. Solo in tal modo, secondo la suddetta ricostruzione, il farmacista avrebbe la possibilità di garantire un servizio qualitativamente adeguato<sup>23</sup>. Sembra, del resto, avallare tale tesi anche quella giurisprudenza costituzionale che parla espressamente di strumentalità della pianta organica rispetto non solo al carattere universale del servizio, bensì anche all'opportunità di assicurare un reddito agli operatori di settore proprio attraverso la “sterilizzazione” di istanze concorrenziali<sup>24</sup>.

L'attuale modello di programmazione territoriale rivela, poi, ulteriori criticità. Ci si riferisce, in primo luogo al profilo della competenza, ricordando che la riforma del 2012 ha trasferito dalla regione ai comuni – in ottemperanza al principio di sussidiarietà verticale – la funzione di identificare le “zone” dove collocare le sedi farmaceutiche. Su tale aspetto deve osservarsi che – come più volte ribadito dalla giurisprudenza – la scelta di localizzazione della sede farmaceutica è frutto di ampia discrezionalità, sindacabile, quindi, solo per manifesta irrazionalità<sup>25</sup>. Di qui ne consegue una palese condizione di conflitto di interesse in capo all'amministrazione comunale, che finisce per rivestire contestualmente il ruolo di “regolatore” del mercato e “concorrente” nello stesso, in qualità di titolare di farmacie pubbliche<sup>26</sup>. Sorprendentemente, ad oggi

<sup>23</sup> In termini, cfr. TAR Toscana, sez. II, 21 maggio 2010, n. 1599, in *FA TAR* 2010, p. 1658; TAR Liguria, sez. II, 2 febbraio 2006, n. 80, in *Ragiufarm* 2008, p. 27. Giurisprudenza confermata anche post-riforma 2012: cfr. Cons. St., sez. III, 31 maggio 2013, n. 2990, in *FA CDS*, 2013, p. 1214 e TAR Puglia, Lecce, sez. II, 27 marzo 2013, n. 676, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>24</sup> Cfr. Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 76, in *GCost*, 2008, p. 991.

<sup>25</sup> Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 dicembre 2013, n. 1682, in *FA TAR*, 2013, p. 3850 e, da ultimo, Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 915, in [www.dirittodeiservizi pubblici.it](http://www.dirittodeiservizi pubblici.it).

<sup>26</sup> Atteso, infatti, che la gestione di una farmacia – al di fuori di casi eccezionali – comporta un profitto, sussiste una palese ipotesi di incompatibilità tra la verifica di eventuali fallimenti di

poche pronunce hanno toccato tale profilo, quasi tutte concludendo per l'esclusione della sussistenza "in astratto" (ma non "in concreto") del suddetto conflitto di interessi, in ragione di una non condivisibile configurazione del potere pianificatorio espressione di discrezionalità tecnica<sup>27</sup>.

Un ulteriore profilo di criticità presentato dal regime della pianta organica, questa volta di carattere sostanziale, attiene, poi, la circostanza che la copertura dell'intero territorio comunale con il servizio di assistenza farmaceutica, infatti, rappresenta un requisito "minimo" (quindi essenziale), non certo un livello ottimale delle prestazioni. Tale parametro dovrebbe poter essere, pertanto, derogato *in melius*. In altri termini, una volta che un'area sia "coperta" dalla presenza di una farmacia, non sembra trovare alcuna giustificazione il divieto di integrare la medesima zona con ulteriori sedi; o, meglio, tale scelta non si giustifica in termini di più idonea tutela della salute, rinvenendo evidentemente la sua sola *ratio* nel garantire un bacino di utenza minimo a coloro che già operano nel mercato. Eppure è noto che l'ordinamento europeo non consente agli Stati membri di individuare limitazioni alle libertà fondamentali di circolazione in funzione del miglior perseguimento di un interesse economico! Il privilegio di cui godono i titolari di sedi farmaceutiche, tra l'altro, non trova giustificazione nemmeno in relazione al costo connesso all'apertura di una farmacia, oggi non più tale da richiedere forme di compensazione, come può desumersi anche dalla circostanza che il margine di profitto medio di un farmacista italiano è oggi superiore di circa il 30% rispetto alla media europea<sup>28</sup>.

In conclusione, sul punto, preme sottolineare come non si intende affatto contestare la sussistenza, nel settore farmaceutico, di quell'interesse "impera-

mercato (che dovrebbero giustificare la titolarità pubblica di una sede farmaceutica) e la gestione diretta dell'attività economica stessa. In dottrina, sul punto, v. DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2012, p. 314.

<sup>27</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 luglio 2013, n. 6697, in *GD*, 2013, p. 79; TAR, Lazio, Roma, sez. II, 4 luglio 2013, n. 6603, in *FA TAR*, 2013, p. 2373. Si segnala, tuttavia, TAR Veneto, 17 maggio 2013, n. 713 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 41, 97 e 118 Cost., il cui atto di remissione è stato, però, ritenuto dalla Consulta inidoneo a dimostrare l'attualità della questione e, quindi, la pregiudizialità del giudizio in via incidentale, con consequenziale pronuncia di rito di inammissibilità della domanda (cfr. C. Cost., 27 febbraio 2015, n. 24, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>28</sup> Cfr. le osservazioni presentate dal Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 11 novembre 2011, in sede di audizione innanzi alla XII Commissione del Senato (Igiene e Sanità), reperibile in [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/2516-audizione-20101111.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2516-audizione-20101111.html).

tivo” atto a giustificare la previsione di deroghe alle libertà di iniziativa economica privata. Ciò che si intende porre in dubbio, piuttosto, è che le limitazioni alla concorrenza individuate dal legislatore italiano siano effettivamente “necessarie”, ragionevoli e proporzionate<sup>29</sup>. Con le brevi considerazioni che precedono si è cercato di dimostrare che la tutela dell’interesse alla salute potrebbe essere garantita in maniera analoga facendo ricorso a misure meno coercitive per l’iniziativa economica privata; il che, in attuazione dell’art. 41 Cost., imporrebbe una revisione della regolazione di settore. Ad oggi ciò non è ancora accaduto, in quanto il legislatore statale (invero avallato dalla prevalente giurisprudenza) non pare voler procedere a quell’operazione di valutazione “in concreto”, consistente nell’esame delle esternalità negative proprie delle diverse opzioni possibili, il cui esito condurrebbe alla giustificazione delle sole limitazioni davvero necessarie al perseguimento del fine sociale<sup>30</sup>.

#### 4. *Le parafarmacie e la “finta” liberalizzazione della vendita del prodotto-farmaco*

Anche il profilo della vendita dei prodotti farmaceutici è stato recentemente interessato da un, seppur parziale e poco incisivo, processo di liberalizzazione. Come noto, in Italia i farmaci sono divisi in fascia A (rimborsabili) e fascia C (non rimborsabili); questi ultimi si dividono a loro volta tra quelli per i quali è comunque necessaria una prescrizione e quelli SOP (Senza Obbligo di Prescrizione) o OTC (*over the counter*-da banco, passibili di pubblicità). Con il d.l. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani) si era già registrata una prima limitata apertura al mercato, attraverso la soppressione dell’esclusività di vendita in capo alle farmacie in relazione ad alcune categorie di farmaci: in particolare, si era ivi consentito la vendita anche nelle c.d. parafarmacie dei soli farmaci SOP e OTC (quindi non rimborsabili e non soggetti a prescrizione), che rappresentano, si badi, meno del 10% del mercato farmaceutico nazionale.

I benefici scaturenti da tale operazione sono stati diversi ed hanno interessato non solo in via diretta il livello di tutela dell’utenza ma anche, indirettamente, il mercato del lavoro. Si è, in particolare, registrata una riduzione del “vantaggio di posizione” di cui le farmacie godevano in ragione del fatto che

<sup>29</sup> In termini v. LOMBARDI, *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, cit.

<sup>30</sup> Cfr. C. Cost., 20 luglio 2012, n. 200, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sul punto si rinvia alle osservazioni di RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 della Costituzione*, in *DA*, 2008, p. 121 ss.

– dovendo il cittadino recarsi necessariamente in farmacia per acquistare qualsiasi prodotto connesso alla tutela della salute – egli era naturalmente portato ad acquistare in quella sede anche ulteriori prodotti affini, ad un prezzo certamente superiore rispetto a quello offerto in altri esercizi commerciali (ad es. supermercati). Inoltre, dall’apertura delle parafarmacie è derivata una riduzione di circa il 25% del prezzo dei prodotti per i quali si è creato il regime concorrenziale tra farmacie e parafarmacie<sup>31</sup>. A ciò deve aggiungersi come l’utente sia oggi agevolato nel rifornirsi di (alcuni) farmaci, grazie all’evidente incremento del grado di prossimità delle attività economiche a ciò autorizzate, senza che siano registrabili i paventati effetti di aumento ingiustificato del consumo<sup>32</sup>.

Nonostante tali innegabili benefici, il legislatore del 2012 è intervenuto piuttosto timidamente sul punto, limitandosi a riconoscere in capo alle parafarmacie la possibilità di vendere qualsiasi medicinale veterinario e la facoltà di realizzare “preparazioni galeniche officinali”<sup>33</sup>. La prima versione del decreto contemplava, invero, – su espressa sollecitazione dell’AGCM<sup>34</sup> – anche l’estensione della vendita in parafarmacia di tutti i farmaci fascia C (non rimborsabili) indipendentemente dalla necessità o meno della prescrizione, il che avrebbe in effetti segnato una reale apertura al mercato, senza che ciò potesse comportare – a parere di chi scrive – alcun pericolo per la tutela del bene salute, soprattutto in ragione della prevista obbligatoria presenza di un farmacista abilitato all’interno di ciascuna parafarmacia; tale disposizione è stata, tuttavia, espunta dal testo definitivo della norma.

La legittimità dell’attuale disciplina nazionale comportante, come si è visto, il divieto di vendere all’interno delle parafarmacie qualsiasi farmaco soggetto a prescrizione medica – a prescindere dalla circostanza che sia o meno posto a carico del SSN – è stata recente oggetto di rimessione alla Corte di Giustizia, alla quale è stato chiesto di pronunciarsi in ordine all’eventuale violazione del diritto di stabilimento<sup>35</sup>. Dalla Corte ci si sarebbe potuto

<sup>31</sup> Cfr. il Documento di Programmazione Economica e Finanziaria 2008–2011 del Ministero dell’Economia e delle Finanze, in [www.tesoro.it/documenti/open.asp?id=17881](http://www.tesoro.it/documenti/open.asp?id=17881).

<sup>32</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni presentate dal Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 11 novembre 2011, in sede di audizione innanzi alla XII Commissione del Senato (Igiene e Sanità), reperibile in [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/2516-audizione-20101111.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2516-audizione-20101111.html).

<sup>33</sup> Cfr. art. 11, d.l. n. 1/2012.

<sup>34</sup> Cfr. l’audizione del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 11 novembre 2011, XII Commissione del Senato (Igiene e Sanità), cit.

<sup>35</sup> TAR, Lombardia, Milano, (ord.) 22 marzo 2012, n. 897, in *GME*, 2012, p. 1694, con

ragionevolmente attendere pronunce di censura nei confronti del modello italiano, alla luce della considerazione che essa aveva in passato più volte chiarito che, sebbene la competenza in materia di organizzazione del sistema sanitario (e, quindi, anche del servizio farmaceutico) appartenesse ai singoli Stati membri, nell'esercizio di tale competenza non potessero essere disattese le disposizioni del Trattato, in particolare quelle relative alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi. “Tali norme comportano il divieto per gli Stati membri di introdurre o di mantenere restrizioni ingiustificate all'esercizio delle libertà comunitarie nel campo delle cure sanitarie”<sup>36</sup>.

Malgrado ciò, in risposta alle recenti sollecitazioni del giudice amministrativo italiano, la Corte di Giustizia, con pronuncia n. 159/2013, ha dichiarato la legittimità dell'attuale regime nazionale di vendita dei farmaci – sebbene oggettivamente limitativo della concorrenza – alla luce della legittimità di un regime nazionale di pianificazione territoriale del servizio farmaceutico (che verrebbe ostacolato dal riconoscimento di una più ampia quota di mercato anche alle parafarmacie), nonché di un non meglio specificato “obiettivo di assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità”<sup>37</sup>.

Sulla medesima questione è stata, poi, adita anche la Corte Costituzionale da parte del T.A.R. Reggio Calabria, n. 333/2012<sup>38</sup>. Con l'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* – dopo aver ricordato l'incontestata natura imprenditoriale dell'attività esercitata dal farmacista<sup>39</sup> – richiama diversi elementi atti

commento di CIFARELLI, *Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia*; e T.A.R. Sicilia, Catania (ord.) 23 ottobre 2012, n. 2491, in *RDF*, 2013, I, p. 116.

<sup>36</sup> Cfr. C. Giust., 30 gennaio 2002, *Commissione v. Grecia*, (C-103/00); ID., 16 maggio 2006, *Watts* (C-372/04); ID., 10 marzo 2009, *Hartlauer* (C-169/07).

<sup>37</sup> C. Giust., 5 dicembre 2013, *Venturini* (cause riunite C-159, 160 e 161/12). Già in passato la Corte europea, d'altra parte, aveva in più occasioni affermato che la tutela della libertà di stabilimento non osta a che uno Stato membro adotti un regime di autorizzazione preventiva per l'apertura di nuove farmacie, se tale regime si rivela indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie, in maniera tale da garantire un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione, orientata a coprire tutto il territorio e a tenere conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate (cfr. C. Giust., 29 settembre 2011 (ord.), *Grisoli* (C-315/08); ID., 1 giugno 2010, *Blanco Perez* (C-570/07 e C-571/07).

<sup>38</sup> TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, ord. 9 maggio 2012, n. 333, in *FI*, 2013, III, p. 220.

<sup>39</sup> In termini, da ultimo, Cass., sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *RDF*, 2013, p. 784, ove si afferma che “il farmacista si sussume nella nozione di imprenditore rilevante ai fini della tutela della libertà della concorrenza” laddove “per impresa deve intendersi qualsiasi entità, la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo status giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali”.

a mettere in dubbio la legittimità della normativa in questione. Viene innanzitutto evidenziato come – trattandosi di farmaci ad integrale carico del cittadino – il divieto di vendita dei farmaci di fascia C nelle parafarmacie non trova giustificazione in nome della necessità di tenere sotto controllo la spesa pubblica destinata all’assistenza farmaceutica. A ciò deve aggiungersi la palese illogicità dell’attuale assetto normativo, laddove consente la vendita nelle parafarmacie di farmaci che non richiedono la prescrizione del medico – con evidente maggiore responsabilità in capo al farmacista presente nella parafarmacia – ma non la vendita di farmaci soggetti a prescrizione, per i quali la previa verifica effettuata dal medico riduce notevolmente la sfera di libertà decisionale (e la conseguente responsabilità) in capo al farmacista venditore. In ultima analisi, secondo quanto prospettato dal giudice remittente, non sussisterebbero ragioni di tutela della salute, di utilità sociale, di sicurezza o dignità umana che legittimerebbero i limiti posti dalla normativa *de quo* alla libertà dell’iniziativa economica, “mentre l’inserimento di un maggior numero di operatori sul mercato interno consentirebbe la creazione di una dinamica dei prezzi che andrebbe a beneficio dei consumatori”.

Ebbene, nonostante l’estremo rigore con cui il giudice *a quo* ha ricostruito il quadro normativo, evidenziandone le non poche criticità e incompatibilità con una corretta applicazione dell’art. 41 Cost., ancora una volta – con la sentenza n. 216 del 18 luglio 2014 – la Corte Costituzionale ha sancito la legittimità della normativa in esame, perdendo in tal modo l’opportunità di stimolare l’introduzione di concreti (e benefici) interventi di riforma in chiave liberista nell’ambito del servizio di assistenza farmaceutica territoriale. In particolare, la Consulta ha ritenuto non irragionevole le scelte del legislatore statale in ragione di un presunto assoggettamento delle farmacie ad un regime di vincoli e controlli maggiormente rigoroso rispetto a quello delle parafarmacie; nonché in base alla considerazione, invero assertiva, secondo la quale la liberalizzazione dell’intera categoria dei farmaci di fascia C “inciderebbe, con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione sopra richiamato, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini”.

In altri termini, attraverso un’applicazione quanto mai estesa del principio di precauzione, il Giudice delle leggi ha ritenuto necessari i limiti attualmente imposti ai titolari di parafarmacie in funzione della migliore tutela del bene salute, laddove, al contrario, – come si è cercato di dimostrare – le

misure di liberalizzazione proposte non solo non ridurrebbero le garanzie poste a protezione della salute ma si rivelerebbero anche vantaggiose per il cittadino-utente, attraverso i benefici scaturenti l'implementazione di dinamiche pro-concorrenziali. In ordine a tale ultimo profilo, in particolare, l'ampliamento del ventaglio di medicinali vendibili al di fuori delle farmacie avrebbe l'ulteriore conseguenza di rendere maggiormente appetibile l'iniziativa economica consistente nell'apertura di parafarmacie, la cui sorte al momento è invero piuttosto incerta, atteso che ancora oggi le farmacie detengono circa il 90% anche della quota di medicinali vendibili senza ricetta<sup>40</sup>.

In conclusione, anche in relazione al contesto della vendita dei farmaci, come si è osservato in ordine al profilo della programmazione territoriale, il servizio di assistenza farmaceutica in Italia è ancora oggi connotato da numerose incongruità e rigidità strutturali che non solo non consentono di stimolare l'incremento della qualità del servizio offerto, ma finiscono per riconoscere una serie di privilegi e rendite di posizione del tutto illegittime (sia alla luce del diritto nazionale che europeo).

Le resistenze ad un sostanziale ripensamento del sistema appaiono principalmente di tipo ideologico e risultano purtroppo avallate anche dalla giurisprudenza costituzionale ed europea, particolarmente "timide" nel prevedere aperture a logiche di mercato in un settore dove entra in gioco la salute dell'uomo, pur in presenza di diversi fattori che – anche in un'ottica di amministrazione di risultato<sup>41</sup> – sembrerebbero piuttosto scorgere in un (ovviamente solo parziale) processo di liberalizzazione la chiave per garantire un servizio qualitativamente migliore e, pertanto, una più ampia e completa protezione del diritto fondamentale alla salute.

<sup>40</sup> Fonte: Assosalute 2013, in [www.assosalute.info](http://www.assosalute.info).

<sup>41</sup> In generale, sul concetto di amministrazione di risultato, v. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *DA*, 1999, p. 57 ss.; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *DA*, 2007, p. 63 ss. In particolare, per un'applicazione di tale concetto al servizio di assistenza farmaceutica – in termini di analisi della regolazione di settore in un'ottica di valutazione dei risultati e possibile miglioramento del grado di efficacia con pari livello di tutela dei diritti – si rinvia a SALERNO, *Le farmacie del diritto dell'economia*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, p. 99 ss.

### **Abstract**

Il lavoro ha lo scopo di analizzare gli effetti che le più recenti riforme del settore farmaceutico in chiave liberista sono destinate a generare. Dopo una breve disamina delle posizioni della dottrina relative al dibattito circa la natura giuridica da riconoscere in capo al servizio di assistenza farmaceutica, lo studio prosegue esaminando alcuni dei profili maggiormente significativi connessi alle inevitabili tensioni sussistenti tra obiettivi di tutela della salute, efficienza del servizio e legittime aspettative di profitto dei titolari delle sedi farmaceutiche. In particolare sono oggetto di specifico esame gli aspetti regolatori connessi all'entrata nel mercato, alla gestione della sede, nonché alla vendita del prodotto farmaco, in una prospettiva di superamento delle criticità attraverso l'implementazione di un più concreto processo di liberalizzazione.

This paper aims at analyzing the effects of recent liberal reforms in the pharmacy sector. After briefly examining several doctrine thesis concerning the debate on the legal status of the pharmaceutical public service, the author draws attention to the mainly significant issues linked to the ineluctable conflicts between health protection, service efficiency and profit expectations. In particular, regulatory aspects related to the market entry, to the pharmaceutical store management, and also to the drugs trade, are specifically examined, with the aim to overcome several critical issues, through a process of real liberalization.

### **Key words**

Servizio farmaceutico, liberalizzazione, parafarmacia.

Pharmaceutical service, liberalization, parapharmacy.



## **Biagio Giliberti**

### **Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato**

**Sommario:** **1.** Introduzione e definizioni. **2.** La gestione dei rifiuti urbani: pluralità di soluzioni legislative. **2.1.** La gestione dei rifiuti urbani e speciali nel codice dell'ambiente. **2.2.** La gestione degli olii usati. **2.3.** La gestione dei RAEE e delle pile usate. **2.4.** La gestione degli imballaggi. **3.** La gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza.

#### *1. Introduzione e definizioni*

Scopo del presente lavoro è quello di analizzare le principali previsioni legislative nazionali in materia di gestione dei rifiuti allo scopo di verificare se, ed in quale misura, in questo settore – apparentemente unitario ma invero ampio ed eterogeneo – risultino in essere misure di liberalizzazione. Più nel dettaglio, l'indagine mira ad isolare le soluzioni prescelte per la gestione delle differenti tipologie di rifiuto, onde vagliare rispetto a ciascuna il livello di apertura al mercato e le modalità di coordinamento tra l'architettura organizzativa prescelta e l'imposizione di obblighi di servizio pubblico (storicamente connaturali al settore di interesse e, come tali, usualmente rinvenibili nella legislazione).

Prima, tuttavia, di muovere nei termini appena delineati, appare utile premettere alcune precisazioni di ordine terminologico. Ciò in quanto a molti dei termini, rilevanti ai fini dell'indagine, risultano attribuiti in letteratura significati differenti, non fosse che per il fatto che essi sono in uso non solo il mondo del diritto ma anche in quello dell'economia. Allo stesso modo, istituti giuridici centrali per un'indagine in materia di gestione dei rifiuti (e segnatamente quello di pubblico servizio) risultano oggetto di ri-

costruzioni sensibilmente differenti, con inevitabili divergenze in sede di impostazione e risoluzione dei problemi pratici.

Nel solco di questa premessa, e seguendo la prassi oggi diffusa nell'ambito della legislazione, si tratta di assumere, pur nella possibile diversità di significati, un lessico definitorio convenzionale, relativamente almeno alle nozioni di privatizzazione, liberalizzazione e di servizio pubblico.

Può dirsi, allora, che con il termine privatizzazioni si sia propensi ad intendere due distinti fenomeni. Si parla, infatti, comunemente, di privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale<sup>1</sup>, volendosi significare:

- con la prima espressione, l'operazione di trasformazione di soggetti originariamente organizzati in forma pubblicistica (ad es. aziende autonome o enti pubblici economici) in operatori formalmente di diritto privato (ad es. mediante l'adozione delle forme societarie, quali la società per azioni);

- con la seconda, al contempo, il fenomeno della cessione a privati di partecipazioni pubbliche nelle società oggetto di privatizzazione formale e quello dell'apertura alla concorrenza di attività tradizionalmente oggetto di riserva monopolistica in favore dei pubblici poteri<sup>2</sup>.

In questa seconda accezione, la nozione di privatizzazione presenta rilevantissime assonanze (ed anzi pare sovrapporsi) a quella di liberalizzazione, allorchando detto termine venga assunto nel significato, immediatamente

<sup>1</sup> Sulle privatizzazioni la letteratura è vastissima: BONELLI, ROLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, Aggiorn. IV, p. 994 ss. Per un'ampia indagine comparatistica: AA.VV., *Le privatizzazioni in Europa*, in SANTANIELLO, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, 2003; CLARICH, *Privatizzazioni*, in *DDP*, p. 568; ID., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *DA*, 1995, p. 519 ss.; CARABBA, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, in *DDP*, p. 558; FRANCO FERRARI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010, p. 377; CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *RTDP*, 1988, p. 32 ss.; CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *RTDP*, 1991, p. 378 ss.; PAGANETTO, COSÌ, *Privatizzazione*, in *EIT, V Appendice*, 231 ss.; CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583 ss.; AMORELLI, *Le privatizzazioni nella prospettiva del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Padova, 1992; AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995; GIACCARDI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche: rilevanza della forma pubblica o privata anche alla luce del diritto comunitario*, in ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, p. 34 ss.; GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

<sup>2</sup> Cfr. CARABBA, *Privatizzazione*, cit., p. 558: "Se si guarda alla disciplina dell'attività economica oggettivamente considerata la nozione di «privatizzazione» indica la riduzione dell'ambito delle attività economiche sottoposte a regime di «riserva» dei pubblici poteri e il correlato ampliarsi dell'area del mercato e della concorrenza".

economico, di rimozione di ostacoli monopolistici, al precipuo fine di realizzare l'apertura di determinati settori alla competizione tra privati<sup>3</sup>.

È ben noto, tuttavia, come la dottrina sia riuscita ad isolare una nozione propriamente giuridica (o meglio amministrativistica) di liberalizzazione. Ci si riferisce al fondamentale chiarimento per cui può parlarsi di liberalizzazione amministrativa per descrivere i processi legislativi volti alla totale o parziale eliminazione di barriere amministrative allo svolgimento di attività private, accompagnata, se del caso, dalla loro sostituzione con strumenti, pur sempre amministrativi, e tuttavia attivabili dal privato sotto propria responsabilità (dunque senza preliminarmente intermediazione dei pubblici poteri)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sulle privatizzazioni si veda FRANCO FERRARI, *Diritto pubblico dell'economica*, cit., p. 377 specie per le interrelazioni con il diverso fenomeno delle liberalizzazioni: "Una ulteriore fisionomia istituzionale delle privatizzazioni si ha allorché l'attività pubblica oggetto della privatizzazione determina l'immissione dell'ex ente pubblico, avente ormai natura societaria, in un contesto aperto alla concorrenza di altri operatori economici. In tal caso, segnato dalla netta prevalenza delle disposizioni di natura giusprivatistica nella regolazione del settore economico interessato, si verifica più propriamente il fenomeno della liberalizzazione, la quale dunque può essere definita come una specie particolare di privatizzazione, fermo restando però che si possono avere liberalizzazioni, a seguito del venire meno di una situazione di monopolio legale, anche senza ingresso nel mercato di enti pubblici privatizzati".

<sup>4</sup> Sul tema CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE (diretto da), *Diz.DP*, Milano, 2006, p. 3492: "Per liberalizzazione amministrativa si intende l'eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private. Per liberalizzazione economica, invece, si intende la possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere all'ingresso". Non si prescinde da TRAVI, *Liberalizzazioni*, in *RTDP*, 1998, p. 645 ss. Di recente PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *DA*, 2014, p. 355 ss.

Cfr. anche CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in *DP*, 2000, p. 392 ss.; SIMONCINI, LONGO, *L'ultima stagione della semplificazione: la riduzione degli oneri amministrativi*, in [www.Osservatoriosullefonti.it](http://www.Osservatoriosullefonti.it), 2013, p. 3 ss.; PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DP*, 2012, p. 278 ss.

Si veda anche CLARICH, *Privatizzazioni*, cit., p. 570: "La deregolamentazione è dunque un fenomeno diverso e più ampio rispetto alla privatizzazione: non è limitato al settore dell'impresa pubblica e ricomprende al proprio interno, variamente, il ritiro totale del diritto statale a un certo ambito di attività (degiuridificazione), la sostituzione di norme legislative rigide con forme di regolamentazione più flessibili, la riduzione dell'estensione dei poteri attribuiti agli apparati pubblici di controllo (enti regolatori, agenzie o Authority indipendenti), eccetera". Così anche CARABBA, *Privatizzazione*, cit., p. 559.

Il proseguimento della riflessioni su questi temi, peraltro, ha prodotto un ulteriore affinamento concettuale. La dottrina, infatti, ha ritenuto di poter isolare dalle nozioni di liberalizzazione e privatizzazione, quella di esternalizzazione, rinvenibile ogni qual volta la creazione di una concorrenzialità<sup>5</sup> è realizzata nelle forme della competizione “per il mercato”<sup>6</sup>, ovvero sia ap-

Ancora PAGANETTO, COSÌ, *Privatizzazione*, cit., p. 231 ss: “*Privatizzare non significa necessariamente ridurre l’attività di ‘regolamentazione’ da parte dello stato, se con questo termine s’intende l’insieme delle regole del gioco posto a fondamento del funzionamento del mercato e delle interazioni tra operatori privati e pubblici; e con il suo opposto, ‘deregolamentazione’, si intende la tendenza a ridurre le restrizioni indesiderate alla condotta privata che si collega all’azione delle agenzie amministrative. P e deregolamentazione procedono assieme quando la prima è accompagnata dall’esigenza di aumentare la concorrenza*”.

<sup>5</sup> Cfr. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, pp. 368-369: “La concorrenza «nel mercato» riguarda i servizi pubblici per i quali, date le caratteristiche particolari del mercato, la fornitura del servizio può essere svolta da una pluralità di operatori in concorrenza tra loro. [...] La concorrenza «per il mercato» si addice alle situazioni, nelle quali per ragioni di tipo tecnico o economico (monopolio naturale, costi eccessivi di duplicazione delle reti e delle infrastrutture), il servizio pubblico si presta a essere svolto in modo efficiente da un unico gestore. L’attribuzione del servizio avviene in seguito a una procedura competitiva di affidamento della concessione [...]. In questo modo la regolazione crea una sorta di mercato artificiale, limitato alla fase di scelta del gestore chiamato a svolgere il servizio avendo acquisito un diritto speciale o di esclusiva, alle condizioni tecniche ed economiche poste a base della gara e stabilite in modo più analitico nei capitolati tecnici e nel contratto di servizio”.

<sup>6</sup> La questione è ben intesa in VALAGUZZA, *I servizi pubblici*, in CARLOTTI, CLINI, *Diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 298: “L’intervento comunitario ha inciso tramite due filoni: da un lato, con il processo di liberalizzazione, volto a creare le condizioni giuridiche per la concorrenza nel mercato (e non solo per il mercato come per il settore dei pubblici servizi), determinando la libertà di entrata da parte di nuovi attori e riducendo le aree in cui il soggetto pubblico conservava poteri autoritativi o comunque regimi privilegiati e derogatori alla concorrenza, dall’altro con la privatizzazione degli operatori ex-monopolisti di Stato così da realizzare un’uguaglianza formale tra imprese pubbliche e imprese private in un mercato concorrenziale. [...] Pertanto, con la politica delle liberalizzazioni, importanti settori, una volta costretti entro i confini del servizio pubblico, sono stati liberati dal regime delle concessioni in esclusiva, grazie alla previsione di licenze o autorizzazioni, appetibili da tutti gli operatori interessati. [...] Quindi, attraverso le politiche comunitarie, molti degli ambiti qualificati come servizi pubblici, e per ciò aperti solo alla concorrenza per il mercato, sono stati liberalizzati e dunque sottoposti alla disciplina della concorrenza nel mercato. «La concorrenza nel mercato consente agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l’accesso al mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all’esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori» [...].

prontando un sistema tale per cui il soggetto imprenditoriale privato mantiene come controparte il soggetto pubblico<sup>7</sup>, sicché l'attività pubblica non perde la tradizionale connotazione erogativa<sup>8</sup>.

Le nozioni sinteticamente ricostruite risultano fortemente interrelate, specie laddove le si esaminino storicamente. Non vi è dubbio, infatti, che l'apertura di settori in monopolio pubblico alla concorrenza (privatizzazione sostanziale o liberalizzazione economica) sia stata spesso volte preceduta da una riorganizzazione formale dei soggetti pubblici operanti in monopolio, onde adeguarne le forme al mutato quadro giuridico e renderne possibile la competizione sul mercato. Per altro verso, la liberalizzazione economica, in certi casi, è risultata esser il portato della liberalizzazione amministrativa<sup>9</sup>.

Tuttavia, la liberalizzazione dei servizi pubblici è una liberalizzazione che viene definita temperata. Nel senso che le politiche di liberalizzazione devono coniugarsi con gli «obblighi di servizio pubblico e universale» [...] che necessariamente gravano sui soggetti esercenti determinate attività, i quali sono tenuti, ad esempio, a rispettare degli *standard* minimi di efficienza e qualità nelle prestazioni rese, in maniera da assicurare la protezione dell'utente/fruttore del servizio”.

<sup>7</sup> Cfr. VALAGUZZA, *I servizi pubblici*, cit., p. 297: “L'affidamento tramite gara realizza quella forma di concorrenza, definita concorrenza *a monte* (in antitesi alla concorrenza *a valle*), che consente agli operatori economici interessati, di competere per l'affidamento del servizio nel momento antecedente il suo affidamento, escludendo invece che, una volta selezionato l'aggiudicatario della gara, quel servizio possa ammettere la sovrapposizione di offerte di prestazioni diverse da quelle dell'affidatario selezionato tramite procedura comparativa”.

<sup>8</sup> Ancora FRANCO FERRARI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 379 per il quale dalla liberalizzazione e dalla privatizzazione va distinto il diverso fenomeno della esternalizzazione, evenienza in cui: “l'attività svolta dal soggetto imprenditoriale privato ha come controparte il soggetto pubblico, e non è perciò rivolta al mercato. L'attività pubblica, nell'ipotesi in esame, è privatizzata ma non perde l'originaria natura erogativa, con almeno due importanti conseguenze. Da un lato, le spese sono mantenute a carico dello Stato. Dall'altro lato, trova piena giustificazione la regolazione pubblica con finalità di controllo dell'attività svolta in forma imprenditoriale. Riassumendo, mentre la liberalizzazione costituisce una variante della privatizzazione, non altrettanto è possibile dire della esternalizzazione. Nei primi due casi, infatti, si assiste effettivamente alla sostituzione del diritto pubblico da parte del diritto privato, laddove al contrario nella terza ipotesi il fenomeno può essere descritto come una ibridazione o commistione del diritto pubblico, e più propriamente del diritto amministrativo, con il diritto privato”.

<sup>9</sup> Il fenomeno è descritto, con ampia casistica, in CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., p. 3493: “La liberalizzazione economica, in certi casi, non è altro che l'effetto della liberalizzazione amministrativa [...]. In altri casi la liberalizzazione è il risultato di un procedimento più complesso. Vi è innanzitutto un provvedimento legislativo che elimina il monopolio legale e trasforma (o prevede la trasformazione de) il vecchio monopolista da ente pubblico o da azienda pubblica in società per azioni; da qui la possibilità per le imprese private

La prospettiva storicistica, peraltro, ha permesso di relativizzare l'assolutismo di alcune formule, comparse nella primissima stagione dell'ampio processo di privatizzazioni che ha interessato l'Italia a partire dalla seconda metà degli anni novanta del secolo scorso. È apparso chiaro, in particolare, che l'assunzione delle forme privatistiche non significasse generale ritrazione delle regolamentazioni pubblicistiche in favore di un'altrettanto generalizzata applicazione delle regole privatistiche (immaginate come connaturali alla gestione concorrenziale delle aree di attività privatizzate/liberalizzate)<sup>10</sup>.

L'argomento ha avuto diversi piani di rilevanza.

In primo luogo, l'esame delle riforme legislative ha consentito di comprendere come determinate materie – in ragione, si direbbe, della loro ontologia anche storica – avessero, pur a fronte della apertura alla concorrenza (ed anzi proprio in ragione di essa), mantenuto fermi alcuni presidi di pubblico interesse, volti a consentire il perseguimento di interessi generali e a preservare alcuni contenuti essenziali delle attività rese, immaginati come ineludibili per i cittadini. Questa prospettiva, che evidentemente smentiva l'idea di una semplicistica sostituzione del modello civilistico a quello pubblicistico<sup>11</sup>, è risultata avvalorata dall'approntamento legislativo di nuovi apparati amministrativi (le autorità indipendenti) incaricate di funzioni “para legislative” per la cura di interessi pubblici e il perseguimento di finalità di rilievo collettivo non dismessi dal legislatore nonostante la realizzazione di processi di privatizzazione/liberalizzazione.

di entrare nel relativo mercato e la possibilità per i privati di acquistare le azioni della società nella quale il monopolista si è trasformato. È per questo che il processo di liberalizzazione è strettamente legato al processo di privatizzazione”.

<sup>10</sup> Cfr. CLARICH, *Privatizzazioni*, cit., p. 570: “occorre chiarire i rapporti tra privatizzazione e deregolamentazione (o deregulation), fenomeno quest'ultimo che in molti Paesi è andato di passo con la politica di dismissione delle partecipazioni pubbliche. Il modo più semplice per individuare questi nessi è rammentare che le politiche di regolamentazione (o regulation) in campo economico sono state introdotte nei vari Stati, [...], allo scopo di correggere quelli che con brutto termine vengono definiti come i «fallimenti» del mercato [...]. Ecco dunque il progressivo impiego degli strumenti classici di regolamentazione, come per esempio il sistema delle autorizzazioni e delle licenze amministrative, la fissazione di standards di comportamento o di sicurezza dei prodotti, l'imposizione autoritativa di prezzi e tariffe, l'introduzione di obblighi di informazione, eccetera”.

<sup>11</sup> Seguendo, piuttosto, le indicazioni di dottrina molto accorta può parlarsi di commistione e ibridazione di sistemi giuridici: “pubblico e privato diventano termini di una dialettica interna al diritto amministrativo” (il riferimento è ovviamente a NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235 ss.).

Di qui la identificazione di un passaggio cruciale nella storia dell'organizzazione pubblica. Si è parlato, infatti, di abbandono del modello dello Stato direttamente interventista nell'economia (c.d. Stato gestore), in favore del modello della regolazione<sup>12</sup>, nel quale l'organizzazione pubblica – tanto legislativa che amministrativa – si limita ad un'attività di indirizzo e controllo delle dinamiche di mercato, onde garantire non solo lo stesso valore pubblico della concorrenza ma il perseguimento di determinate finalità assunte come di pubblico interesse<sup>13</sup>. La tensione che questa soluzione organizzativa ha generato con il principio di legalità è ben nota, essendo stata magistralmente tracciata dalla più avveduta dottrina<sup>14</sup>.

In secondo luogo, in seno alla giurisprudenza (specie a quella della Corte dei Conti)<sup>15</sup> ha trovato ampio conforto l'idea per cui la trasformazione in società di diritto privato non implica, a determinati fini (nel caso quelli erariali), il venir meno del rilievo pubblicistico dei soggetti interessati dalla trasformazione e che anzi (sempre ai medesimi fini) il rilievo pubblicistico di determinati obiettivi è in grado di espandersi al punto da legittimare l'applicazione di regole di diritto pubblico anche a soggetti privati, sia nella forma che nella sostanza<sup>16</sup>. Si tratta di una prospettiva che ha interessato la

<sup>12</sup> Cfr. MERUSI, SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in CASSESE (a cura di), *Diz.DP*, III, Milano 2006, p. 2088 ss. Inoltre, per una attenta ricostruzione ed analisi dei processi evolutivi di trasformazione del rapporto tra Stato ed economia si veda PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore*, Torino, 2009.

<sup>13</sup> Cfr. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 365 che con riferimento alla gestione dei servizi pubblici evidenzia: "Il compito dello Stato non è più erogare direttamente i servizi, ma garantire attraverso gli strumenti della regolazione che essi siano resi alla collettività secondo livelli qualitativi e quantitativi adeguati".

<sup>14</sup> Cfr. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 9 luglio 2014 n. 15594: "Spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi e dei dipendenti dell'ANAS s.p.a. poiché la sua trasformazione in società per azioni non ne ha modificato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa corrispondente a quella della società azionaria. Né, del resto, il regime legale che la regola comporta la sua assimilabilità ad una società azionaria di diritto privato atteso che, da un lato, la stessa è stata istituita con atto normativo e il relativo statuto è stato approvato con d.m., mentre, dall'altro, è titolare di diritti il cui esercizio è condizionato dall'esistenza di concerto ministeriale, restando destinataria di entrate derivanti dall'utilizzazione di beni demaniali oltre che di funzioni pubbliche inerenti alle strade statali, con il correlato esercizio di potestà autoritative e diritto a fruire del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato".

<sup>16</sup> Cfr. C. Conti sez. I 23 febbraio 2012 n. 85: "Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti anche nei confronti di amministratori di enti privati che siano destinatari di contributi

stessa definizione del perimetro della giurisdizione amministrativa di legittimità, nell'ambito della quale, senza esitazioni ma con pari perplessità sistematiche, si è ritenuto di poter far rientrare le azioni portate avverso atti di soggetti formalmente privati, eppure ad azionariato pubblico e incaricati di compiti di pubblico rilievo (si pensi ai “provvedimenti” del GSE s.p.a.).

Non vi è dubbio, peraltro, che la prospettiva in esame ha finito, financo, per generalizzarsi e persuadere il medesimo legislatore, che l'ha fatta propria in numerose occasioni e, primariamente, nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo, laddove è stato riconosciuto che le sue disposizioni si applicano alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative (art. 29 l. 7 agosto 1990, n. 241).

Trova conferma, in tal modo, l'idea frammentariamente emersa in più punti per cui l'abbandono dei modelli monopolistici mediante la costruzione di mercati non determina *ipso facto* la dissoluzione dei regimi pubblicistici ma, come l'esperienza positiva dimostra, unicamente il loro aggiornamento, più o meno intenso, al mutato quadro delle regole<sup>17</sup>.

pubblici o concessionari di un servizio pubblico – indipendentemente da un'eventuale concorrente responsabilità dei soggetti amministrati – in presenza, oltre che dei noti elementi costitutivi dell'illecito in discorso, di un rapporto di servizio con l'Amministrazione danneggiata, cioè di una relazione funzionale degli amministratori dell'ente privato con quest'ultima, tale da collocarli nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come compartecipi fattivi dell'attività amministrativa per la realizzazione di un compito proprio di quest'ultimo. Tale relazione sussiste anche quando si verifica un inserimento degli amministratori degli enti beneficiari nella gestione, anche in via di fatto, delle risorse pubbliche, oppure un utilizzo delle stesse in modo diverso da quello preventivato ovvero un comportamento diretto a porre in essere i presupposti per una loro illegittima percezione”.

<sup>17</sup> Ancora una volta nitidamente CLARICH, *Manuale*, cit., p. 368 secondo cui le direttive comunitarie che hanno aperto al mercato molti servizi pubblici “tendono ad assicurare che il raggiungimento degli obiettivi del servizio pubblico avvenga nel rispetto, per quanto possibile, dei principi del mercato aperto alla libera concorrenza (principio della regolazione pro concorrenziale). A questo fine le direttive prevedono che le autorità nazionali di regolazione (di regola autorità amministrative indipendenti) siano dotate di poteri adeguati che includono, per esempio, [...] la determinazione di standard minimi relativi ai servizi, la fissazione di tariffe, sistemi di autorizzazione o concessione, i contratti di servizio, obblighi a contrarre in capo ai gestori, carte di servizi, ecc.”.

Non si prescinda nemmeno da SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012, p. 165 che con riferimento a rapporti tra libera iniziativa economica privata e interessi pubblici rileva che: “Le attività in questione, naturalmente, potranno essere oggetto delle misure regolatorie dirette alla tutela degli interessi pubblici più generali, quelli che possono venire in



Non appare, pertanto, casuale in questo scenario che, contestualmente alla realizzazione dei processi di privatizzazione/liberalizzazione, la dottrina amministrativistica sia tornata a ragionare della nozione di pubblico servizio e a reimpostarne la ricostruzione dogmatica in termini oggettivi. Di quella riflessione e del dibattito che ha rinverdito è necessario sinteticamente riferire<sup>18</sup>.

Inutile dire quanto, sia in giurisprudenza che in dottrina, la nozione di pubblico servizio risulti ancor'oggi controversa<sup>19</sup>. Due in ogni caso (ma con sincretismo inevitabile) sono le ricostruzioni fondamentali.

Secondo i sostenitori della nozione oggettiva di servizio pubblico, è direttamente in Costituzione che si rinviene la praticabilità di una soluzione ricostruttiva che faccia a meno, integralmente, di connotazioni soggettivistiche. In particolare, è stato sostenuto che<sup>20</sup> nell'art. 43 Cost.<sup>21</sup> non risiederebbe

rilievo in relazione a qualsiasi attività (per esempio la tutela della concorrenza o per la salvaguardia della salute pubblica [...]).

<sup>18</sup> Sulla nozione di servizio pubblico fin d'ora: CAVALLO PERIN, *Art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di CAVALLO PERIN, ROMANO, Padova, 2006, p. 608 ss.; ID., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; DUGATO, *I Servizi pubblici locali*, in *TDA*, II, 2003, p. 2581 ss.; CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 201, poi in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di PERICU, ROMANO, SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995, p. 269.

<sup>19</sup> Incerto è persino il nome da dare all'istituto. Ed infatti, l'espressione "pubblici servizi" è sovente utilizzata dai fautori della tesi soggettivistica (cfr. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008), per sottintendere nell'aggettivo che precede il sostantivo la necessità che il servizio sia organizzato da un'amministrazione, quale tratto essenziale della figura. Per converso, parlano di "servizi pubblici" i sostenitori della tesi oggettiva, onde sottolineare che il servizio è pubblico in quanto tale, dunque oggettivamente (tra questi, PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in PERFETTI, POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, 2003, p. 27 ss.; PERFETTI, *Nozione di servizio pubblico locale e fini sociali. Revirement del Consiglio di Stato in tema di servizi pubblici locali*, in *FAGDS*, 2003, p. 1000 ss.; PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *DA*, 2006, p. 387 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, *passim*. Ma cfr. anche CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 209: "Innanzitutto i servizi pubblici essenziali possono essere prodotti nel mercato da imprese private. L'assunzione in mano pubblica (riserva originaria o espropriazione a favore dello Stato, di comunità di lavoratori o di utenti) è un fatto *eventuale*, che accade quando lo richiedono «fini di utilità generale»: fini ulteriori – è chiaro – rispetto al carattere essenziale del servizio. Questi fini ricorrono quando il mercato produce il servizio pubblico in misura insufficiente [...]."

<sup>21</sup> L'art. 43 Cost. stabilisce che: "A fini di utilità generale la legge può riservare origina-

alcun obbligo di organizzazione dei pubblici servizi in senso soggettivo, perché le stesse norme costituzionali ammetterebbero solo la facoltà di affidare a determinate condizioni la cura di attività di servizio pubblico a pubbliche amministrazioni. Di conseguenza, si sostiene che dell'erogazione di detti servizi possono liberamente incaricarsi imprese private, senza alcuna necessaria intermediazione amministrativa (ovverosia di un previo atto di conferimento e regolazione da parte di una pubblica amministrazione, titolare del servizio).

Più di recente<sup>22</sup> è stato sostenuto che il riconoscimento della natura oggettiva dei servizi pubblici andrebbe individuato nella lettura combinata degli artt. 41<sup>23</sup> e 43 Cost. La teoria parte dalla individuazione di una distinzione tra utilità e fini sociali (di cui trattano rispettivamente il comma 2 e 3 dell'art. 41 Cost.), da cui fa discendere che, mentre le utilità sociali avrebbero natura autoesecutiva, i fini sociali sarebbero privi di dimensione autoesecutiva. In questo contesto, viene inserita la nozione di servizio pubblico, quale attività di rilievo economico, finalizzata proprio a rendere possibile l'esplicazione dei diritti e delle libertà non autoesecutive<sup>24</sup>. Di regola, l'erogazione dei servizi pubblici deve ritenersi rimesso, stando direttamente all'impianto costituzionale innanzi richiamato, alle libere dinamiche del mercato, salvo il limite del contrasto con l'utilità sociale. Di conseguenza, solo in caso di incapacità del mercato a garantire il perseguimento delle finalità pubbliche del servizio, al legislatore è data la facoltà di intervenire adottando misure di regolazione e, nell'ipotesi di ulteriore incapacità del mercato, rimettendo il servizio nella titolarità dell'amministrazione. Quest'ultima potrà provvedervi, oltre che gra-

riamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali [...]”.

<sup>22</sup> Cfr. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, *passim*. Ma si veggano anche gli studi di DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, nonché DI RAIMO, *Contributo e gestione indiretta dei servizi pubblici*, Napoli, 2000. Inoltre, cfr. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, p. 294; CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999, p. 143 ss.

<sup>23</sup> L'art. 41 Cost. prevede che: “1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

<sup>24</sup> Cfr. PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 302: “È pubblico servizio, quindi, l'attività economica il cui risultato è quello di apprestare le condizioni perché libertà e diritti divengano effettivi. Dal punto di vista del regime giuridico l'attività di pubblico servizio si svolgerà secondo tre diverse modalità, come attività libera, regolata o riservata”.

zie all'approntamento di un sistema concessorio, anche mediante una propria organizzazione d'impresa, dunque nelle forme del diritto comune<sup>25</sup>.

Dopo aver sinteticamente riferito delle principali ricostruzioni in senso oggettivo della nozione di servizio pubblico<sup>26</sup>, si tratta di indugiare su quelle che, ai fini della individuazione della natura giuridica dell'istituto in esame, hanno ritenuto di non poter in alcun modo fare a meno della intermediazione a fini organizzativi di una pubblica amministrazione (teorie del pubblico servizio in senso soggettivo).

In particolare, è stato sostenuto che sono pubblici unicamente quei servizi assunti dai pubblici poteri nella propria organizzazione (non importa se direttamente o per il tramite di esternalizzazione a terzi) e volti ad erogare, senza il ricorso a poteri autoritativi<sup>27</sup>), prestazioni in favore di cittadini, al fine di renderne possibile la crescita sociale ed economica<sup>28</sup>).

Questa ricostruzione si è tenuta fermi negli anni, avvalorandosi di ulteriori argomenti, quale quello per cui il soggetto pubblico organizzatore, mediante l'istituzione del servizio, deve puntare al perseguimento di finalità coerenti con le funzioni pubbliche rimesse alle sue cure<sup>29</sup>).

<sup>25</sup> Sulla possibilità delle pubbliche amministrazioni di operare secondo moduli privatistici nell'erogazione di servizi alla collettività, anche per l'approfondita ricostruzione dell'evoluzione storica della dottrina PERFETTI, *La gestione dei servizi universitari nelle forme del diritto privato*, in PERFETTI (a cura di), *Nuove risorse per l'università e la ricerca*, 2005, p. 5 ss.

<sup>26</sup> La ricostruzione in termini oggettivi della nozione di servizio pubblico pare oggi avvalorarsi di un ulteriore referente costituzionale. Ci si riferisce all'art. 118, co. 4 laddove stabilisce che i pubblici poteri favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associato, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. Spunti in tal senso si ritrovano in SORACE, *Diritto*, cit., p. 165: "ove l'interesse generale possa essere soddisfatto con attività private svolte autonomamente, i pubblici poteri non possano sostituirsi ai privati ma piuttosto debbano rispettare e incoraggiare le loro iniziative. È questo infatti il significato che si è soliti attribuire al principio di sussidiarietà (che in questo caso, come si è già visto, operando nei rapporti tra cittadini ed istituzioni, è detta "orizzontale")".

<sup>27</sup> Cfr. MIELE, *Pubblica funzione e servizi pubblici*, in *Scritti Giuridici*, VI, Milano, 1923, p. 579 ss. Si veda anche GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, p. 224.

<sup>28</sup> Cfr. DE VALLES, *Pubblici servizi*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930, p. 377.

<sup>29</sup> Secondo MERUSI, *Servizio Pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, p. 238 oltre all'assenza di profili autoritativi dell'agire, onde configurare un servizio come pubblico, occorre che l'amministrazione agisca nel perseguimento di finalità coerenti e strumentali con la funzione pubblica di sua competenza. Secondo CATTANEO, *Servizi Pubblici*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, p. 371: "Non sembra più dubitabile che servizio pubblico può aversi solo in rapporto ad attività che il soggetto pubblico attraverso i poteri di cui dispone, legislativi o amministrativi,

In ogni caso, quel che della tesi soggettiva dei pubblici servizi preme evidenziare è che – secondo i suoi fautori – solo attraverso l'imputazione del servizio all'organizzazione di una pubblica amministrazione (c.d. assunzione del servizio) – è dato valorizzare e realizzare le esigenze della collettività sottese al servizio assunto in cura, dal momento che solo attraverso l'imputazione organizzativa di un'attività di pubblico servizio in capo ad un'amministrazione è possibile addivenire alla definizione di un insieme organico e coordinato di strumenti di regolazione, aventi carattere di doverosità<sup>30</sup>). L'istituto, in altri termini, esiste in tanto in quanto la sua titolarità sia imputata alle pubbliche amministrazioni, specie tenendo conto che solo per tal via è dato isolare – dall'indefinita congerie di attività presenti nella società e nel mercato e rimessi ad una qualche forma di regolamentazione pubblicistica – servizi di interesse collettivo ed applicar loro regole speciali di doverosità per la realizzazione di quell'interesse<sup>31</sup>).

fa e considera proprie, nell'ambito di compiti istituzionali; attività non implicanti l'esercizio di poteri autoritativi ma implicanti l'esercizio di altri poteri, tra cui quelli di diritto privato; attività che, peraltro, si soggiunge ancora, possono essere strettamente collegate con funzioni pubbliche, cioè con altre attività implicanti l'esercizio di poteri autoritativi, in vincolo di accessorietà e strumentalità, ma, possono anche non esserlo, come in molti casi di fatto avviene”.

<sup>30</sup> Il rilievo è diffuso cfr. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in RIDPC, 1997, p. 52 per il quale rileva: “una nozione di servizio in pubblico in senso soggettivo, un'attività cioè rispetto alla quale un soggetto pubblico svolge in quanto tale un ruolo determinante”. Si veggia anche ZUELLI, *Servizi Pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, pp. 198–199 a mente del quale: “il servizio pubblico era e rimane una forma particolare di diretta e materiale realizzazione della volontà della pubblica amministrazione, per l'immediata attivazione di un servizio pubblico concreto”. Sostiene la tesi dei servizi pubblici in senso soggettivo POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Servizi pubblici locali*, 2008, Torino, p. 474. Secondo SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 108: “Solo tenendo presente il suo inserirsi in un'area di attuazione di interessi collettivi affidati alla cura di enti pubblici può infatti spiegarsi la ragione per cui un'attività intrinsecamente assimilabile all'impresa di diritto comune possa non appartenere alla generale capacità di diritto privato e essere esercitata solo sulla base di atti amministrativi unilaterali aventi l'effetto (di natura concessoria) attributivo della legittimazione gestoria, prima assente”. Resta inteso che qualunque riflessione attorno alla nozione di servizio pubblico non possa prescindere da MERUSI, *Servizio Pubblico*, in NDI, XVII, Torino, 1970, p. 215 ss.

<sup>31</sup> Sul punto per chiarezza e profondità cfr. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., pp. 18–19: “In definitiva, la nozione soggettiva di un servizio pubblico non è affatto la semplicistica proiezione sull'attività della figura subiettiva che lo svolge: l'attributo infatti mette in luce primariamente il fine di soddisfare le esigenze della collettività, in vista del quale l'Amministrazione assume il servizio, predisponendo mirati strumenti organizzatori volti ad assicurare il rispetto di precise modalità di gestione, affidata pure ad operatori privati, ma restandone ben fermo il regime di doverosità, in cui si traduce l'interesse all'erogazione concreta di determinate prestazioni”. Si

Ciò fermo restando che, anche per le più nette ricostruzioni del servizio pubblico in senso soggettivo, ciò che conta è la sola titolarità dell'organizzazione del servizio in capo all'amministrazione pubblica, non anche la sua materiale erogazione: la ricostruzione in termini soggettivi, infatti, ammette forme di affidamento a privati<sup>32</sup>, mediante atti di natura concessoria<sup>33</sup>.

veda anche CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 927: "la nozione soggettiva del servizio pubblico deriva dalla sua destinazione alla collettività, globalmente stanziata su un certo territorio. Poiché tale "destinazione al pubblico" trova la propria matrice, non già nella cura di interessi particolaristici o privati, ma nell'intento di soddisfare esigenze di ordine collettivo, non si può prescindere dal ritenere centrale la pertinenza del servizio all'Amministrazione pubblica; tale pertinenza emerge dalla disciplina legislativa dettata per i vari servizi. Se la realtà "dinamica" della prestazione del servizio e l'elemento teleologico, il quale contraddistingue i servizi pubblici, sono dati che pongono al centro dell'attenzione il momento soggettivo, quest'ultimo non può essere schematicamente inteso come implicante la natura pubblicistica del soggetto che espleta il servizio. Sulla base di tali premesse, la giusta considerazione per il momento soggettivo si spiega invece con il dato finalistico che caratterizza i servizi (pubblici) nel diritto amministrativo, cioè con l'inquadramento dell'organizzazione degli stessi nell'ambito dei compiti dell'Amministrazione pubblica".

<sup>32</sup> Cfr. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., p. 5: "Si vuol dire, in altri termini, che l'affidamento del servizio ad un privato è vicenda che non mette in crisi (ma anzi è perfettamente compatibile con) la nozione soggettiva, giacché quello che conta è l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, la titolarità del servizio, non la sua gestione". Scrive CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 56: "In genere non rileva, nell'esperienza contemporanea, la natura del soggetto preposto all'espletamento del servizio, che può essere pubblico o privato, purché inserito in un contesto organizzativo integrato e sottoposto alla vigilanza e al controllo di una pubblica amministrazione (c.d. servizio pubblico in senso soggettivo)".

<sup>33</sup> Sulla natura giuridica delle concessioni per una completa e sintetica ricostruzione delle varie teorie cfr. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *DDP*, vol. II, 2006, p. IIII ss. Per una completa disamina del tema in esame dall'ottica di visuale dell'affidamento di beni pubblici cfr. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008. Per un attento inquadramento delle concessioni amministrative nel più ampio contesto degli accordi di diritto pubblico e per una puntuale analisi delle linee evolutive di questi istituti si faccia capo a MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

Ricostruisce le concessioni come contratti D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, Napoli, 1981, *passim*. Sulla natura provvedimentale delle concessioni RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *GI*, 1894, IV, p. 7; AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *ADP*, 1938, p. 455; GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 223. Quale indice della tensione attorno alla natura dell'istituto in oggetto cfr. da subito VITTA, *Concessioni (Diritto Amministrativo)*, in *NDI*, vol. III, 1959, p. 920 ss. La natura provvedimentale delle concessioni di pubblico servizio ha, tuttavia, continuato ad esser sostenuta anche in costanza di Costituzione. Sull'attitudine della ricostruzione provvedimentale delle concessioni a garantire il costante monitoraggio del pubblico interesse, si veggia: SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 2003.

Inutile dire come, ambedue le tesi (oggettive e soggettive) non sono andate esenti da critiche<sup>34</sup>. Alla tesi del servizio pubblico in senso oggettivo, è stato obiettato che, solo l'imputazione di compiti organizzativi alla pubblica amministrazione è in grado di assicurare precisione concettuale alla figura, evitandone l'altrimenti inevitabile reflusso nella generica ed eterogenea disciplina pubblica dell'iniziativa economica<sup>35</sup>, con conseguente perdita di significato e valenza normativa. Inoltre, è stato contestato lo stesso riferimento costituzionale su cui viene fatta riposare la concezione oggettiva, essendosi ritenuto che l'art. 43 Cost. sarebbe perfettamente compatibile con una concezione soggettiva, nella misura in cui si presterebbe a considerare l'ipotesi dell'assunzione diretta del servizio da parte di pubbliche amministrazioni a fronte di una pregressa situazione di concessione a privati<sup>36</sup>. Per converso, ai

Cfr. anche ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) PERICU, ROMANO, SPAGNOLO VIGORITA, 1995, p. 11. Più recentemente la tesi provvedimento delle concessioni risulta sostenuta da LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004, p. 104 ss.

Sulla teorica della concessione-contratto: GIANNINI, *DA*, vol. I, Milano, 1970, p. 744 nonché GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 18 e p. 132 ed anche SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *ED*, VIII, Milano, 1961, p. 37.

Sulla natura convenzionale delle concessioni cfr. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *DA*, 1999, p. 385; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 1984, Milano, *passim*. Si parla di contratti di diritto pubblico in BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, *passim* nonché ID., *Accordi pubblici*, in *ED*, V° aggiornamento, Milano, 2001, p. 2 ss.

Inoltre, non si prescinde dal lavoro di CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

Infine, sulla natura giuridica delle concessioni sia consentito il rinvio a GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *DA*, 2011, p. 183 ss.

<sup>34</sup> E peraltro non può trascurarsi che la dottrina più illustre ha da tempo prospettato l'opportunità di un superamento della dicotomia: ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *DPA*, 1994, p. 459 ss.

<sup>35</sup> Cfr. NAPOLITANO, *Pubblici servizi*, in *Diz. DP*, (diretto da) CASSESE, 2006, VI, Milano, p. 5523: "La nozione oggettiva di servizio pubblico si è così sempre più intrecciata ai temi della disciplina e della funzionalizzazione delle attività economiche, finendo però per smarrire sia la capacità evocativa del ruolo dello Stato e dei pubblici poteri, sia la capacità riassuntiva dell'applicazione di uno specifico regime giuridico". Secondo CATTANEO, *Servizi Pubblici*, cit., p. 370: "invero, se si segue l'impostazione delle dottrine della concezione detta oggettiva, si perviene al risultato di accomunare, entro un'unica molto ampia formula, una serie di situazioni non omogenee, per la cui distinzione le dottrine stesse non offrono criteri".

<sup>36</sup> Cfr. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 2005, p. 190: "in realtà la Costituzione vuole probabilmente esprimere un concetto più semplice: il legislatore può ritenere

fattori della tesi dei pubblici servizi in senso oggettivo è parso che le tesi soggettivistiche minimizzino inopinatamente il dato costituzionale. Si è ritenuto che, se non può essere revocato in dubbio che dal testo costituzionale non è esclusa la facoltà di ammettere costruzioni in senso soggettivo, è anche vero che il riconoscimento dei servizi in senso oggettivo sarebbe ineludibile nell'art. 43 Cost. Inoltre, contro l'idea per cui solo l'imputazione organizzativa amministrativa consentirebbe di dare rilievo normativo all'istituto, si obietta che, nel combinato disposto degli artt. 41 e 43 Cost., è dato ritrovare, oltre al fondamento costituzionale dell'istituto in senso oggettivo, anche il suo nucleo funzionale essenziale (realizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali), idoneo ad isolare la figura dalla vasta congerie di attività oggetto di regolamentazione pubblica. Di qui l'idea per cui la presenza di apparati pubblici con funzione di organizzazione non appare necessitata in Costituzione ed anzi è considerata contrastante con l'impianto di questa che rimette in via ordinaria alla società l'approntamento dei servizi pubblici<sup>37</sup>.

Tanto riferito in ordine all'annoso dibattito, preme anche evidenziare che ambedue le teorie condividono l'idea per cui la nozione di pubblico servizio presenti determinati tratti qualificanti, idonei ad indirizzare l'interprete nell'opera, spesso ardua, di comprendere quando, in vicende concrete, si dia servizio pubblico<sup>38</sup>. Si tratta, in particolare, dei principi di doverosità,

che determinati servizi gestiti da imprese siano talmente essenziali per la vita associata che, ove ne sia bisogno, essi possono essere sottratti alla logica del mercato per divenire servizi pubblici: s'intende, a quel punto, in senso tendenzialmente soggettivo<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Così PERFETTI, *Contributo*, cit., p. 298 ss.

<sup>38</sup> Sul rilievo economico dell'attività, sulle sue connessioni con la disciplina – tipica del settore – che postula l'erogazione del servizio secondo canoni di continuità, regolarità, capacità e qualità, per una comparazione tra prospettive nazionali e istituti comunitari (anche alla luce del *Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale*, COM(2003) 270 nonché della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, «Libro bianco sui servizi d'interesse generale»*, COM(2004) 374) cfr. la dottrina che ha approfondito la nozione di servizio di interesse economico generale ed almeno: VILLATA, *Servizi Pubblici*, Milano, 2008, p. 31 ss., nonché PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in RIDPC, 2001, p. 479. Si veggia altresì MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, 1998, p. 73 ss.; NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001, p. 251; TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in Jus, 1999, p. 947 ss.; URSI, *L'evoluzione della nozione di servizio di interesse economico generale nel processo di integrazione europea*, in NA, 2002, p. 143 ss.; CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in DP, 1998, p. 181; LIGUORI, *Attività liberalizzate*

continuità, parità di trattamento, universalità, abbordabilità ed economicità<sup>39</sup>.

Non deve, inoltre, sottovalutarsi – specie in considerazione di quanto si intende dire nel seguito – che obblighi di servizio pubblico possono essere imposti a privati direttamente da parte di pubbliche amministrazioni o in base a legge, sicchè l'assunzione di un servizio non è necessariamente spontaneistica<sup>40</sup>.

Tanto riferito in ordine agli orientamenti della dottrina, deve ora dirsi anche degli argomenti che risultano più diffusi in seno alla giurisprudenza amministrativa. Anche in essa, tuttavia, si ritrovano prospettazioni differenti. In particolare, i giudici sono risultati spesse volte propensi a ritenere che la nozione di servizio pubblico si ordini attorno ad un elemento finalistico oggettivo, costituito dall'obiettivo di soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e si individui mediante il riscontro di una serie di regole strumentali al perseguimento di quella finalità, quali gli obblighi di continuità, regolarità, capacità e qualità del servizio (cui – si ritiene – non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività eco-

*e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999; PICOZZA, *I servizi pubblici e le loro forme di gestione, con riguardo al regime di diritto comunitario, nazionale e regionale*, in *NR*, 1995, p. 1005; CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *RQSP*, 1999, *passim* ed in particolare, p. 8, pp. 12-13, p. 21 ss. Cfr. anche RAMAJOLI, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 337. Si ponga poi attenzione al lavoro di CARTEL, *I servizi di interesse economico generale fra riflesso dogmatico e regole di mercato*, in *RIDPC*, 2005, p. 1021 ss. Non si preiscinda, inoltre, da BERTONAZZI, VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI, GRECO, *TDAE*, Milano, 2007, IV, p. 1792.

<sup>39</sup> Su ciascuno dei predetti principi si veda CLARICH, *Manuale*, cit., pp. 372-373.

<sup>40</sup> Cfr. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, Padova, 1996, pp. 343-344: “Ma non può essere trascurato che talora la Pubblica Amministrazione pretende addirittura che un pubblico servizio sia esercitato dai privati. Si può anzi dire che l'imposizione di un obbligo positivo ad un privato di produrre una qualche utilità nell'interesse pubblico sia stata, un tempo, una delle forme più importanti di servizi pubblici. Oggi essa è rimasta limitata a pochi casi, il più importante dei quali è l'obbligo di collaborare con le autorità in casi di emergenza o di calamità e l'obbligo di prestare la propria opera manuale all'esecuzione di opere pubbliche (c.d. *corvées* o comandate per le strade comunali). Di maggiore incidenza sono gli obblighi che gravano sugli enti pubblici proprietari di beni culturali nonché sui privati proprietari di cose oggetto di notifica dato il loro interesse artistico e storico, in quanto la legge n. 1089 del 1939 prevede che possano essere imposte, a loro spese, le opere necessarie per assicurarne la conservazione ed impedirne il deterioramento, mentre qualora la spesa per la conservazione sia sostenuta dallo Stato gli enti ed i privati hanno l'obbligo di rimborsarla a quest'ultimo”. La dottrina in esame riferisce la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico alla pubblica amministrazione ma non sembra che il discorso possa in qualche misura cambiare nel caso di obblighi direttamente discendenti dalla legge.



nomica). Senza la necessaria intermediazione dei pubblici poteri amministrativi<sup>41</sup>. Deve dirsi, peraltro, che in giurisprudenza compare anche l'opinione che ritiene che la nozione di pubblico servizio non possa prescindere da una connotazione soggettiva, essendo persuasa del fatto che pubblico servizio possa aversi unicamente allorquando la titolarità (e non necessariamente anche l'esercizio che ben può essere concesso a privati) di una determinata attività di pubblico interesse, rivolta al soddisfacimento di bisogni sociali della collettività sia assunta da una pubblica amministrazione<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Aderiscono alla tesi oggettiva della natura giuridica dei pubblici servizi *ex pluribus* Cons. St. sez. V 12 ottobre 2004 n. 6574: "Anche la delimitazione della nozione di servizio pubblico [...] va compiuta secondo criteri diversi rispetto a quelli tradizionali della c.d. concezione soggettiva, che identifica la pubblicità nella imputabilità del servizio all'organizzazione pubblica complessiva, nella titolarità dello stesso in capo all'apparato pubblico, ancorché disgiunta dall'effettivo esercizio. Come riconosciuto da questo Consiglio di Stato sin dal parere dell'Adunanza Generale n. 30 del 12 marzo 1998, reso in ordine allo schema che sarebbe, poi, divenuto il d.lgs. n. 80/98, la riforma si ispira invece alla c.d. teoria oggettiva, in base alla quale assume rilievo decisivo – in sede di individuazione delle attività suscumbili sotto la nozione di servizio pubblico – non già la possibilità di considerarle "di pertinenza" dell'amministrazione pubblica, bensì il fatto di essere assoggettate ad una disciplina settoriale che assicuri costantemente il conseguimento dei fini sociali: questi ultimi, pertanto, lungi dal limitarsi a connotare sul versante meramente teleologico tale genere di attività, costituiscono la ragione della sottoposizione della stessa ad un regime giuridico tutto peculiare. Si può, in conclusione, affermare che i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, la connotazione del servizio, sul piano finalistico, dall'idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, e, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata, invece, una comune attività economica" nonché Tar Trentino Alto Adige Trento sez. I 14 settembre 2009 n. 239 nonché Tar Liguria sez. II 9 gennaio 2009 n. 39.

Ritene di far propria la nozione oggettiva dei servizi pubblici anche Cons. St., Ad. Gen. parere 12 marzo 1998 n. 30. Sembra aderire alla tesi oggettiva anche l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1/2000 (ma in senso critico in ordine ad una reale condivisione da parte di quell'ordinanza della prospettiva oggettiva cfr. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *FI*, 2000, III, p. 368 ss.).

La tesi è condivisa anche da Cons. St. sez. VI 12 ottobre 2012 n. 5268, decisione in merito alla quale si consentì il rinvio a B. GILBERTI, *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*, in *FACdS*, 2013, p. 1036 ss.

Cfr. VANETTI, *La messa in sicurezza e la bonifica di un sito di interesse nazionale sono un servizio pubblico?*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 594B ss.

<sup>42</sup> Come accennato, presente in giurisprudenza è pure la tesi soggettiva. Di recente vi propende Tar Toscana, sez. II, 31 maggio 2011, n. 964: "Ed invero, la migliore dottrina espressasi recentemente sulla nozione di servizio pubblico, desunta dal vigente diritto positivo, ha ribadito la validità della concezione soggettiva, precisando che essa trova il suo nucleo essenziale nella decisione della P.A. di procedere all'assunzione di un'attività come servizio pubblico, così conseguendone la titolarità

## 2. *La gestione dei rifiuti urbani: pluralità di soluzioni legislative*

Nel solco di quanto illustrato in precedenza, si deve ora impostare la narrazione delle diverse soluzioni legislative rinvenibili in tema di gestione dei rifiuti<sup>43</sup>). La materia è estesa, sicché in questa sede ci si limiterà ad isolare le previsioni di maggior rilievo, al fine di porre in evidenza i differenti modelli organizzativi posti in essere dal legislatore. Prima di muoversi in questo senso, mette conto evidenziare preliminarmente che l'indagine verrà ovviamente estesa non ad ogni aspetto della legislazione ma solo a quei profili strettamente necessari ad un'indagine che intenda rapportare sistemi normativi e processi di liberalizzazione.

Al tal fine, diviene necessario compendiare le nozioni innanzi richiamate, al fine di disporre di un impianto sintetico (ed auspicabilmente) chiaro di nozioni, in base alle quali operare le verifiche di interesse.

In sintesi, rilevano ai fini di interesse, le nozioni di:

- privatizzazione sostanziale, intesa quale soluzione legislativa volta a realizzare la concorrenzialità in settori prima assunti in monopolio pubblico (assumibile quale sinonimo di liberalizzazione economica);
- liberalizzazione amministrativa, intesa quale eliminazione o riduzione di ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private;

(da non confondere con l'esercizio, che può benissimo essere affidato a privati, senza con ciò perdere l'intrinseco legame con la struttura organizzativa della collettività). Nell'ottica del diritto amministrativo, pertanto, servizio pubblico in senso stretto si può avere solo in rapporto a compiti che il soggetto pubblico consideri come propri nell'ambito delle sue competenze istituzionali: a siffatti compiti sono chiamati a partecipare anche persone fisiche o giuridiche private (tramite un provvedimento tradizionalmente ritenuto di natura concessoria), giacché il loro svolgimento non implica di norma esercizio di poteri autoritativi, ma l'attività rimane comunque riferita all'organizzazione pubblica globalmente intesa. In questo senso depongono anche l'art. 22 della l. n. 142/1990 e l'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, i quali confermano che un'attività di produzione di beni e/o di erogazione di servizi, diretta a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della collettività, diventa servizio pubblico solo con la decisione dell'Ente locale di assumerla. Né in senso contrario depono l'art. 113 del d.lgs. n. 267 cit., il quale prevede, a ben guardare, il conferimento, da parte dell'Ente locale alle diverse categorie di soggetti legittimati all'erogazione del servizio, non già della titolarità del servizio stesso, ma della (titolarità della) sua gestione: ed infatti, resta ferma in capo all'Ente pubblico, che ha assunto come servizio pubblico un'attività di produzione di beni/servizi a fini sociali, la responsabilità che detta attività sia assicurata agli utenti".

Un'esautiva ricostruzione ragionata della giurisprudenza di settore può rinvenirsi in VILATA, *Pubblici servizi*, cit., *passim*.

<sup>43</sup> Cfr. FEDERICI, *La nozione di rifiuti: una teoria*, in *RIDPC*, 2006, p. 1051 ss.

- esternalizzazione, intesa quale sistema di affidamento a operatori terzi di attività mantenute in cura da parte di soggetti pubblici;

- servizi pubblici, intesi – in senso generalissimo (e con riserva di contestualizzarne a volta a volta il significato) quali attività preordinate alla produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità. Come si è visto, i servizi pubblici, secondo l'insegnamento della dottrina più illustre, possono essere imposti anche mediante disposizione normativa o atto provvedimentale.

### *2.1. La gestione dei rifiuti urbani e speciali nel codice dell'ambiente*

Occorre muovere dalla fondamentale distinzione, che il codice dell'ambiente pone (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152<sup>44</sup>), tra rifiuti urbani e rifiuti speciali in generale, dal momento che il regime per la gestione dei relativi cicli risulta essere profondamente differente.

Sono rifiuti urbani – ai sensi del codice dell'ambiente (art. 184) –: (a) i rifiuti domestici, anche ingombranti, provenienti da locali e luoghi adibiti ad uso di civile abitazione; (b) i rifiuti non pericolosi provenienti da locali e luoghi adibiti ad usi diversi da quelli di cui alla lettera a), assimilati ai rifiuti urbani per qualità e quantità, ai sensi del codice dell'ambiente (art. 198, comma 2, lettera g); (c) i rifiuti provenienti dallo spazzamento delle strade; (d) i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua; (e) i rifiuti vegetali provenienti da aree verdi, quali giardini, parchi e aree cimiteriali; (f) i rifiuti provenienti da esumazioni ed estumulazioni, nonché gli altri rifiuti provenienti da attività cimiteriale diversi da quelli in precedenza elencati.

Sono rifiuti speciali – sempre ai sensi dell'art. 184 –: (a) i rifiuti da attività agricole e agro-industriali; (b) i rifiuti derivanti dalle attività di demolizione, costruzione, nonché i rifiuti che derivano dalle attività di scavo; (c) i rifiuti da lavorazioni industriali; (d) i rifiuti da lavorazioni artigianali; (e) i rifiuti da attività commerciali; (f) i rifiuti da attività di servizio; (g) i rifiuti derivanti dalla attività di recupero e smaltimento di rifiuti, i fanghi prodotti dalla po-

<sup>44</sup> Per un approfondito esame del regime delle liberalizzazioni nel codice dell'ambiente cfr. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *RGa*, 2009, p. 649 ss.

tabilizzazione e da altri trattamenti delle acque dalla depurazione delle acque reflue e da abbattimento di fumi; (h) i rifiuti derivanti da attività sanitarie.

Oltre ai rifiuti speciali appena indicati, ve ne sono altri per i quali è prevista – nello stesso codice dell’ambiente o nella legislazione speciale – una normativa apposita, sulla quale ci si intende soffermare nel prosieguo. In ogni caso, si fa presente che nel codice dell’ambiente si rinviene una specifica previsione (art. 185) che elenca le ipotesi di esclusione dall’ambito di applicazione delle regole generali del medesimo codice.

Orbene, per ciò che attiene alla gestione dei rifiuti urbani, il codice dell’ambiente ha organizzato il servizio in maniera unitaria, mediante l’approntamento del c.d. sistema della gestione integrata. Più nel dettaglio, si parla di:

- gestione, come delle attività di raccolta, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti, compresi il controllo di tali operazioni e gli interventi successivi alla chiusura dei siti di smaltimento, nonché le operazioni effettuate in qualità di commerciante o intermediario;

- gestione integrata come il complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade, volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti.

La gestione dei rifiuti urbani<sup>45</sup> è organizzata sulla base di ambiti territoriali ottimali (ATO), delimitati dal piano regionale, nel rispetto delle linee guida statali dell’articolo 195, e secondo i seguenti criteri: (a) superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti; (b) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative; (c) adeguata valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione al fine di ottimizzare i trasporti all’interno dell’ATO; (d) valorizzazione di esigenze comuni e affinità nella produzione e gestione dei rifiuti; (e) ricognizione di impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti; (f) considerazione delle precedenti delimitazioni affinché i nuovi ATO si discostino dai precedenti solo sulla base di motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità.

La gestione ed erogazione del servizio di gestione integrata è affidata

<sup>45</sup> Si tenga a mente, tuttavia, quanto chiarito in giurisprudenza: Cons. St. sez. V 3 febbraio 2015 n. 503: “L’attività di trattamento dei rifiuti speciali conferiti al servizio pubblico di raccolta, previa convenzione con il gestore, costituisce essa stessa per qualificazione di legge (artt. 188 comma 3 lett. a) e 189 comma 3 lett. b), d.lgs. 152/2006) un servizio pubblico e, dunque, deve essere considerata come attività svolta a favore del territorio di riferimento e cioè come attività prevalente per conto dei locali soci”.

dall'autorità d'ambito nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale sull'evidenza pubblica, e ha ad oggetto le seguenti attività: (a) la realizzazione, gestione ed erogazione dell'intero servizio, comprensivo delle attività di gestione e realizzazione degli impianti; (b) la raccolta, raccolta differenziata, commercializzazione e smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'ATO.

Il rapporto tra Autorità d'Ambito e aggiudicatario della gara è disciplinato da un contratto di servizio, predisposto ai sensi dell'art. 203 del d.lgs. 152/2006.

La previsione di un sistema organizzato per gare (dunque tale per cui l'esercizio dell'attività di gestione dei rifiuti urbani non è rimessa alle libere dinamiche di mercato ma presuppone la positiva conclusione di procedure di pubblica evidenza) consente di affermare, senza particolari esitazioni, che il settore della gestione dei rifiuti non è stato fino ad oggi interessato da misure di liberalizzazione amministrativa.

Piuttosto pare più corretto ritenere che nel settore di interesse si sia ritenuto di adottare (confermando l'impostazione tradizionale) il modello della esternalizzazione, che si è visto risolversi nel mantenimento di una riserva pubblica su di un dato servizio, salva la concessione della sua gestione a terzi mediante gara.

Al riguardo, pare allora corretto parlare di liberalizzazione economica, se e nella misura in cui all'interno della predetta nozione si ritiene che possa esser fatta rientrare anche la c.d. concorrenza per il mercato (desumibile nel caso di specie proprio dal regime concessorio mediante gara dettato per la esternalizzazione del servizio<sup>46</sup>).

Si tratta, peraltro, di un'ipotesi di concessione di pubblico servizio (e ciò indipendentemente – deve ritenersi – che si aderisca all'idea della natura oggettiva o soggettiva del medesimo, dal momento che l'affidamento in concessione risulta essere modello dommaticamente accettato da entrambe)<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. VANETTI, ALOTTO, *La competenza e le modalità di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti alla luce delle recenti novità normative*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, p. 259B ss.; GUARINO, *Ciclo integrato dei rifiuti e affidamento dei relativi servizi di gestione dei rifiuti: differenze sotto il profilo della competenza del Giudice amministrativo*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, p. 777B ss.

<sup>47</sup> Cfr. Tar Marche 3 giugno 2003 n. 470: "Spetta al Giudice amministrativo la cognizione della controversia relativa alla contestazione sullo scioglimento di un contratto di appalto per la gestione integrata del ciclo dei rifiuti intercorso tra la società ricorrente (gestrice del servizio pubblico) ed un ente pubblico (la Comunità Montana, cui aderiscono solo enti pubblici locali) e del contenuto di un accordo intervenuto tra il Consorzio obbligatorio per lo smaltimento e

Resta solo da osservare che la modellizzazione della gestione dei rifiuti urbani secondo lo schema della concorrenza per il mercato può lasciar parlare di settore liberalizzato (nei termini anzidetti) solo a patto di trascurare che, pur nel silenzio della legislazione di settore, il servizio pare pur sempre suscettibile di venir organizzato secondo il modello *in house*<sup>48</sup>. Conseguentemente, se di liberalizzazione si ritiene di poter parlare, ciò può farsi a patto di aver chiaro che la sua implementazione concreta è rimessa alle decisioni delle singole autorità d'ambito (che salvo obblighi di esternalizzazione de-sumibili dalle normative regionali<sup>49</sup>) avranno facoltà di organizzare la gestione integrata dei rifiuti secondo lo schema dell'*in house providing*<sup>50</sup>.

la raccolta di rifiuti ed enti locali, dal momento che trovano applicazione l'art. 11 l. 241/1990 (richiamato dal successivo art. 15) e l'art. 33 comma 2 lett. b), d.lg. 31 marzo 1988 n. 80, per i quali sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione d'accordi intervenuti tra amministrazioni pubbliche e gestori di pubblici servizi, nonché la modificazione di soggetti gestori di pubblici servizi”.

Cfr. anche Tar Umbria 14 gennaio 2015 n. 18: “I costi per la sicurezza aziendale non devono essere indicati nell'ambito dell'offerta economica presentata nella gara pubblica indetta per la concessione di un servizio pubblico, quale è quello di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani”.

Cfr. altresì Cons. St. sez. V 26 settembre 2013 n. 4756: “Ai sensi dell'art. 195 comma 2 lett. e), d.lgs. 152/2006 non sono assimilabili ai rifiuti urbani i rifiuti che si formano nelle aree produttive, compresi i magazzini di materie prime e di prodotti finiti (salvo i rifiuti prodotti negli uffici, nelle mense, negli spacci, nei bar e nei locali di servizio dei lavoratori o comunque aperti al pubblico), che non possono essere conferiti al servizio pubblico comunale di raccolta dei rifiuti urbani, ed è lo Stato che detta i criteri per la loro assimilazione a questi ultimi”.

<sup>48</sup> Cfr. Tar Veneto sez. I 14 dicembre 2006 n. 4057: “È legittima la deliberazione del Consiglio Comunale recante l'affidamento diretto (c.d. *in house*) del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani civili, urbani pericolosi e ingombranti, a una società pubblica partecipata da vari comuni e consorzi (derivante dalla trasformazione in forma societaria di un consorzio intercomunale originariamente sorto per la sola gestione del servizio di acqua potabile) nella quale il comune stesso detenga una esigua partecipazione al capitale sociale: la nozione di “controllo analogo” enunciato dalla giurisprudenza comunitaria deve essere riferita all'intero capitale pubblico e non già alle singole quote di capitale detenute dagli enti pubblici che partecipano al capitale medesimo; è la prevalenza del capitale pubblico e la conseguente prevalenza del voto dei rappresentanti pubblici in tutti gli organi della società a garantire ex se, nella specie, quel controllo analogo” ai servizi altrimenti esercitabili in via diretta dalle amministrazioni pubbliche che partecipano all'impresa”.

<sup>49</sup> Sulla competenza legislativa in materia di rifiuti e sui suoi limiti cfr. VANETTI, ALOTTO, *Limiti alla potestà legislativa regionale in materia di smaltimento di rifiuti*, in *RGA*, 2014, p. 345 ss. Sul tema anche COPPINI, *I limiti regionali per lo smaltimento dei rifiuti vietati dalla Costituzione*, in *RGA*, 2012, p. 51B ss.

<sup>50</sup> Per un riferimento positivo in tema di *in house providing*, si veda l'art. 17 (concessioni

Tanto riferito della gestione integrata dei rifiuti urbani, occorre ora trattare di quella ideata dal legislatore nel codice dell'ambiente per la gestione dei rifiuti speciali.

Diversamente dalla soluzione adottata per la gestione integrata dei rifiuti urbani, la gestione dei rifiuti speciali non è organizzata secondo un regime di riserva amministrativa (e, dunque, secondo lo schema della concorrenza per il mercato e nella logica del pubblico servizio assunto dall'amministrazione<sup>51</sup>). Il sistema, infatti, risulta aperto e concorrenziale. La liberalizzazione del settore, tuttavia, indubbia sotto il profilo economico, non si connota anche quale liberalizzazione amministrativa, se con questa formula si intende – come si è detto – l'adozione di misure abolitive dei tradizionali regimi abilitativi di stampo amministrativo, in favore della totale cancellazione di forme preventive di autorizzazione o dell'adozione di strumenti di comunicazione preventiva alle amministrazioni competenti, rimessi nella disponibilità degli operatori interessati.

Onde calare nel concreto le riflessioni appena svolte, occorre ricostruire il dato normativo di interesse. La discussione è interessata dalle nozioni di intermediario e commerciante, nonché da quelle di trattamento e smaltimento dei rifiuti. Ciò in un contesto generale nel quale, ai sensi dell'art. 188 del codice dell'ambiente e con le limitazioni previste al suo interno, il produttore iniziale o altro detentore di rifiuti conservano la responsabilità in materia di gestione dei propri rifiuti e provvedono direttamente al loro trattamento (sopportandone i costi), oppure li consegnano ad un intermediario, ad un commerciante, ad un ente o impresa che effettua le operazioni di trattamento dei rifiuti, o ad un soggetto pubblico o privato addetto alla raccolta dei rifiuti.

Tanto premesso, si rileva che l'attività di commercializzazione (è commerciante, ai sensi dell'art. 183, co. 1, lett. i) d.lgs. 152/2006, qualsiasi impresa che agisce in qualità di committente, al fine di acquistare e successivamente

tra enti nell'ambito del settore pubblico) della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

<sup>51</sup> Cfr. Cons. St. sez.V 9 ottobre 2000 n. 5369: "Le controversie relative al rapporto che intercorre tra l'amministrazione e l'impresa incaricata dello smaltimento di rifiuti speciali rientrano nella competenza dell'a.g.o., in quanto la relativa attività non costituisce un pubblico servizio, essendo tenuti allo smaltimento, a proprie spese, i produttori dei medesimi rifiuti, direttamente o attraverso imprese o enti autorizzati dalla regione o mediante conferimento dei rifiuti ai soggetti che gestiscono il servizio pubblico".

vendere rifiuti, compresi i commercianti che non prendono materialmente possesso dei rifiuti) e quella di intermediazione (è intermediario, ai sensi dell'art. 183, co. 1, lett. l), qualsiasi impresa che dispone il recupero o lo smaltimento dei rifiuti per conto di terzi, compresi gli intermediari che non acquisiscono la materiale disponibilità dei rifiuti) presuppongono il preventivo ottenimento della iscrizione all'albo nazionale gestori ambientali dell'art. 212 del codice dell'ambiente.

Tale obbligo accomuna commercianti ed intermediari di rifiuti, alle società che si occupano della loro raccolta e trasporto. Ai sensi infatti dell'art. 212, co. 5 l'iscrizione all'albo è espressamente qualificata come requisito per lo svolgimento delle attività in esame (oltre che di quelle di commercio ed intermediazione).

Discorso, in parte, diverso va fatto per i soggetti che intendono operare nel segmento dello smaltimento o del recupero di rifiuti, anche pericolosi. Per essi, vige l'art. 208 del codice dell'ambiente che prevede un regime di autorizzazione unica, mediante il quale viene assentita la costruzione ed anche la gestione degli impianti. È evidente, peraltro, che l'accesso a questo tipo di mercato è condizionato non solo dalla disposizione appena richiamata ma dalle misure urbanistiche ed edilizie delle singole amministrazioni, che in concreto possono influenzare consistentemente la possibilità di esercitare determinate attività in una certa area, più o meno ampia.

Inoltre, l'esercizio delle attività in esame è caratterizzato da una consistente legislazione, volta a salvaguardare il pubblico interesse alla corretta gestione dei rifiuti. Ci si riferisce agli obblighi in tema di controllo della tracciabilità dei rifiuti (SISTRI) di cui all'art. 188 *ter* del codice dell'ambiente gravante sugli operatori che svolgono attività di trattamento, intermediazione e commercializzazione di rifiuti, nonché all'art. 198 in tema di registri di carico e scarico e all'obbligo di tenuta dei formulari ai sensi dell'art. 193.

In sintesi, alla luce del quadro normativo sinteticamente descritto, può dirsi che né la gestione dei rifiuti urbani che di quelli speciali risulta avere ad oggi raggiunto livelli di c.d. liberalizzazione amministrativa. Inoltre, mentre la gestione dei rifiuti speciali è organizzata secondo un criterio di concorrenza nel mercato (cui è dato accedere ad esito della positiva conclusione dei procedimenti innanzi descritti in sintesi), per la gestione integrata dei rifiuti urbani può parlarsi di pubblico servizio e, dunque, di concorrenza per il mercato (nei termini e con le cautele innanzi riferite).



## 2.2. La gestione degli olii usati

La disciplina in materia si rinviene oggi nell'art. 216 *bis* del d.lgs. 152/06, nonché nel d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 95.

È previsto, tra l'altro, che le imprese che producono oli usati e coloro che nel corso dell'anno detengono a qualsiasi titolo una quantità superiore a 300 litri annui di oli usati sono obbligati a stivare gli oli usati in modo idoneo ad evitare qualsiasi commistione tra emulsioni ed oli propriamente detti ovvero qualsiasi dispersione o contaminazione degli stessi con altre sostanze e non miscelare gli oli usati con sostanze tossiche o nocive.

Inoltre, le imprese in esame sono tenute a cedere e trasferire tutti gli oli usati detenuti al consorzio obbligatorio degli oli usati direttamente ovvero ad imprese autorizzate alla raccolta e/o alla eliminazione, comunicando al cessionario tutti i dati relativi all'origine ed ai pregressi utilizzi degli oli usati.

Ciò ferma restando la facoltà per i detentori di oli usati di provvedere alla loro eliminazione tramite cessione diretta ad imprese autorizzate, dandone comunicazione al consorzio obbligatorio degli oli usati.

La normativa prevede inoltre che chiunque esercita la attività di rivendita al dettaglio di oli è obbligato a: a) mettere a disposizione della propria clientela ed esercire un impianto attrezzato per lo stoccaggio dell'olio usato; b) ritirare e detenere l'olio usato estratto dai motori presso i propri impianti; c) consentire, ove non vi provvede direttamente nel caso che non effettui la sostituzione, a titolo gratuito che il consorzio (di cui si dirà appresso) installi presso i locali in cui è svolta la attività un impianto di stoccaggio degli oli usati a disposizione del pubblico.

Si fa presente, inoltre, che le imprese autorizzate a svolgere l'attività di raccolta sono obbligate a: a) raccogliere tutti gli oli usati offerti dai detentori loro clienti; b) provvedere al loro stoccaggio; c) cedere al consorzio obbligatorio degli oli usati ovvero direttamente ad imprese autorizzate alla eliminazione gli oli usati raccolti; d) trasmettere al consorzio obbligatorio degli oli usati tutte le notizie acquisite dai detentori in ordine alla provenienza e preventivo utilizzo degli oli usati ceduti e, nel caso di cessione diretta alle imprese autorizzate alla eliminazione, il quantitativo ceduto e la denominazione del cessionario; e) rimborsare al cessionario gli oneri connessi alla eliminazione delle miscele oleose e degli oli usati non suscettibili di essere trattati e degli oli contaminati.

Viceversa, le imprese autorizzate ad esercitare attività di eliminazione degli oli usati sono obbligate a: a) accertarsi che i soggetti dai quali ricevano oli usati

siano autorizzati ad esercitare l'attività di raccolta; b) provvedere fino all'inizio del processo di trattamento o di distruzione allo stoccaggio ad essa ceduti; c) comunicare al consorzio obbligatorio degli oli usati le quantità, la qualità e la provenienza degli oli usati ad essi ceduti da soggetti diversi dal consorzio stesso.

Come riferito in più punti, la gestione degli oli usati contempla la costituzione di un consorzio obbligatorio, cui partecipano tutte le imprese che immettono al consumo oli lubrificanti di base e finiti. Il consorzio non ha fini di lucro ed è retto da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro dell'industria del commercio e dell'artigianato. Il consorzio, tra l'altro, è tenuto ad assicurare ed incentivare la raccolta degli oli usati ritirandoli dai detentori e dalle imprese autorizzate, nonché ad espletare direttamente le attività di raccolta degli oli usati dai detentori che ne facciano direttamente richiesta, nelle province ove manchi o risulti insufficiente o economicamente difficoltosa la raccolta rispetto alla quantità di oli lubrificanti immessi al consumo e a cedere gli oli usati alle imprese autorizzate alla loro eliminazione.

L'analisi delle previsioni appena richiamate lascia emergere con sufficiente chiarezza come nel settore in esame sia stato disegnato un sistema articolato, in cui:

a) per un verso, si è ritenuto di gravare i produttori di specifici obblighi di gestione dei rifiuti. Detti obblighi, in considerazione delle caratteristiche poste dal legislatore, non pare che possano configurare altro che ipotesi di imposizioni di pubblico servizio. Si riscontrano infatti i caratteri tipici di un sistema oggettivo, improntato ai principi della doverosità, continuità, parità di trattamento e universalità;

b) per altro verso, la gestione degli oli usati, in conformità con la soluzione prescelta per i rifiuti speciali in generali, contempla la facoltà che le attività di raccolta e eliminazione possano essere svolte da imprese private che abbiano ottenuto le dovute autorizzazioni (ovverosia, quelle di cui al d.m. 16 maggio 1996, n. 392). Si può dunque parlare di attività liberalizzata in senso economico.

### *2.3. La gestione dei RAEE, degli accumulatori e delle pile esauste*

La gestione dei rifiuti da trattare nel presente paragrafo segue il modello organizzativo già illustrato per quella voluta dal legislatore per il trattamento degli oli usati.

Quanto a pile e accumulatori, si prevede (art. 6 del d.lgs. 20 novembre 2008 n. 188) che al fine di realizzare una gestione dei rifiuti di pile ed accumulatori che riduca al minimo il loro smaltimento insieme al rifiuto urbano indifferenziato, la raccolta separata di pile ed accumulatori portatili è affidata ai produttori i quali sono tenuti ad organizzare e gestire, su base individuale o collettiva, sostenendone i relativi costi, sistemi di raccolta separata idonei a coprire in modo omogeneo tutto il territorio nazionale.

Tali sistemi: a) consentono agli utilizzatori finali di disfarsi gratuitamente dei rifiuti di pile o accumulatori portatili in punti di raccolta loro accessibili nelle vicinanze, tenuto conto della densità della popolazione; b) non devono comportare oneri per gli utilizzatori finali nel momento in cui si disfano dei rifiuti di pile o accumulatori portatili, né l'obbligo di acquistare nuove pile o nuovi accumulatori.

I punti di raccolta non sono soggetti ai requisiti in materia di registrazione o di autorizzazione di cui alla vigente normativa sui rifiuti.

La raccolta è organizzata prevedendo che i distributori che forniscono nuove pile e accumulatori portatili pongano a disposizione del pubblico dei contenitori per il conferimento dei rifiuti di pile e accumulatori nel proprio punto vendita. Tali contenitori costituiscono punti di raccolta e non sono soggetti ai requisiti in materia di registrazione o di autorizzazione di cui alla normativa sui rifiuti.

Un analogo sistema organizzativo è previsto per la raccolta separata di pile ed accumulatori industriali e per veicoli (art. 7 del d.lgs. 188/2008). A tale fine, i produttori possono: a) aderire a sistemi esistenti ed utilizzare la rete di raccolta facente capo ai medesimi; b) organizzare autonomamente, su base individuale o collettiva, sistemi di raccolta dei rifiuti di pile ed accumulatori industriali e per veicoli.

L'attività di raccolta di pile e accumulatori industriali e di pile e accumulatori per veicoli può essere svolta anche da terzi indipendenti, purché senza oneri aggiuntivi per il produttore del rifiuto o per l'utilizzatore finale.

I produttori di pile e accumulatori industriali ritirano gratuitamente i rifiuti di pile e accumulatori industriali e per veicoli presso gli utilizzatori finali, indipendentemente dalla composizione chimica e dall'origine.

I produttori di pile e accumulatori sono poi tenuti a costituire e a far parte del centro di coordinamento, ovvero sia di un consorzio avente personalità giuridica di diritto privato, cui la legge ha affidato il compito di ottimizzare le attività di competenza dei sistemi collettivi ed individuali a

garanzia di omogenee ed uniformi condizioni operative. In particolare, il centro di coordinamento è tenuto, tra l'altro, ad organizzare per tutti i consorziati un sistema capillare di raccolta dei rifiuti di pile e accumulatori che copra in modo omogeneo l'intero territorio nazionale (art. 17 del d.lgs. 188/2008).

Dopo aver richiamato le principali disposizioni in materia di gestione di pile ed accumulatori di energia usati, è possibile trattare della disciplina vigente in materia di gestione dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE). Si tratta di richiamare le disposizioni dettate dal d.lgs. 14 marzo 2014, n. 49.

Si può apprezzare, allora, come, ai sensi dell'art. 8, i produttori di apparecchiature elettriche sono gravati dell'obbligo di conseguire gli obiettivi minimi di recupero e di riciclaggio indicati nel medesimo decreto all'Allegato V.

A tal fine è riconosciuta la possibilità ai produttori di organizzare, a proprie spese, sistemi di gestione individuali o collettivi, operanti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale. Si prevede, tuttavia, anche che i produttori, al momento della messa a disposizione sul mercato nazionale di un'apparecchiatura, può applicare sul prezzo di vendita della stessa il contributo pagato a supporto degli oneri di recupero e di riciclaggio, indicandolo separatamente nelle proprie fatture di vendita ai distributori (la presenza del contributo, peraltro, può essere resa nota nell'indicazione del prezzo del prodotto all'utilizzatore finale).

I produttori, allorquando decidano di avvalersi di un sistema autosufficiente, sono tenuti a garantirne l'uniformità d'azione sull'intero territorio nazionale e a tal fine sono chiamati a chiedere il riconoscimento al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il riconoscimento è concesso una volta che si sia dimostrato che il sistema: a) è organizzato secondo criteri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza; b) è effettivamente in grado di operare su tutto il territorio nazionale e di conseguire, nell'ambito delle attività svolte, gli obiettivi di recupero e riciclaggio di cui all'Allegato V; c) opera attraverso modalità di gestione idonee a garantire che gli utilizzatori finali siano adeguatamente informati sulle modalità di funzionamento del sistema e sui metodi di raccolta dei RAEE.

Inoltre è richiesto che il sistema proposto sia in grado di intercettare tutti i RAEE generati dalle proprie apparecchiature sull'intero territorio nazionale, secondo una delle seguenti modalità: a) la predisposizione di un ef-

ficiente sistema di restituzione dei RAEE generati dalle proprie apparecchiature; b) la stipula di apposite convenzioni con i soggetti responsabili della raccolta sull'intero territorio nazionale, da redigere al fine di assicurare che il produttore contraente effettui il ritiro presso i centri di raccolta ed altri luoghi di raggruppamento dei soli RAEE derivanti dalle proprie apparecchiature immesse sul mercato (art. 9).

I produttori che non adempiono ai propri obblighi mediante un sistema individuale devono aderire a un sistema collettivo. L'adesione ai sistemi collettivi è libera e parimenti non può essere ostacolata la fuoriuscita dei produttori da un consorzio per l'adesione ad un altro, nel rispetto del principio di libera concorrenza.

I sistemi collettivi sono organizzati in forma consortile. Detti consorzi hanno autonoma personalità giuridica di diritto privato, non hanno fine di lucro ed operano sotto la vigilanza del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministero dello sviluppo economico. Ciascun sistema collettivo deve garantire il ritiro di RAEE dai centri comunali di raccolta su tutto il territorio nazionale (art. 10).

Oltre agli obblighi gravanti sui produttori appena menzionati, il decreto ne introduce anche a carico dei distributori. Si prevede all'art. 11 che i distributori debbano assicurare, al momento della fornitura di una nuova apparecchiatura elettrica ed elettronica destinata ad un nucleo domestico, il ritiro gratuito, in ragione di uno contro uno, dell'apparecchiatura usata di tipo equivalente. Inoltre, i distributori hanno l'obbligo di informare i consumatori sulla gratuità del ritiro con modalità chiare e di immediata percezione, anche tramite avvisi posti nei locali commerciali con caratteri facilmente leggibili oppure mediante indicazione nel sito internet (art. 11).

L'organizzazione del settore si compone di previsioni di raccordo con il sistema di raccolta dei rifiuti urbani. È previsto che, al fine di ridurre al minimo lo smaltimento dei RAEE provenienti dai nuclei domestici come rifiuti urbani misti, devono essere attivate le seguenti misure ed azioni: (a) i Comuni assicurano la funzionalità e l'adeguatezza, in ragione della densità della popolazione, dei sistemi di raccolta differenziata dei RAEE provenienti dai nuclei domestici e l'accessibilità ai relativi centri di raccolta, al fine di permettere ai detentori finali, ai distributori, agli installatori ed ai gestori dei centri di assistenza tecnica dei RAEE di conferire gratuitamente i RAEE prodotti nel loro territorio o detenuti presso luoghi di raggruppamento organizzati dai distributori nel loro territorio; (b) i produttori, individualmente o attraverso

i sistemi collettivi cui aderiscono, possono organizzare e gestire sistemi di raccolta o di restituzione dei RAEE provenienti dai nuclei domestici.

Misure specifiche sono poi dettate anche per la raccolta dei RAEE professionali. È previsto (art. 13), infatti, che i produttori, individualmente o attraverso i sistemi collettivi cui aderiscono, organizzano e gestiscono sistemi di raccolta differenziata dei RAEE professionali, sostenendone i relativi costi.

Come in materia di pile e accumulatori, il sistema degli obblighi in capo ai produttori si chiude con la previsione dell'obbligo di istituire un centro di coordinamento (art. 33).

Il centro di coordinamento ha l'obbligo di ottimizzare la raccolta, il ritiro e la gestione dei RAEE in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale da parte dei sistemi collettivi per il conferimento agli impianti di trattamento. In particolare il Centro di coordinamento ha il compito di garantire il ritiro dei RAEE conferiti ai centri di raccolta comunali in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale da parte di ogni sistema collettivo, nel rispetto del principio di concorrenza e non discriminazione, al fine di incrementare la raccolta dei RAEE da parte dei Comuni e di conseguire gli obiettivi di raccolta differenziata, riciclaggio, recupero.

Resta da osservare che l'attività di trattamento dei RAEE è soggetta alle procedure autorizzatorie già analizzate in precedenza per lo svolgimento delle attività di trattamento per i rifiuti urbani e speciali e, segnatamente, alle previsioni di cui all'art. 208 d.lgs. 152/06.

Specifiche misure sanzionatorie sono infine previste per il caso di adempimento degli obblighi innanzi posti su produttori, distributori e altri operatori della filiera.

Come si è visto per gli oli usati, anche nel settore in corso di analisi, il sistema presenta una caratterizzazione ambivalente:

a) per un verso, produttori e distributori, ognuno per quanto di propria competenza, sembra gravato di obblighi oggettivi di pubblico servizio, nella misura in cui è imposto loro di provvedere – ognuno per quanto di propria competenza – all'organizzazione ed erogazione del servizio di raccolta e trattamento dei rifiuti, sull'intero territorio nazionale, secondo criteri di doverosità, continuità, parità di trattamento e universalità;

b) per altro verso, s'ammette che nella filiera della gestione dei rifiuti in esame partecipino di soggetti privati, attivi – previa autorizzazione – nel segmento del trattamento. Si può parlare, anche in questo caso, di attività liberalizzata in senso economico.

#### 2.4. La gestione degli imballaggi

Secondo il codice dell'ambiente, per imballaggio<sup>52</sup> deve intendersi il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all'utilizzatore, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo (art. 218).

Come si è visto per la gestione degli olii usati, per i RAEE e per pile e accumulatori, anche per la gestione degli imballaggi il legislatore si è affidato ad un sistema in forza del quale l'onere di provvedere al loro trattamento è posto in capo ai produttori (oltre che agli utilizzatori).

Ai sensi dell'art. 221, infatti, i produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti. Per adempiere agli obblighi di riciclaggio e di recupero nonché agli obblighi della ripresa degli imballaggi usati e della raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private, e con riferimento all'obbligo del ritiro, i produttori possono alternativamente: a) organizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio sull'intero territorio nazionale; b) aderire ad uno consorzio dedicato a tale attività; c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema di restituzione dei propri imballaggi, mediante idonea documentazione che dimostri l'autosufficienza del sistema. I costi sono a carico di produttori ed utilizzatori. L'art. 224 prevede l'istituzione del CONAI (Consorzio nazionale imballaggi), quale organismo deputato a sovrintendere al settore con funzioni di indirizzo, coordinamento e controllo sulle gestioni.

Specifiche sanzioni sono poi dettate dall'art. 261 del d.lgs. 152/2006.

L'organizzazione del settore presenta le stesse caratteristiche viste innanzi per la gestione degli olii usati, delle pile e degli accumulatori esausti e dei RAEE, sicchè si rinvia alle osservazioni in quelle sedi svolte, quanto a livello di liberalizzazione dei mercati e obblighi di servizio pubblico.

<sup>52</sup> Cfr. CERRUTO, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *RGA*, 2009, p. 79 ss.

### 3. *La gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza*

L'analisi della legislazione svolta nelle pagine che precedono lasciano emergere con sufficienza chiarezza come il settore della gestione dei rifiuti si connoti per l'eterogeneità dei modelli legislativi prescelti. Vi si rinven- gono obblighi di servizio pubblico imposti per legge, attività liberalizzate in senso economico e rimesse, come tali alle dinamiche della concorrenza nel mercato, nonché ipotesi di concessione di pubblico servizio (come tale, di concorrenza per il mercato – regime di esternalizzazione di una riserva pubblica).

Quest'ultimo richiamo, nel solco delle indicazioni offerte dalla dottrina<sup>53</sup> che ha esaminato la più recente legislazione<sup>54</sup>, suggerisce qualche ulteriore considerazione. A differenza dei servizi a rete, che naturalmente impongono che il massimo di competizione connessa alla loro gestione sia la realizzazione di misure di concorrenza per il mercato, il settore della gestione dei rifiuti urbani non esclude, in linea di principio, che la sua organizzazione giuridica possa essere pensata in termini di pura concorrenza nel mercato, mediante l'approntamento di un sistema di autorizzazioni e regole (anche di servizio pubblico) da applicare a tutti i gestori potenzialmente interessati a offrire il servizio.

Occorrerebbe, allora, valutare la possibilità di intervenire sull'attuale le- gislazione, con l'obiettivo – che appare peraltro coerente con l'impianto co- stituzionale del principio di sussidiarietà – di verificare della sostenibilità

<sup>53</sup> Cfr. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 379: "Le norme più recenti avevano anche imposto agli enti locali di privilegiare tutti i casi in cui fosse possibile la concorrenza «nel mercato» attraverso il rilascio di autorizzazioni a tutti i gestori potenzialmente interessati a offrire il servizio, rispetto al meccanismo della concorrenza «per il mercato»".

<sup>54</sup> Cfr. art. 2 (Misure in tema di liberalizzazione) d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 - Rego- lamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica: "1. Gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bi- sogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibil- mente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria com- piuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorren- ziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio".



economica di una gestione concorrenziale, unitamente all'approntamento di adeguate misure volte a tutelare l'interesse pubblico alla continuità e alla qualità dei servizi. In questo scenario, i diritti di esclusiva andrebbero limitati in favore della liberalizzazione del settore, alle sole ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata risulti non adeguata a garantire i bisogni della comunità o non sostenibile economicamente.

### **Abstract**

Il lavoro analizza le principali previsioni legislative nazionali in materia di gestione dei rifiuti. Lo scopo è quello di verificare se, ed in quale misura, in questo settore risultino in essere misure di liberalizzazione. L'indagine, in particolare, mira ad isolare le soluzioni prescelte per la gestione delle differenti tipologie di rifiuto, onde vagliare rispetto a ciascuna il livello di apertura al mercato e le modalità di coordinamento tra l'architettura organizzativa prescelta e l'imposizione di obblighi di servizio pubblico. Il risultato dell'indagine permette di rinvenire una realtà eterogenea e, in particolare, obblighi di servizio pubblico imposti per legge, attività liberalizzate in senso economico e rimesse, come tali, alle dinamiche della concorrenza nel mercato, nonché ipotesi di concessione di pubblico servizio. Si evidenzia il differente modello adottato dal legislatore per l'organizzazione dei servizi di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti urbani rispetto a quello in essere per i rifiuti speciali e si prospetta la necessità di verificare la possibilità (economico-giuridica) di applicare per la gestione dei rifiuti urbani il modello – liberalizzato – oggi vigente nel settore dei rifiuti speciali.

The paper analyses the main provisions of Italian law in the field of waste management. The purpose is to determine whether, and to what extent, liberalization measures have been implemented in the sector. The survey, in particular, intends to isolate the solutions adopted for the management of different types of waste, in order to consider in respect of each the level of market opening and the harmony between the liberalization architecture chosen and the imposition of public service obligations. The result of the survey is the discovery of a heterogeneous reality: public service obligations imposed by law, liberalized activities exposed to the dynamics of the market competition, as well as, cases of public service in concession. The survey also highlights the different model adopted by the legislator for the organization of the services of collection, recycling and disposal of urban waste in respect to the solution adopted for special waste and it raises the need to verify, in both economic and legal terms, the possibility to apply for the urban waste management the liberalized solution currently in force in the field of special waste.

### **Key words**

Rifiuti, liberalizzazioni, concorrenza, concessioni, pubblici servizi, obblighi di pubblico interesse.

Waste, deregulation, competition, concessions, public services, public interest obligations.

**Giuseppe Piperata**

**Liberalizzazioni e interesse generale:  
il caso del servizio idrico integrato**

**Sommario:** **1.** La difficoltà di una riflessione sulle politiche di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità. **2.** Le peculiarità del servizio idrico nel panorama dei servizi di pubblica utilità. **3.** Il settore idrico tra liberalizzazioni tentate e processi di rimunicipalizzazione. **4.** Quale spazio per le politiche di liberalizzazione nel settore delle risorse idriche?

1. *La difficoltà di una riflessione sulle politiche di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità*

Il titolo della tavola rotonda ci invita a riflettere sul rapporto tra le liberalizzazioni e l'interesse generale, visto da una particolare prospettiva, quella rappresentata dai servizi di pubblica utilità. Opera non facile, e ciò per diverse ragioni. In primo luogo, perché, affrontando questi argomenti, il rischio (e, a volte, la tentazione) di abbandonare il piano della riflessione giuridica per proporre e difendere letture ideologiche sulla bontà delle varie soluzioni tecniche possibili è molto forte. Inoltre, l'incertezza, in alcuni casi anche terminologica, sulle politiche indicate, sui regimi e sugli strumenti imposti, sugli obiettivi formulati, finanche sulla compatibilità di strategie ed interventi di differenti livelli istituzionali (*in primis*, quello comunitario e quello nazionale) non favorisce l'esatta comprensione e la successiva applicazione di scelte legislative rivolte alla liberalizzazione di mercati caratterizzati dalla presenza di interessi generali in contrapposizione ad interessi egoistici<sup>1</sup>. Incertezza, tra l'altro, che si riscontra con analoga intensità anche con riferimento ai settori

<sup>1</sup> Sulle possibili opzioni terminologiche, v. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3492 ss.

di servizio di pubblica utilità, categoria quanto mai in costante fibrillazione, dai confini incerti, al suo interno caratterizzata da numerose attività che assolutamente non possono essere considerate in maniera omogenea. Fino ad arrivare alla stratificazione dei livelli di governo di settore, situazione, oggi, complicata dalla contestuale presenza di enti titolari del servizio ed enti con funzioni di regolazione e governo dello stesso e, in alcuni casi, dalla previsione legislativa della istituzione di nuovi enti ai quali attribuire un ruolo anche con riferimento all'organizzazione dei servizi pubblici locali (come ad esempio, nel caso della città metropolitana di recente istituzione)<sup>2</sup>. E non si può neanche trascurare la contraddittorietà dei risultati raggiunti a proposito di interventi di liberalizzazione operati con riferimento a mercati prima riservati all'operatore pubblico grazie allo strumento del servizio di pubblica utilità: ad esperienze di successo che hanno permesso di trasformare interi settori economici, migliorandone la qualità, l'accessibilità, i costi, si contrappongono, a volte, persino dei "fallimenti" riconducibili alle cause più varie<sup>3</sup>.

Si potrebbe continuare con l'individuazione e l'elencazione di altri fattori che rendono, agli occhi dell'interprete, il settore dei servizi di pubblica utilità un oggetto di riflessione non prontamente inquadrabile in un quadro ricostruttivo stabile e definito. Così facendo, però, si andrebbe molto lontano, mentre è più opportuno entrare fin da subito nel merito del caso che intendo affrontare e che riguarda uno di questi "fallimenti" ricordati, quello relativo al servizio idrico integrato. La risorsa idrica, infatti, è un esempio emblematico dei conflitti e delle contraddizioni sottese agli interventi di liberalizzazione riguardanti i servizi di pubblica utilità, poiché proprio negli ultimi tempi tale risorsa è stata oggetto di rivendicazione sia da parte di imprenditori interessati ad avere accesso al relativo mercato, sia da parte delle collettività preoccupate, invece, di salvaguardare nell'interesse generale un bene scarso e rilevante per le comunità. "Acqua pretesa": è questa l'efficace locu-

<sup>2</sup> A proposito delle ricadute della c.d. legge Delrio (l. 8 aprile 2014, n. 56) sulla organizzazione, regolazione e gestione dei servizi pubblici locali, v. le considerazioni svolte da DUGATO, *La città metropolitana tra servizi pubblici e governo del territorio*, in *Munus*, 2014, n. 3, p. V ss.; LIGUORI, *I modelli organizzativi e gestionali dei servizi metropolitani: prime considerazioni*, *ivi*, p. 445 ss.

<sup>3</sup> Cfr. BIANCO, SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010, e anche ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *MCR*, 2012, p. 337 ss.

zione usata per indicare la competizione che, oggi, caratterizza l'uso di una risorsa tanto importante, come quella idrica<sup>4</sup>.

## 2. *Le peculiarità del servizio idrico nel panorama dei servizi di pubblica utilità*

Le questioni che riguardano il rapporto tra liberalizzazione ed interesse generale con riferimento al servizio idrico integrato sono varie e risentono soprattutto delle particolari caratteristiche di questo settore di intervento dei pubblici poteri. Ricordarle brevemente, e richiamare anche per sommi capi l'evoluzione del quadro ordinamentale di riferimento, può risultare molto utile, al fine di meglio comprendere l'impatto che potrebbero avere possibili politiche di liberalizzazione e spiegare da dove trae origine la necessità di tutelare interessi generali. In tale prospettiva, allora, bisogna sottolineare che il servizio idrico integrato è, allo stesso tempo, un importante settore di servizio pubblico locale, avente ad oggetto principale la gestione di una risorsa come l'acqua, considerata un "bene primario essenziale alla vita e salute umana alla stregua degli artt. 2 e 32 della Costituzione"<sup>5</sup>, e un interessante mercato economico per alcuni aspetti anche appetibile per gli operatori privati.

Fin dalle origini, il settore idrico è stato individuato come una tipica attività rientrante nella categoria dei servizi pubblici locali. Si tratta di uno dei primissimi servizi che per effetto di quel processo politico e amministrativo che è stato definito "socialismo municipale" gli enti locali assunsero, sottraendolo ad un alternativo ed eventuale intervento da parte degli operatori privati, come tipico compito comunale<sup>6</sup>.

Nelle fasi successive, il servizio idrico ha assunto diverse connotazioni, a partire dalla sua qualificazione come servizio *obbligatorio*, ossia un'attività

<sup>4</sup> Cfr. CORTESE, *L'acqua pretesa*, in SANTUCCI, SIMONATI, CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Università degli studi di Trento, 2011, p. 183 ss.

<sup>5</sup> Così si è recentemente espresso il Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, ord. 5 aprile 2015, n. 1488.

<sup>6</sup> Con riferimento all'origine del servizio idrico come servizio pubblico locale e alle ragioni della sua municipalizzazione si consenta di rinviare a PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, p. 139 ss., e ID., *Il servizio idrico tra monopolio e concorrenza*, in LUGARESI, MASTRAGOSTINO (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Rimini, 2003, p. 289 ss. Ma si v. anche BERCELLI, *Servizi idrici*, in CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5513 ss.; FIORITTO, *I servizi idrici*, in CASSESE (dir.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, t. III, p. 2505 ss.

che ogni comune italiano avrebbe dovuto garantire alla sua collettività di riferimento attraverso il modello di intervento rappresentato dal servizio pubblico locale. Grazie alla c.d. Legge Galli (l. 5 gennaio 1994, n. 36), che tra le varie finalità immaginava anche una razionalizzazione del settore con l'obiettivo di ridurre la frammentazione delle gestioni esistenti, di salvaguardare la risorsa naturale, ma soprattutto di introdurre una nuova logica di gestione ispirata a modelli più aziendali e più in linea con i criteri dell'economicità e dell'efficienza, le varie attività riconducibili al ciclo dell'acqua sono state riorganizzate in una prospettiva di servizio *integrato* e collocate in un *ambito dimensionale* molto più ampio di quello del territorio comunale di riferimento, caratterizzato anche dalla presenza di una autorità di governo corrispondente. Tali caratteri sono stati confermati anche dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che negli artt. 141 ss. definisce molti aspetti della gestione delle risorse idriche.

Significativa è stata anche la qualificazione del servizio idrico integrato, prima, come servizio pubblico locale appartenente alla categoria dei servizi *a rilevanza economica*, per effetto della distinzione operata dall'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e, successivamente, come servizio *a rete di rilevanza economica*, stante la sua riconducibilità alla corrispondente categoria identificata dall'art. 3 *bis*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Disposizione, quest'ultima, che sfila la categoria dei servizi in questione al controllo diretto dell'ente locale titolare, in quanto affida poteri decisionali importanti, quali la scelta della forma di gestione o la determinazione delle tariffe all'utenza, unicamente agli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali istituiti dalle regioni. E sempre a conferma dell'evoluzione del servizio idrico integrato verso una maggiore qualificazione in termini di attività economicamente rilevante, non si può non ricordare anche l'attribuzione di significativi poteri di vigilanza e regolazione ad un'*authority*, ossia all'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI), per effetto dell'art. 20, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214<sup>7</sup>.

Ma il servizio idrico integrato, come abbiamo detto, costituisce anche un importantissimo mercato economico, appetibile per gli operatori privati.

<sup>7</sup> Autorità alla quale sono stati trasferiti i compiti in precedenza attribuiti ad una apposita Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, poi soppressa, a conferma dell'importanza che la funzione regolativa presenta anche in questo peculiare settore economico di intervento pubblico, come sottolineato da G. NAPOLITANO, *L'agenzia per l'acqua*, in *GDA*, 2011, p. 1077 ss.

Del resto le cifre lo dimostrano ampiamente: il settore idrico genera un fatturato di 9 miliardi di euro, oltre IVA, che rappresenta il 12% del mercato dell'acqua europeo<sup>8</sup>. Tale appetibilità ha spinto gli operatori economici privati a chiedere al governo ed al legislatore misure per favorirne l'ingresso al relativo mercato e per ridurre il monopolio pubblico. Ciò ha comportato, innanzitutto, il superamento dell'idea secondo la quale il servizio idrico andava considerato come servizio oggetto di riserva esclusiva municipale, poco sensibile alle logiche della concorrenza<sup>9</sup>. Infatti, il servizio idrico ha rappresentato, per molti anni, un tipico settore oggetto dell'intervento da parte dei comuni realizzato in forme tali da costituire un monopolio di fatto. E ciò per due ragioni: una di tipo giuridico, imputabile alle formule gestorie dirette o di tipo concessorio attraverso le quali era articolato il sistema di organizzazione del settore; l'altra di tipo economico, riconducibile alle condizioni infrastrutturali, tecnologiche e tariffarie del mercato dei servizi idrici, che di fatto hanno imposto la creazione di un monopolio naturale in questo settore.

Le spinte dei privati ad avere un ruolo nel settore del servizio idrico integrato sono state bilanciate con alcuni interventi legislativi diretti a garantire l'interesse generale presente in questo particolare settore economico e che deve essere tutelato indipendentemente dalla natura del soggetto incaricato della gestione dell'attività o titolare dei beni ad essa strumentali. Alcuni di questi interventi hanno carattere generale e riguardano l'intera categoria dei servizi pubblici economici, come quello che impone l'obbligo per l'ente di governo di adottare una relazione, preliminare all'affidamento del servizio, dalla quale far emergere, tra gli altri aspetti, gli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale (art. 34, c. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221); obblighi di servizio che hanno una portata funzionale rispetto alle esigenze di interesse generale che accompagnano lo svolgimento delle attività e che devono essere riaffermati anche in sede di contratto di servizio<sup>10</sup>. Altri, invece, riguardano più specifi-

<sup>8</sup> Dati Federutility.

<sup>9</sup> Sulla politica legislativa che ha portato al superamento delle riserve esclusive a favore dei comuni della gestione dei servizi pubblici locali v. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contenibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, p. 48 ss.

<sup>10</sup> Come giustamente ricorda ACOCELLA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici. Il contratto di servizio*, Napoli, 2007, la quale afferma che "il contratto di servizio è la sede nella quale precipitano le finalità di una regolazione sociale, la specialità degli obblighi di servizio, la

camente il settore idrico, come ad esempio, il ricordato intervento legislativo che ha spostato sull’Autorità per l’energia elettrica e il gas – una autorità amministrativa indipendente chiamata a vigilare sui processi di privatizzazione e liberalizzazione di mercati economici – le competenze regolative e tariffarie con riferimento ai servizi idrici.

### 3. *Il settore idrico tra liberalizzazioni tentate e processi di rimunicipalizzazione*

Gli sforzi legislativi diretti a razionalizzare la gestione del settore idrico, rendendola più efficiente, e ad accogliere le rivendicazioni degli operatori privati ad avere maggiori spazi per una possibile concorrenza nel o per il mercato di riferimento non sembrano aver avuto grande successo e, soprattutto, aver inciso sul servizio in modo da trasformarne radicalmente i caratteri che questo è andato assumendo nel corso dell’evoluzione sopra sinteticamente descritta.

Se si guarda all’assetto gestionale che attualmente caratterizza il settore in questione si può facilmente notare che la frammentazione nell’organizzazione dell’erogazione non è stata superata, che sopravvivono sacche di monopolio pubblico e che non sempre i gestori operano in base a titoli corrispondenti all’attuale quadro ordinamentale di riferimento. I dati stanno a testimoniarlo: il 24% delle gestioni comunali è ancora rappresentato da gestioni in economia; per circa 10 milioni di abitanti il gestore ha ancora un affidamento pre-Galli; il 30% della popolazione è servito da gestioni non in linea a quanto stabilito dal d.lgs. n. 152/2006, in alcuni casi anche in presenza di un’autorità di ambito istituita<sup>11</sup>.

Bilancio altrettanto negativo può essere fatto a proposito delle politiche di liberalizzazione e privatizzazione del settore idrico tentate dal legislatore italiano. A partire dalla c.d. Legge Galli, infatti, sono stati fatti diversi tentativi per liberalizzare e privatizzare la gestione del ciclo idrico, tentativi che si sono arenati di fronte alla resistenza opposta in sede politica e anche amministrativa da diversi attori<sup>12</sup>.

Ma l’ostacolo principale alla liberalizzazione e alla privatizzazione del

*ratio* egualitaria della compensazione e, in questo senso, diventa lo specchio della complessità che caratterizza la fattispecie dell’attività di gestione dei servizi pubblici” (p. 59).

<sup>11</sup> Dati Federutility.

<sup>12</sup> Segnala molto bene tale aspetto PAPI, *Servizio idrico integrato: 16 anni per “non” liberalizzare*, in *AGE*, 2010, p. 211 ss.



settore è stato frapposto dal referendum con il quale nel 2011 il corpo elettorale italiano si è pronunciato per l'abrogazione dell'art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, il quale immaginava una drastica limitazione alle gestioni pubbliche a favore di una apertura obbligatoria dei mercati agli operatori privati<sup>13</sup>.

Si ricorderà che il legislatore nazionale, comunque preoccupato dal vuoto normativo, era nuovamente intervenuto sulla questione attraverso l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. n. 14 settembre 2011, n. 148, al fine di ripristinare quasi integralmente il regime in precedenza vigente, ma escludendo soltanto il settore dei servizi idrici, in quanto considerato l'unico interessato dall'esito di un referendum promosso soprattutto facendo leva sulla esigenza di salvaguardare la pubblicità dominicale e gestionale delle risorse idriche. In pratica, con il nuovo articolo 4 si reintroducevano per i servizi locali di rilievo economico dinamiche gestionali molto simili a quelle regolate dall'abrogato art. 23 *bis*. Per queste ragioni, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 4, d.l. 138/2011, basato sulla stessa *ratio* ispiratrice dell'art. 23 *bis*, riproducesse sostanzialmente la disciplina abrogata. Dunque, con sentenza 20 luglio 2012, n. 199, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile *ex art.* 75 Cost.<sup>14</sup>.

A questo punto, vista la declaratoria di incostituzionalità della normativa generale di riferimento, viene da chiedersi quale sia, attualmente, il regime giuridico dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ed in particolare quello dei servizi idrici. È la Corte costituzionale a dare la risposta nell'ordinanza 26 gennaio 2011, n. 24: l'assenza di un quadro ordinamentale di carattere generale e di matrice nazionale non genera un vuoto regolativo, in quanto la materia deve essere disciplinata dai principi dell'ordinamento co-

<sup>13</sup> Sul referendum ed i suoi effetti con particolare riguardo al settore idrico, cfr. LUGARESÌ, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in SANTUCCI, SIMONATI, CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, cit., p. 43 ss.; MAROTTA, *Stato versus società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*, in *Munus*, 2012, p. 439 ss.; e MOLINTERNI, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, in *www.treccani/magazine/diritto*. Alcune critiche alla "spettacolarizzazione" dell'esito referendario sono state avanzate da MERUSI, *Note conclusive*, in MIDIRI, ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, Napoli, 2015, p. 323 ss.

<sup>14</sup> Tra i tanti commenti alla sentenza in questione, BERCELLI *Servizi pubblici locali e referendum*, in *GDA*, 2013, p. 155 ss.; FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e corte costituzionale: "palla al centro?"*, in *www.giustamm.it*; LUCARELLI, *Brevi note in merito alla sentenza della corte costituzionale n. 199/2012*, in *www.federalismi.it*.

munitario, all'interno del quale recuperare i possibili modelli organizzativi. Ne deriva che la categoria dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è oggi disciplinata da quelle regole minime di tutela della concorrenza di origine europea, ben più flessibili rispetto a quelle individuate dal legislatore nazionale. Difatti, per espressa menzione della stessa Corte, la normativa comunitaria consente, anche se non impone, (Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 TFUE). È evidente, dunque, l'apertura a favore dello strumento *in house*.

Le conseguenze sono rilevanti: gli enti locali vedono riespandere le proprie competenze in ordine alla scelta delle modalità di gestione del servizio, non incontrando più le forti limitazioni poste dal legislatore nazionale nei confronti dell'affidamento diretto. Stante tale contesto ordinamentale, pertanto, non deve stupire se alcune amministrazioni sono arrivate a considerare ancora fattibile una rimunicipalizzazione del servizio idrico integrato attraverso il ricorso al modello gestionale dell'azienda speciale<sup>15</sup>. Insomma, a partire dal 2011 nel settore dei servizi idrici lo spazio per gli operatori economici privati e per le logiche della concorrenza si è fortemente ridotto<sup>16</sup>.

#### 4. Quale spazio per le politiche di liberalizzazione nel settore delle risorse idriche?

Il superamento referendario della riforma voluta dal legislatore con l'art. 23 *bis*, d.l. 112/2008, va ad aggiungersi ai fallimenti che nell'arco di un ventennio hanno caratterizzato l'evoluzione del quadro ordinamentale in tema

<sup>15</sup> La dottrina ha espresso posizioni diverse al riguardo: più critico CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *FA TAR*, 2012, p. 633 ss.; più possibilista CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *www.giustamm.it*. Per la Corte dei conti, sez. reg. contr. Piemonte, 31 gennaio 2014, par. n. 21, dopo l'abrogazione dell'art. 23 *bis*, "essendo venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei servizi pubblici locali, si ritiene implicitamente abrogato l'art. 35, c. 8, della l. n. 448/2001. Gli stessi recenti interventi legislativi sull'art. 114 TUEL in materia di aziende speciali (e le previsioni contenute nella recente legge di stabilità n. 147/2013) confermano la natura istituzionale di tale ente strumentale e l'intenzione del legislatore di conservare (se non valorizzare) tale organismo".

<sup>16</sup> Come conferma anche l'Istituto B. Leoni, STAGNARO (a cura di), *Indice delle liberalizzazioni 2012*, 2012.

di servizi idrici. La situazione che di conseguenza si è venuta a creare appare molto critica, e non solo per il vuoto normativo che si è determinato e che favorisce una notevole incertezza tra i regolatori, gli enti pubblici e i gestori.

Se si guarda alla situazione in cui versa attualmente il settore idrico in Italia, quello che emerge è che il percorso di privatizzazione obbligata imposto dalle riforme del 2008 è stato interrotto, ma, allo stesso tempo, il ritorno a logiche gestionali di matrice più prettamente pubblicistica non sembra aver valorizzato quelle istanze di interesse generale, che più volte abbiamo segnalato essere sempre presenti nelle attività che, anche in termini imprenditoriali, si occupano della gestione delle risorse idriche. Non si può ritenere soddisfatto l'interesse pubblico, infatti, quando ancora molte gestioni sono frammentate e risultano sotto diversi profili inefficienti, quando le infrastrutture idriche risultano obsolete, inadeguate e gli investimenti sono minimi o del tutto assenti, quando la qualità del servizio erogato non raggiunge gli standard minimi previsti anche a livello internazionale.

Se così stanno le cose, allora, un nuovo intervento legislativo appare opportuno, in quanto non è sufficiente affidare la trasformazione del settore per recuperare maggiore efficienza alla sola attività di regolazione svolta dall'AEEGSI<sup>17</sup>. Ma chiamare nuovamente in causa il legislatore porta con sé un rischio: quello di riaprire il dibattito “acqua pubblica o acqua privata” e assumere posizioni aprioristiche sulla qualificazione dei soggetti legittimati a gestire tale bene. Posto in questi termini, un simile dibattito non ha senso, poiché l'acqua non può che essere un bene pubblico e il problema del ruolo del privato si può porre solo per la gestione delle attività relative alle reti o ai servizi. Infatti, è stato efficacemente affermato che “gestione dell'acqua pubblica e gestione pubblica dell'acqua non sono sinonimi: affermare l'idea che l'acqua è pubblica non vuol dire che debba essere gestita da enti pubblici, né erogata a spese della fiscalità”<sup>18</sup>. Allo stesso tempo, promuovere una politica

<sup>17</sup> Attività che, tra l'altro, l'Autorità sta portando avanti con determinazione, come emerge dall'intervento del pres. Guido Bortoni alla *III Conferenza nazionale sulla Regolazione dei Servizi Idrici* del 24 novembre 2014, in [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it).

Recentemente, l'esigenza di rivedere la disciplina giuridica in materia di risorse idriche sta interessando anche altri paesi. Per una analisi comparata delle tendenze che interessano la regolazione e gestione del servizio idrico: PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, Milano, 2011; PARISIO (ed. by), *The Water Supply Service in Europe; Austrian, British, Dutch, Finnish, German, Italian and Romanian Experiences*, Milano, 2013; MIDIRI, ANTONIAZZI (a cura di), *Servizi pubblici locali e regolazione*, cit.

<sup>18</sup> Così MASSARUTTO, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, 2011, p. 233.

di liberalizzazione e di privatizzazione con riferimento alla gestione delle risorse idriche non può far forza sull'elusione della dimensione di utilità sociale che tali attività esprimono, poiché così facendo si esporrebbero tali politiche a forme di resistenza e ad ostacoli applicativi in grado di causarne il fallimento, come le più recenti esperienze dimostrano<sup>19</sup>.

Un nuovo intervento legislativo diretto a ridefinire il quadro ordinamentale del settore idrico ed il ruolo spettante al pubblico ed al privato non può che passare da un bilanciamento dei diversi interessi che in questo momento connotano tale settore. In tale prospettiva, ci può essere spazio anche per misure in grado di introdurre dinamiche di liberalizzazione compatibili con il settore idrico. Tuttavia, un intervento di riforma orientato in tale direzione dovrà necessariamente tenere in conto alcuni aspetti che, soprattutto con riferimento al settore idrico, appaiono rilevanti.

In primo luogo, se è vero che tale settore può essere anche visto come mercato economico e come tale essere conformato per una competizione tra più operatori, allo stesso tempo, esso *in primis* rappresenta un servizio pubblico, connotato da specifiche caratteristiche, che non possono essere banalizzate. Del resto, anche l'Unione europea – alla quale si deve maggiormente la trasformazione in termini concorrenziali di molti monopoli di servizio pubblico – ha riconosciuto la peculiarità del settore idrico. Il riferimento è alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la quale nel quarantesimo “Considerando” stabilisce che, “data l'importanza dell'acqua quale bene pubblico di valore fondamentale per tutti i cittadini dell'Unione (...) [si] giustificano le esclusioni nel settore idrico dall'ambito di applicazione della presente direttiva”.

Anche per l'Unione europea, quindi, quello dell'acqua è un settore molto particolare, che giustifica una disciplina *ad hoc*, tarata sulle peculiari caratteristiche che tale settore presenta. E tra queste caratteristiche spiccano soprattutto quelle che attraggono la titolarità ed esercizio delle attività di gestione verso l'attore pubblico e che escludono forme estreme di privatizzazione o liberalizzazione del settore, basate sulla fuoriuscita del pubblico da qualsiasi ambito di intervento. Proviamo a richiamare le principali. La prima è sicuramente rappresentata dalla natura pubblica del bene e dalla sua rilevanza rispetto ad altri interessi generali, per primi quelli legati alla tutela della salute e alla tutela

<sup>19</sup> È quanto sottolineato da RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *DE*, 2012, p. 516.

dell'ambiente. La Corte costituzionale, anche recentemente, ha sottolineato tale aspetto, ricordando che “l'affidamento della gestione del SII attiene, altresì, alla materia della tutela dell'ambiente” e “l'allocazione all'Autorità d'ambito territoriale ottimale delle competenze sulla gestione serve a razionalizzare l'uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della “biosfera” intesa “come ‘sistema’ [...] nel suo aspetto dinamico”<sup>20</sup>.

Collegata alla natura pubblica del bene idrico è anche la presenza di una rete di servizio. Il settore idrico, infatti, è qualificabile come servizio economico a rete, il cui esercizio cioè dipende dalla presenza di un'adeguata infrastruttura attraverso la quale, in maniera efficiente, ottenere l'approvvigionamento del bene e assicurarne l'erogazione all'utenza. Sappiamo, tuttavia, che tale infrastruttura è caratterizzata da enormi inefficienze e che la inadeguatezza della rete idrica italiana è la prima causa del fatto che il servizio idrico non ha una qualità elevata: ha molte falle e non funziona bene, i tubi sono vecchi, si pongono continui problemi di inquinamento e contaminazione delle acque, ecc. Ma sappiamo anche che tale rete è il risultato di investimenti pubblici che nel corso dei decenni precedenti i comuni italiani si sono accollati in termini di risorse economiche e umane. Di ciò, ovviamente, bisogna tener conto nell'impostare una nuova politica di riforma del settore, poiché altrimenti è facilmente immaginabile una resistenza da parte delle amministrazioni locali, preoccupate di perdere *assets* importanti o di vederli poco valorizzati.

Ancora oggi, quindi, chi osserva il settore idrico può rilevare la presenza di diverse situazioni istituzionali, giuridiche, economiche, ma anche fattuali che confermano la collocazione del servizio idrico tra i servizi di interesse generale e impongono la riserva in capo al soggetto pubblico di un ruolo forte all'interno di questo settore. Si può discutere su come l'ente pubblico debba svolgere tale ruolo, soprattutto, se debba essere operativo-gestionale o di tipo regolativo. Negli ultimi tempi, le proposte che vanno in questa ultima direzione sono aumentate e segnalano la necessità di affidare alla regolazione pubblica tutte le esigenze di salvaguardia degli interessi generali che caratterizzano tale settore<sup>21</sup>.

Oltre ai caratteri “pubblicistici” del settore idrico, un altro aspetto me-

<sup>20</sup> Cfr. C. Cost., 12 marzo 2015, n. 32, e 24 luglio 2009, n. 246.

<sup>21</sup> V. ARNAUDO, *Riforma, regolazione, retorica: il caso dei servizi idrici in Italia*, in *Industria*, 2012, p. 461 ss.; CAPORALE, *Tendenze, controtendenze e ipotattizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, in *Munus*, 2013, p. 1 ss., ma in part. p. 37 ss.

rita di essere sottolineato a proposito di un possibile intervento di liberalizzazione di tale settore. Si tratta di una valutazione di metodo che ci porta a dire che, con riferimento al servizio idrico, la liberalizzazione non può essere l'obiettivo, il fine ultimo di una specifica politica del diritto, ma, al massimo, lo strumento per realizzare altri obiettivi, un passaggio cioè intermedio verso la realizzazione di altri interessi di portata più generale, come la gestione efficace e senza sprechi di un bene importante per la società e l'utenza. Come è stato sottolineato "la vera «liberalizzazione» del settore idrico non può dunque significare che le risorse idriche debbano essere necessariamente gestite da soggetti appartenenti *a priori* ad una categoria giuridica. In un regime di vera libertà, dovrebbe essere concesso – a seconda delle situazioni locali – a soggetti pubblici, privati o *non profit* di poter competere per rispondere nel modo più efficace, efficiente ed equo alla domanda dei consumatori finali"<sup>22</sup>.

Ma per realizzare tali obiettivi non è sufficiente l'introduzione per legge di misure di liberalizzazione. Gli esempi non mancano per dimostrare che da sola la legge non basta. La legge Galli, ad esempio, immaginava una timida apertura del mercato idrico ai privati ed alle logiche della aziendalizzazione e della razionalizzazione. In realtà, come si è detto, la legge in questione è rimasta in gran parte inapplicata, senza produrre alcun risultato. A ben vedere, le possibilità di introdurre profonde innovazioni in un settore di servizio pubblico locale spesso dipendono, non solo dalle riforme, ma anche dal cambiamento dei bisogni dell'utente, dalla tecnologia applicabile, dalla situazione infrastrutturale o, ancora, da situazioni emergenziali a livello economico che spingono gli enti locali a immaginare nuovi modelli di organizzazione e di gestione dei servizi.

Alcuni esempi lo possono testimoniare. La c.d. Legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103) faceva rientrare tra i servizi pubblici locali anche la produzione e vendita del ghiaccio, attività che successivamente è stata "declassificata" non certo per un intervento legislativo, ma per effetto del progresso tecnologico. Ma – per venire a tempi a noi più vicini – si pensi al ruolo avuto dallo sviluppo tecnologico nella liberalizzazione del settore dell'energia elettrica o della telefonia mobile.

Nel caso del settore idrico, oltre che sulla tecnologia si dovrà puntare molto anche sulla rimodernizzazione infrastrutturale. È questa la più impor-

<sup>22</sup> Così SENN, *L'acqua come risorsa economica*, in *ES*, 2011, p. 139.

tante condizione per poter aspirare ad un servizio efficiente e di qualità per l'utenza. Ma è anche una condizione necessaria se si vuole sperimentare formule di presenza competitiva di più operatori nell'ambito del medesimo mercato di servizio. L'introduzione di misure di liberalizzazione presuppone la messa in efficienza delle reti idriche, in quanto – come giustamente sottolineato – “in molti settori non basta l'abbattimento delle barriere all'ingresso nel mercato e una regolazione in funzione pro-concorrenziale, se poi le infrastrutture di rete sono inadeguate”<sup>23</sup>.

Le peculiari caratteristiche del settore idrico non consentono riforme che teorizzano la completa fuoriuscita del pubblico dal sistema di governo ed esercizio delle attività idriche; c'è spazio per misure di liberalizzazione ma a condizione che esse servano per realizzare anche gli interessi generali che caratterizzano tale peculiare mercato economico; la realizzazione di tali misure non può essere affidata solo alla legge, essendo necessario intervenire anche su altri fattori, *in primis* quello infrastrutturale: sono questi i punti chiave da tener presente nella prospettiva di una revisione del quadro ordinamentale in materia di servizio idrico, senza lasciarsi tentare da facili ideologismi o teorizzazioni alla moda. Solo così sarà possibile intervenire per provare una buona volta a risolvere il problema dei servizi idrici in Italia, cercando di bilanciare tutti gli interessi in gioco ed evitando l'ennesima riforma destinata a fare “un buco nell'acqua”!

<sup>23</sup> Così PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, n. 6, p. 4.

### **Abstract**

Il servizio idrico integrato è, da sempre, un importante settore di intervento dei pubblici poteri. La natura pubblica della risorsa idrica, la sua rilevanza per la salute degli utenti e per l'ambiente sono elementi che giustificano la presenza di interessi generali intorno alle attività di gestione di tali risorse. Allo stesso tempo, però, il settore idrico è anche un mercato economico, al quale gli operatori privati rivendicano una maggiore libertà di accesso. Il punto di equilibrio tra queste contrapposte esigenze è, da alcuni anni e con scarsi risultati, non solo oggetto di ricerca da parte del legislatore nazionale, ma anche uno dei temi più attuali di confronto tra studiosi che si occupano di gestione delle risorse idriche.

The hydric integrated service is always been an important area of action by public authorities. The public nature of water, its relevance to the user's health and the environment are items that justify the presence of general interests around the activities of administration of these resources. At the same time, however, the hydric sector is also a market in which private operators demand a greater freedom of access. The balance between these conflicting needs is, since several years and with few results, not only the object of research by the Italian legislature, but also one of the most topical issues of confrontation between scholars who deal with the administration of water resources.

### **Key words**

Risorsa idrica, bene pubblico, mercato economico, rimunicipalizzazione, riserva, rete.

Water resources, public good, economic market, re-municipalization, exclusive rights, water supply network.



## Enrico Zampetti

### Liberalizzazione e trasporto ferroviario: questioni ancora aperte

**Sommario:** **1.** Premessa **2.** Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario tra disciplina sovranazionale e nazionale **3.** Clausola di reciprocità e salvaguardia degli obblighi di servizio pubblico. **4.** L'indipendenza del gestore della rete rispetto alle imprese ferroviarie. Il modello a holding. **5.** Osservazioni conclusive. Verso l'approvazione del c.d. quarto pacchetto ferroviario.

#### I. *Premessa*

La materia del trasporto si articola in diversi settori ognuno dei quali oggetto di una differente disciplina nazionale e sovranazionale. A conferma dell'estensione della materia, basti rilevare che i principali comparti riguardano il trasporto aereo, il trasporto ferroviario, il trasporto passeggeri non di linea, le infrastrutture e le operazioni portuali. La maggior parte di tali settori richiama attività generalmente inquadrate nell'ambito dei servizi di pubblica utilità – i servizi di interesse economico generale della disciplina comunitaria<sup>1</sup> – rispetto alle quali, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, si è avviato quel processo di liberalizzazione volto ad assicurare la concorrenza in mercati tradizionalmente caratterizzati dal monopolio legale<sup>2</sup>. In virtù di tale pro-

<sup>1</sup> Si vedano gli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Come noto, il co. 2 dell'articolo 106 determina l'assoggettamento dei servizi di interesse economico generale alle norme sulla concorrenza “nei limiti in cui l'applicazione di tale norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

<sup>2</sup> Sul processo di liberalizzazione che ha investito i servizi di pubblica utilità la letteratura è estremamente vasta. Senza alcuna pretesa di completezza, CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2012, *passim*; NAPOLITANO, *Le regole per liberalizzare i servizi pubblici*, in PAMMOLLI, CAMBINI, GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in*

cesso, sono state istituite apposite autorità di regolazione con il compito principale di verificare l'attuazione e il funzionamento della concorrenza tra gli operatori economici. Prescindendo dalle note questioni che hanno interessato e che ancora oggi interessano le autorità indipendenti<sup>3</sup>, la loro concreta

*Italia*, cit., p. 27 ss.; ID., *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, cit., p. 131 ss.; ID., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 24 ss.; PAMMOLLI, CAMBINI, GIANNACCARI, *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, a cura di, cit., *passim*; MAZZA, *Le privatizzazioni: dal regime pubblicistico a quello di diritto privato*, in *Diritto pubblico dell'economia*, a cura di FERRARI, Milano, 2013, p. 443 ss.; LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'unione europea*, Milano, 2014, p. 511 ss.; BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; BUZZACCHI (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa*, Milano, 2014; CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 21 ss.; LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, p. 89 ss.; ID., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000; sulla liberalizzazione in senso generale, tra i più recenti contributi si segnalano SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *DA*, n. 1, 2012, p. 183 ss.; SALTARI, *Lo stato del mercato*, in *GDA*, n. 6/2012, p. 579 ss.; D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in corso di pubblicazione su *DA*.

<sup>3</sup> Non ci si intende riferire solamente alle ampiamente dibattute questioni sulla legittimazione democratica delle Autorità indipendenti o al tema dell'estensione sui poteri normativi di cui le stesse sono titolari, ma anche e soprattutto all'esigenza, più volte avvertita, di una riforma del sistema di regolazione indipendente finalizzata a garantire un ulteriore ed effettivo compimento del processo di liberalizzazione delle utilities. In argomento, si rinvia ai rilievi di NAPOLITANO, ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, p. 57, secondo cui una riforma delle autorità indipendenti deve realizzare tre obiettivi fondamentali: "i) attuare coerentemente un sistema di regolazione e vigilanza orientato a un principio di finalità, definendo chiaramente la ripartizione di competenze con il decisore politico; ii) colmare i gap regolatori che i mercati liberalizzati espongono e rafforzare gli strumenti di promozione della concorrenza e di tutela dei consumatori, iii) rendere coerente la governance delle AI, nonché i meccanismi di selezione e designazione dei commissari con le garanzie di indipendenza e di accountability della regolazione"; NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *GDA*, 2/2012, p. 236, secondo cui "l'illusione circa il carattere "salvifico" dell'intervento – come rimedio sia all'inefficienza dell'amministrazione sia agli abusi del mercato – è giustamente svanita. E si è abbandonata la pretesa di configurare il ruolo delle autorità in modo totalizzante, trasferendo loro l'intero quadro delle funzioni amministrative esercitate in un determinato settore. Si è così compreso che esse non possono essere sovraccaricate di compiti. E, soprattutto, che la regolazione non può sostituire la politica industriale, la quale, invece, deve rimanere nelle mani possibilmente esperte e guidate in modo lungimirante, dell'Esecutivo". Sui principali aspetti generali più controversi delle autorità indipendenti si può rinviare a MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; ID., *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007; MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, a cura di PREDIERI, Firenze, 1997, p. 145 ss.; FRANCIARIO (a cura di), *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti*, Milano, 2003; sul

utilità può ritenersi più che assodata nelle ipotesi di servizi a rete laddove la gestione dell'infrastruttura – generalmente non duplicabile o difficilmente duplicabile – resta ancora affidata ad un soggetto il più delle volte pubblico o comunque pubblicisticamente connotato. Più che nelle altre, in queste ipotesi l'autorità di vigilanza è chiamata a controllare che agli operatori economici sia garantito l'accesso all'infrastruttura in maniera equa, trasparente e paritaria, prevenendo o sanzionando possibili discriminazioni da parte del gestore della rete.

Sebbene il processo di liberalizzazione abbia in generale raggiunto risultati più o meno soddisfacenti, in alcuni settori ancora si frappongono degli ostacoli ad una piena e completa concorrenza<sup>4</sup>. Non è questa la sede per esa-

processo di c.d. *agencification* nell'organizzazione amministrativa dell'UE, si veda MARINO, *Agenzie e autorità di regolazione del trasporto nel diritto comunitario ed interno*, Napoli, 2013, p. 1 ss.

<sup>4</sup> La più recente segnalazione dell'Antitrust sulle proposte di riforma concorrenziale evidenzia alcuni elementi di criticità che, sotto il profilo concorrenziale, interessano attualmente i diversi settori del trasporto. Per quanto riguarda le infrastrutture e i servizi aeroportuali, nell'attesa di un più generale ridisegno dell'assetto istituzionale ed organizzativo del sistema aeroportuale in funzione di un miglioramento della complessiva efficienza ed economicità delle attività, viene ad esempio segnalata la necessità di applicare le regole dell'evidenza pubblica in materia di sub concessioni di parti del sedime aeroportuale destinate all'esercizio di attività commerciali (le attività c.d. *non aviation*), rilevando che "i gestori aeroportuali spesso provvedono all'affidamento diretto, a proprie controllate o a terzi, delle aree *non aviation*, venendo meno quei criteri di trasparenza e non discriminazione imprescindibili per un soggetto cui è assegnato il compito di natura pubblicistica di amministrare e gestire aree del demanio pubblico (quali sono quelle del sedime aeroportuale)". Per quanto riguarda le infrastrutture e i servizi portuali, si segnala in particolare la necessità di superare "la commistione fra regolazione e gestione delle operazioni portuali", sul presupposto che tale commistione "costituisce, nonostante la modifica del quadro normativo operata dalla legge n. 84/94, uno dei principali problemi in grado di originare non solo conflitti di interesse, ma anche ostacoli alla concorrenza, là dove nuove imprese intendano entrare sul mercato dei servizi portuali". Al riguardo, viene sottolineata la necessità di "addivenire alla totale separazione delle attività di impresa portuale da quelle di regolazione e di controllo del porto, limitando esclusivamente a quest'ultima funzione l'operare delle Autorità portuali". Con specifico riferimento agli autoservizi di trasporto passeggeri non di linea, l'Autorità antitrust auspica "l'abolizione degli elementi di discriminazione competitiva tra taxi e NCC in una prospettiva di piena sostituibilità dei due servizi", ribadendo le proprie perplessità sulla disciplina degli operatori NCC "con riferimento ai vincoli territoriali previsti dalla normativa di settore che limitano l'esercizio dell'attività al territorio del Comune che ha rilasciato l'autorizzazione". Per quanto riguarda il settore del trasporto pubblico locale, l'Autorità propone l'attuazione del modello della concorrenza "nel" mercato attraverso la previsione della "possibilità per le imprese diverse dal concessionario del servizio pubblico di fornire servizi di trasporto locale di passeggeri anche in sovrapposizione alle linee gestite in regime di esclusiva", con la precisazione che, "in caso di comprovata compromissione dell'equilibrio econo-

minare quali siano in concreto gli impedimenti tuttora esistenti nei diversi settori del trasporto, ma si può osservare che l'incompiutezza del processo di liberalizzazione non dipende necessariamente dalla particolare strutturazione del mercato che impedisce, ad esempio, agli operatori economici di avvalersi di una propria ed esclusiva infrastruttura. Né la causa di tale incompiutezza può essere rinvenuta esclusivamente nella natura di "pubblica utilità" del servizio e nelle connesse implicazioni in merito agli obblighi di servizio universale. Se tali aspetti possono in qualche caso rallentare od ostacolare il processo di liberalizzazione, il maggiore impedimento si ravvisa piuttosto nell'assenza di un'omogenea disciplina comunitaria valida per tutti gli Stati membri – assenza che a sua volta genera normative nazionali disomogenee e spesso preoccupate di salvaguardare i competitori nazionali attraverso clausole di reciprocità – ovvero in una certa inadeguatezza della normativa (soprattutto) sovranazionale che non sempre disciplina con la dovuta chiarezza alcuni aspetti cruciali, come ad esempio i requisiti d'indipendenza del gestore rispetto alle imprese esecutrici del servizio.

Tra i vari settori della più ampia materia, il trasporto ferroviario è uno di quelli in cui, almeno parzialmente, si ravvisano gli elementi di criticità appena segnalati, destinati peraltro ad incidere anche nell'esercizio della generale attività delle autorità indipendenti. È pertanto per questa ragione che le presenti notazioni vengono dedicate esclusivamente al trasporto ferroviario, con l'intento di individuare alcune delle cause che ad oggi, nell'attuale contesto normativo di riferimento, impediscono di ritenere perfettamente compiuto il processo di liberalizzazione.

mico", venga previsto che "le imprese che intendono avviare un nuovo servizio di trasporto pubblico locale abbiano comunque diritto all'accesso al mercato, previa corresponsione di diritti sull'esercizio del servizio o di royalty dell'ente pubblico sussidiante" sul presupposto che tale corresponsione deve compensare l'aumento dei corrispettivi per gli obblighi di servizio pubblico conseguenti all'ingresso nel mercato dei nuovi operatori (secondo un meccanismo analogo a quello di cui all'articolo 59 della legge n. 99/2009)". Più in generale, sempre con riferimento al settore dei servizi di trasporto pubblico locale, viene sottolineata l'esigenza di eliminare le "previsioni che prevedono la possibilità di affidamento diretto e, in particolare, l'articolo 61 della legge 23 luglio 2009 n. 99", a favore di una generalizzata applicazione delle procedure di selezione competitiva. Si segnala inoltre che, anche laddove venga effettuata una procedura di gara, sussistono comunque dei fattori che ostacolano una piena concorrenza "per" il mercato, come ad esempio "la definizione di ambiti territoriali dei servizi troppo ampi e ingiustificatamente integrati (ferrogomma), argomentando che "la definizione su base amministrativa di ambiti territoriali sovradimensionati è suscettibile, infatti, di ridurre ingiustificatamente il novero dei potenziali partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei servizi".

## 2. *Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario tra disciplina sovranazionale e nazionale*

Il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario prende avvio all'inizio degli anni novanta con la Direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie<sup>5</sup>. Nell'obiettivo dichiarato di "favorire l'adeguamento delle ferrovie comunitarie alle esigenze del mercato unico e ad accrescere l'efficienza delle medesime"<sup>6</sup>, la Direttiva stabilisce i principi generali da applicare al trasporto ferroviario al fine di garantire un'effettiva concorrenza in un mercato tradizionalmente caratterizzato da un regime di monopolio legale. Viene anzitutto delineato un regime di separazione – *unbundling* – tra l'attività di gestione della rete e l'esercizio del servizio prescrivendo che tra le due attività debba intercorrere obbligatoriamente una separazione contabile, ferma restando la possibilità per gli Stati membri di attuare anche una separazione organica o istituzionale<sup>7</sup>. Tale re-

<sup>5</sup> Sul trasporto ferroviario e sul relativo processo di liberalizzazione SCARPA, *Il trasporto ferroviario: l'alba di una riforma*, in PAMMOLLI, CAMBINI, GIANNACCARI (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, cit., p. 171 ss.; MACCHIATI, CESARIN, MALLUS, MASSIMIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa. Problemi aperti e prospettive*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, p. 13 ss.; CAMBINI, CATALANO, SAVOLDI, *L'intervento pubblico nel trasporto ferroviario tra liberalizzazione e esigenze di servizio pubblico*, in *Mercato concorrenza regole*, 2009, p. 249 ss.; NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di Cassese, p. 152 ss.; CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, Volume I, Milano, 2011; MARESCA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, Milano, 2013; SIRAGUSA, PECI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2012, p. 43 ss.; BOITANI, MACCHIATI, *Le infrastrutture di trasporto*, in *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, a cura di De Vincenti, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 139 ss.; DELSIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 449 ss.; GIACHETTI FANTINI, *Autorità di regolazione dei trasporti, tutela della concorrenza e principio di leale collaborazione*, in *Federalismi.it*, n. 10/2014; FICO, *Il trasporto pubblico nell'UE: diritti, mercato e politiche di sviluppo dell'Europa che verrà*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015.

<sup>6</sup> Così testualmente la Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, 29.7.1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie.

<sup>7</sup> Più esattamente, l'articolo 1 della Direttiva prevede che "la presente direttiva è intesa a favorire l'adeguamento delle ferrovie comunitarie alle esigenze del mercato unico e ad accrescere l'efficienza delle medesime: - assicurando l'autonomia gestionale delle imprese ferroviarie; separando la gestione dell'infrastruttura ferroviaria e l'esercizio di servizi di trasporto da parte delle imprese ferroviarie, operando una separazione contabile obbligatoria e una separazione organica o istituzionale facoltativa (...)". Il successivo articolo 6 ribadisce che "gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire, sul piano della contabilità, la separazione delle attività

gime di separazione è previsto per garantire che l'attività di gestione della rete sia neutrale rispetto all'esercizio del servizio, con la finalità di assicurare agli operatori economici condizioni di effettiva parità e trasparenza nell'accesso all'infrastruttura<sup>8</sup>. Proprio al fine di assicurare l'accesso alla rete in condizioni di equità e non discriminazione, i successivi interventi normativi a livello comunitario hanno previsto ulteriori garanzie volte a delineare una più rigida e marcata indipendenza tra l'attività di gestione dell'infrastruttura e l'attività di prestazione del servizio<sup>9</sup>. In tal senso, le Direttive comunitarie hanno individuato delle funzioni "essenziali" tra quelle demandate al gestore della rete – che si sostanziano essenzialmente nell'attività di assegnazione delle tracce ferroviarie e di imposizione dei canoni dovuti per l'utilizzo dell'infrastruttura – precisando che tali funzioni possono essere esercitate dal gestore soltanto se effettivamente "indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo o decisionale"<sup>10</sup>. Se questi sono in sintesi i

relative all'esercizio dei servizi di trasporto da quelle relative alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria", precisando che "gli Stati membri possono inoltre prevedere che detta separazione comporti sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa o che la gestione dell'infrastruttura sia esercitata da un ente distinto".

<sup>8</sup> Si vedano al riguardo i rilievi di NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, cit., p. 135-136, secondo cui "soltanto dove permane un elemento di monopolio, legato alla non duplicabilità delle grandi reti (come quella ferroviaria o quella di trasmissione dell'energia elettrica), è consentito il mantenimento di diritti speciali ed esclusivi, ma questi devono essere esercitati in modo neutrale rispetto ai vari operatori del mercato".

<sup>9</sup> Il riferimento è, ad esempio, alla Direttiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26.2.2001 relativa alla "ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria, all'imposizione dei diritti per l'utilizzo delle infrastrutture e alla certificazione di sicurezza", alla Direttiva 2007/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.10.2007 che "modifica la direttiva 91/440/CE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria", nonché alla Direttiva 2012/34/UE del Parlamento e del Consiglio del 21.11.2012 istitutiva di "uno spazio ferroviario europeo unico".

<sup>10</sup> L'articolo 7 della Direttiva 2012/34/UE prevede che "gli Stati membri provvedono affinché le funzioni essenziali che determinano l'accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura siano attribuite a enti o società che non svolgono a loro volta servizi di trasporto ferroviario", precisando che le funzioni essenziali sono: "a) adozione di decisioni relative all'assegnazione delle tracce ferroviarie, incluse la definizione e la valutazione che la disponibilità e l'assegnazione delle singole tracce ferroviarie; b) adozione di decisioni relative all'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura, comprendenti il calcolo e la riscossione dei canoni, fatto salvo l'articolo 29, paragrafo 1". Sulla base di tale presupposti, la Direttiva stabilisce che "se il gestore dell'infrastruttura non è indipendente da un'impresa ferroviaria sul piano giuridico,

principi cardine della disciplina comunitaria, in concreto la liberalizzazione ha investito il trasporto merci e il trasporto passeggeri internazionale<sup>11</sup>, ma non anche il trasporto passeggeri nazionale la cui disciplina, complice anche la competenza concorrente prevista dall'articolo 4 del Trattato<sup>12</sup>, è rimasta affidata alle singole legislazioni degli Stati membri. La conseguenza è che, per quanto riguarda il trasporto passeggeri nazionale, il grado di liberalizzazione del mercato è attualmente disomogeneo in quanto dipendente dalle scelte dei singoli Stati membri, a differenza di quanto accade per il trasporto passeggeri internazionale dove, come più volte sottolineato, la disciplina comunitaria ha consentito il raggiungimento di risultati omogenei<sup>13</sup>.

organizzativo o decisionale”, le funzioni essenziali “sono svolte, rispettivamente, da un organismo incaricato della determinazione dei canoni e da un organismo incaricato dell’assegnazione della capacità, indipendenti dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo e decisionale”.

<sup>11</sup> L’articolo 1, co.3, bis, della Direttiva 2007/58/CE stabilisce per le imprese ferroviarie degli Stati membri che, entro il 1 gennaio 2010, sia garantito “il diritto di accesso all’infrastruttura di tutti gli Stati membri per l’esercizio di servizi di trasporto internazionale di passeggeri”, precisando che “durante lo svolgimento di un servizio di trasporto internazionale di passeggeri, le imprese ferroviarie hanno il diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso internazionale, ivi compreso in stazioni situate nel medesimo Stato membro” (v. anche art. 10 della Direttiva 2012/34/UE). Sugli aspetti della liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri, si veda in particolare CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 378 ss.; SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., p. 43 ss.; MARESCA, *L’evoluzione del diritto dell’Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, p. 67 ss.

<sup>12</sup> L’articolo 4 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, alla sua lettera g), annovera espressamente la materia del trasporto tra le materie per le quali l’Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri.

<sup>13</sup> Sul punto si vedano i puntuali rilievi di SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., p. 51: “se poi si analizza la situazione concorrenziale nel segmento nazionale, essa non si potrebbe certamente considerare ottimale, vista l’assenza di iniziative legislative a livello europeo in materia di liberalizzazione del trasporto nazionale passeggeri. Come è noto infatti, la liberalizzazione del segmento nazionale è attualmente prerogativa dei singoli Stati membri. Ciò comporta l’esistenza di importanti asimmetrie tra diversi Stati membri, che certamente potrebbero falsare in radice qualsiasi tentativo di leale concorrenza tra imprese ferroviarie. Infatti, da un lato, ci sono Stati membri (come, ad esempio, il Regno Unito, la Germania, la Svezia e l’Italia) che hanno optato per la liberalizzazione del trasporto nazionale passeggeri, mentre in altri Stati membri i mercati nazionali sono tuttora chiusi (come, ad esempio, in Francia e Spagna)”. Considerazioni analoghe sono svolte da CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., pp. 380-381, secondo cui non è “oggi più consentito in sede nazionale alle imprese ferroviarie comunitarie di svolgere trasporti interni di persone non costituenti una tratta di un trasporto internazionale”.

Nei suoi tratti essenziali, la disciplina comunitaria è stata recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 188/2003 attraverso una normativa che, muovendosi oltre il diritto comunitario, promuove e tutela la concorrenza anche nel mercato del trasporto passeggeri nazionale e non soltanto nel mercato del trasporto merci e del trasporto passeggeri internazionale<sup>14</sup>. Per il resto, anche la normativa nazionale prevede obbligatoriamente la separazione contabile tra l'attività di gestione della rete e l'attività di prestazione del servizio garantendo l'accesso all'infrastruttura a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti<sup>15</sup>. Si può aggiungere che, nell'attuare il processo di liberalizzazione, il legislatore nazionale ha ritenuto di seguire in parte il modello della concorrenza *nel* mercato e in parte il modello della concorrenza *per* il mercato. Più esattamente, per quanto riguarda il trasporto passeggeri nazionale e internazionale, ma lo stesso vale per il trasporto merci, la disciplina interna promuove la concorrenza *nel* mercato, condizionando l'accesso al mercato al preventivo conseguimento da parte degli operatori economici di apposita licenza rilasciata dall'autorità ministeriale<sup>16</sup>. Diversamente, per

<sup>14</sup> Il d.lgs. 8.7.2003 n. 188, recante "attuazione della direttiva 2011/12/CE, della direttiva 2011/137 CE e della direttiva 2001/14 CE in materia ferroviaria", prevede, secondo il modello della concorrenza *nel* mercato, che le imprese dotate di determinati requisiti possano accedere al mercato del trasporto passeggeri nazionale, previo conseguimento di apposita licenza da parte del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Se, per quanto riguarda il mercato del trasporto passeggeri nazionale, vi sono alcune restrizioni della concorrenza, queste, come sarà più ampiamente chiarito, riguardano l'accesso delle imprese europee – ammesso solo in presenza di adeguate condizioni di reciprocità – ovvero sono previste a tutela degli obblighi di servizio pubblico, nell'ottica di evitare che la concorrenza sullo stesso percorso già oggetto di contratto di servizio pubblico possa compromettere l'equilibrio di quest'ultimo (sul punto v. *amplius infra* nel testo e in nota). Per quanto riguarda il trasporto passeggeri internazionale, il d.lgs. n. 188/2003 recepisce la normativa comunitaria prevedendo, al suo articolo 16, che "le imprese ferroviarie con sede nel territorio dell'Unione europea hanno il diritto di accesso e di transito sull'infrastruttura ferroviaria per l'espletamento di servizi di trasporto internazionali con gli altri Stati membri dell'Unione europea". La medesima liberalizzazione è sancita con riferimento al trasporto merci, laddove l'articolo 12 del decreto legislativo stabilisce che "alle imprese ferroviarie che rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto è riconosciuto, a condizioni eque, non discriminatorie e trasparenti, l'accesso all'intera rete ferroviaria, per l'esercizio dei servizi di trasporto internazionale di merci".

<sup>15</sup> Più esattamente, l'articolo 11 del d.lgs. n. 188/2003 ribadisce la disciplina europea prevedendo che "il gestore dell'infrastruttura ferroviaria è soggetto autonomo ed indipendente, sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, dalle imprese operanti nel settore dei trasporti".

<sup>16</sup> L'articolo 6 del d.lgs. n. 188/2003 prevede che "l'accesso e l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria è consentito a condizione che ciascuna impresa ferroviaria dimostri: a) il possesso della licenza di cui all'articolo 3, lettera p), fermo restando che in caso di associazione tutte le



quanto riguarda i servizi regionali e/o locali, l'individuazione del prestatore del servizio avviene in parte in esito all'espletamento di procedure concorsuali secondo il diverso modello della concorrenza *per* il mercato<sup>17</sup>. In tale contesto, sia a livello nazionale che regionale/locale, sono previsti gli obblighi di servizio pubblico per il cui espletamento vengono affidati degli appositi contratti sostenuti economicamente dalla stessa amministrazione pubblica<sup>18</sup>.

imprese ferroviarie devono essere titolari di licenza corrispondente al servizio da prestare; b) la disponibilità in qualsiasi momento del certificato di sicurezza rilasciato dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria di cui si richiede l'utilizzo, ai sensi dell'articolo 10; c) le imprese ferroviarie che prestano servizi di trasporto ferroviario concludono, in base al diritto pubblico o privato, gli accordi necessari con i gestori dell'infrastruttura ferroviaria utilizzata”.

<sup>17</sup> La disciplina dei servizi di trasporto pubblico regionale/locale è recata nel d.lgs. 19.11.1997 n. 422 “conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997 n. 59”. L'articolo 18, co. 2 del citato decreto stabilisce che “allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995 n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio”; in argomento, si veda CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un “centro di gravità”, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *giustamm.it*, n. 4/2010.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda i servizi di trasporto di interesse nazionale, la disciplina degli obblighi di servizio pubblico è recata nell'articolo 38 l. 1.8.2002 n. 166: “i servizi di trasporto ferroviario di interesse nazionale da sottoporre al regime degli obblighi di servizio pubblico sono regolati con contratti di servizio pubblico da sottoscrivere almeno tre mesi prima della loro entrata in vigore, di durata non inferiore a cinque anni con possibilità di revisioni annuali delle caratteristiche quantitative e qualitative dei servizi senza necessità di procedere a modifiche contrattuali. Il Ministero dei trasporti affida, nel rispetto della normativa comunitaria, i contratti di servizio con i quali sono definiti gli obblighi di servizio pubblico, i relativi corrispettivi, nell'ambito delle risorse iscritte nel bilancio pluriennale dello Stato, nonché le compensazioni spettanti alla società fornitrice”. A livello regionale e locale, gli obblighi di servizio pubblico sono previsti dall'articolo 17 del d.lgs. n. 422/1997, a sensi del quale “le regioni, le provincie e i comuni, allo scopo di assicurare la mobilità degli utenti, definiscono, ai sensi dell'articolo 2 del regolamento 1191/69/CEE, modificato dal regolamento 1893/91/CEE, obblighi di servizio pubblico, prevedendo nei contratti di servizio di cui all'articolo 19, le corrispondenti compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, determinate secondo il criterio dei costi standard che dovrà essere osservato dagli enti affidanti nella quantificazione dei corrispettivi da porre a base d'asta previsti nel bando di gara o nella lettera di invito delle procedure concorsuali di cui al successivo articolo 18, comma 2, lettera a), tenendo conto ai sensi della citata disposizione comunitaria, dei proventi derivanti dalle tariffe e di quelli derivanti anche dalla eventuale gestione di servizi complementari alla mobilità”.

Per quanto poi riguarda l'attività di regolazione, il decreto legislativo n. 188/2003 individuava originariamente nel Ministero delle infrastrutture e dei trasporti l'organismo deputato<sup>19</sup>, ma, attualmente, con l'entrata in vigore del d.l. 24.1.2012 n. 1, le funzioni sono state assegnate alla neo istituita Autorità di regolazione dei trasporti<sup>20</sup>. Rinviando ad altra sede un più approfondito esame delle concrete implicazioni della normativa interna, si può conclusivamente affermare che in Italia il processo di liberalizzazione si sia esteso anche al trasporto passeggeri nazionale, anziché restare circoscritto al trasporto merci e al trasporto passeggeri internazionale come pure sarebbe stato possibile in base alla disciplina comunitaria<sup>21</sup>. Se pertanto attualmente la maggior parte dei servizi viene ancora svolta dall'operatore storico controllato dalla holding di proprietà statale, la circostanza non parrebbe in realtà essere il frutto di una disciplina eccessivamente chiusa alla concorrenza, bensì

<sup>19</sup> Si veda in particolare l'articolo 37 d.lgs. n. 188/2003, secondo cui "l'organismo di regolazione indicato all'articolo 30 della direttiva 2001/147/CE è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti o sue articolazioni".

<sup>20</sup> Nell'istituire l'Autorità di regolazione dei trasporti e sopprimere l'ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URFS) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'articolo 36 del d.l. 24.1.2012 n. 1 individua le funzioni dell'Autorità prevedendo, alla lettera i), che con particolare riferimento all'accesso all'infrastruttura ferroviaria, la stessa Autorità provvede "a svolgere tutte le funzioni di organismo di regolazione di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003 n. 188 e in particolare, a definire i criteri per la determinazione dei pedaggi da parte del gestore dell'infrastruttura e i criteri di assegnazione delle tracce e della capacità e a vigilare sulla loro corretta applicazione da parte del gestore dell'infrastruttura". Sull'Autorità di regolazione dei trasporti, TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *GDA*, 6/2012, p. 589 ss.; DI SERI, *L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, in *GDA*, a commento della sentenza della Corte costituzionale, 15.3.2013 n. 41 che ha in parte dichiarato inammissibili in parte non fondate le questioni di legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.l. n. 1/2012 censurate dalla Regione Veneto sotto il profilo di una presunta invasione delle competenze regionali in materia di trasporto pubblico locale; MARESCA, *L'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, cit., p. 125 ss.

<sup>21</sup> In argomento si vedano i rilievi di SIRAGUSA, PECL, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., pp. 53-54. Anche se, soprattutto per quanto riguarda i servizi a livello regionale e locale, viene sottolineato che "nonostante l'obbligo di gara sia stato introdotto sin dal 2003, a tutto il 2006 si sono concluse solo tre gare che hanno registrato uno scarso livello di partecipazione e l'assegnazione all'*incumbent*. Inoltre l'obbligatorietà delle gare in presenza di difficoltà organizzative di alcune regioni, comporta un elevato livello di incertezza con il risultato che il termine per lo svolgimento delle gare viene di anno in anno posticipato e che i contratti esistenti vengono prorogati annualmente non consentendo una efficiente pianificazione del servizio" (MACCHIATI, CESARINI, MALLUS, MASSIMIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa. Problemi aperti e prospettive*, cit., p. 37).

la conseguenza delle oggettive difficoltà che, sotto il profilo tecnico ed economico, continuano a rendere difficile l'accesso al mercato del trasporto ferroviario.

Tuttavia, l'esame della disciplina nazionale e sovranazionale non può prescindere dall'individuazione di alcuni aspetti di criticità che possono ancora in parte ostacolare o rallentare il compimento del processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario.

### 3. *Clausola di reciprocità e salvaguardia degli obblighi di servizio pubblico*

Un primo aspetto di criticità della normativa interna riguarda la possibilità, prevista con riferimento al (pur liberalizzato) mercato del trasporto passeggeri nazionale, di limitare la concorrenza in funzione del corretto adempimento degli obblighi di servizio pubblico. Al riguardo, l'articolo 59 della l. n. 99 del 23.7.2009 prevede che "lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale, ivi compresa la parte di servizi internazionali svolta sul territorio italiano, può essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti con tale contratto, incluse le ripercussioni sul costo netto per le competenti autorità pubbliche titolari del contratto, domanda dei passeggeri, determinazione dei prezzi dei biglietti e relative modalità di emissione, ubicazione e numero delle fermate, orario e frequenza del nuovo servizio proposto". La norma limita il diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nelle ipotesi in cui il pieno esercizio di tale diritto comprometta l'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico pregiudicando l'adempimento degli obblighi del servizio universale<sup>22</sup>. L'accertamento di un eventuale pregiudizio per l'equilibrio del

<sup>22</sup> Sulle concrete implicazioni della norma, CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 378 ss.; SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., pp. 53-55. In giurisprudenza, la norma è venuta recentemente in rilievo nel contenzioso definito in primo grado con la sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. I, 27.3.2014 n. 3398, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Più esattamente, la citata sentenza del TAR ha annullato il provvedimento n. 23770 del 25.7.2012 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con cui è stata applicata una sanzione amministrativa a Ferrovie dello Stato spa, Rete Ferroviaria italiana spa e

contratto è affidato all'organismo di regolazione che a tal fine è chiamato a svolgere una complessa e delicata istruttoria<sup>23</sup>. Nella sua portata precettiva, la previsione potrebbe essere avvertita come uno strumento di ostacolo per una completa liberalizzazione a vantaggio degli operatori storici del mercato, considerando che è su di essi che generalmente grava l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico. Sebbene in alcuni casi possa forse anche prestarsi ad indebite limitazioni della concorrenza<sup>24</sup>, in realtà la norma si pone in linea con la disciplina comunitaria – dove analoga previsione è prevista con riferimento al trasporto passeggeri internazionale<sup>25</sup> – mirando piuttosto

Trenitalia spa sul presupposto dell'intervenuto accertamento di un comportamento anticoncorrenziale ai danni della società Arenaways spa, asseritamente finalizzato ad ostacolare l'ingresso di tale società nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri. Tra le varie imputazioni a carico di Ferrovie italiana spa e Rete Ferroviaria italiana spa assume rilevanza l'articolo 59 della l. n. 99/2009 nella misura in cui Trenitalia avrebbe “fornito all'URSF, nell'ambito dei procedimenti ex art. 59, una rappresentazione dei fatti non corretta, concretamente idonea ad indurre in errore il legislatore, al fine di orientarne la decisione a proprio favore ed ostacolare così l'ingresso di Arenaways nel mercato del trasporto ferroviario passeggeri” (così provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 23770 del 25.7.2012).

<sup>23</sup> L'art. 59, co. 3, l. 23.07.2009 n. 99 prevede che “l'organismo di regolazione di cui al comma 1, entro due mesi dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie, stabilisce se un servizio ferroviario rispetta le condizioni ed i requisiti di cui ai commi 1 e 2 e, se del caso, dispone le eventuali limitazioni al servizio, in base ad un'analisi economica oggettiva e a criteri prestabiliti, previa richiesta del a) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; b) del gestore dell'infrastruttura; c) delle regioni titolari del contratto di servizio pubblico; d) della impresa ferroviaria che fornisce il servizio pubblico”. Il co. 4 dispone che “l'autorità di regolazione motiva la sua decisione e ne informa tutte le parti interessate, precisando il termine entro il quale le medesime possono richiedere il riesame della decisione e le relative condizioni cui questo è assoggettato”, mentre il successivo co. 4 bis prevede che “l'autorità competente, qualora venga accertata la compromissione dell'equilibrio economico del contratto di servizio pubblico, può richiedere all'impresa ferroviaria oggetto della procedura di cui al comma 2, il pagamento di opportuni, trasparenti e non discriminatori diritti di compensazione”.

<sup>24</sup> Come già evidenziato, con il provvedimento n. 23770 del 25.7.2012, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sanzionato Ferrovie dello Stato spa, Rete Ferroviaria italiana spa e Trenitalia spa rilevando che avrebbero indebitamente subordinato la procedura di assegnazione delle tracce ad Arenaways spa alle decisioni assunte dall'organismo di regolazione ai sensi dell'articolo 59 l. n. 99/2009. Come già segnalato, il provvedimento dell'Antitrust è stato annullato dal TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 3398/2014, cit.

<sup>25</sup> L'articolo 1, co. 3, *ter*, della Direttiva 2007/58/CE stabilisce che, con riferimento al trasporto internazionale passeggeri, gli Stati membri possono limitare l'accesso alle relative infrastrutture “sui servizi da origine a destinazione che sono oggetto di uno o più contratti di servizio pubblico”, precisando che “detta limitazione non può determinare una restrizione del diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso di un servizio in-

a salvaguardare il servizio pubblico dalle possibili ripercussioni negative della concorrenza di altri operatori sul medesimo percorso, nonché ad evitare ogni conseguente pregiudizio anche nei confronti dell'autorità pubblica chiamata a compensare economicamente gli obblighi di servizio universale. Più che una previsione limitativa della concorrenza, la norma sembrerebbe pertanto rappresentare una clausola di salvaguardia finalizzata a contemperare le esigenze del libero mercato con la garanzia di un servizio pubblico finalizzato ad assicurare predeterminati *standard* qualitativi e quantitativi<sup>26</sup>.

Il secondo aspetto della disciplina interna che merita di essere segnalato riguarda la possibilità, prevista dall'articolo 58 della l. n. 99/2009, di limitare l'accesso al mercato nazionale per gli operatori economici dei Paesi membri in cui non sono garantite le stesse condizioni di concorrenza<sup>27</sup>. Se la previsione si rivela apparentemente incompatibile con il più ampio processo di liberalizzazione, per comprenderne *ratio* e portata si deve considerare il generale contesto di riferimento caratterizzato dall'assenza di una disciplina europea sul trasporto ferroviario passeggeri nazionale. Come già evidenziato, a causa di tale assenza la disciplina dei mercati nazionali è rimessa sostanzial-

ternazionale, ivi compreso in stazioni situate nel medesimo Stato membro, salvo se l'esercizio di tale diritto comprometta l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico" (v. anche art. 11 della Direttiva 2012/34/UE).

<sup>26</sup> Secondo SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., 54, nota n. 63, "la ratio della norma è quella di preservare una concorrenza sostenibile, ossia di assicurare che la concorrenza non si trasformi in annientamento dei servizi universali garantiti nei contratti di servizio, limitando il c.d. cherry picking, ossia la concentrazione dei nuovi operatori (o comunque operatori che non hanno obblighi di servizio universale) sulle tratte più redditizie, riducendo quindi l'equilibrio finanziario dell'impresa soggetta a obblighi di servizio pubblico. Ciò si potrebbe verificare, ad esempio, nei casi in cui il servizio svolto dall'operatore libero da obblighi di pubblico servizio incide sulla base passeggeri sui quali l'impresa, soggetto a obblighi di pubblico servizio, aveva fatto affidamento al momento dell'aggiudicazione del contratto di servizio. Orbene, la riduzione della base passeggeri comporterebbe un decurtamento dei ricavi sui quali l'impresa soggetta a obblighi di pubblico servizio aveva fatto affidamento al momento dell'aggiudicazione del contratto".

<sup>27</sup> L'articolo 58 della legge 23.7.2009 n. 99 prevede che "il rilascio della licenza per i servizi nazionali passeggeri può avvenire esclusivamente nei confronti di imprese aventi sede legale in Italia e, qualora siano controllate, ai sensi dell'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, da imprese aventi sede all'estero, nei limiti dei medesimi principi di reciprocità previsti per il rilascio del titolo autorizzatorio di cui all'articolo 131, comma 1, della legge 23 dicembre 2000 n. 388". Il titolo autorizzatorio di cui all'articolo 131, co. 1, legge n. 388/2000 coincide con l'autorizzazione rilasciata dall'autorità ministeriale italiana per l'esercizio di servizi ferroviari. Ai sensi del combinato disposto dell'articolo 58 l. n. 99/2009 e dell'articolo 131, co. 1, l. n. 388/2000, il suddetto titolo può essere dunque rilasciato ad un'impresa europea soltanto a condizione di reciprocità.

mente ai singoli Stati membri con la conseguenza che, a seconda delle scelte concretamente adottate, in alcuni Paesi la concorrenza è più tutelata di quanto lo sia in altri. È proprio questa situazione di disomogeneità a livello normativo che giustifica la previsione della clausola di reciprocità recata nel citato articolo 58, in forza della quale possono accedere al mercato nazionale soltanto le imprese straniere nei cui Paesi di origine vengono garantite uguali o analoghe condizioni di accesso<sup>28</sup>. Se collocata nel più generale quadro normativo di riferimento, la norma interna mira semplicemente ad evitare che imprese attive in mercati non liberalizzati possano fare ingresso in altri mercati liberalizzati, come ad esempio quello italiano, beneficiando dei vantaggi competitivi derivanti dalla sostanziale esclusiva di cui godono nel rispettivo mercato di origine<sup>29</sup>. Il che evidenzia come la previsione interna, più che un elemento di ostacolo alla concorrenza<sup>30</sup>, debba essere considerata alla stregua di una “vera

<sup>28</sup> Come rilevato da CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 382, “il passo indietro compiuto dal nostro legislatore sembra trovare giustificazione nella circostanza che gli Stati membri, che decidono di liberalizzare il proprio mercato interno in misura superiore a quella minima richiesta in sede comunitaria, corrono il rischio di recare uno svantaggio ai propri vettori ferroviari costretti a subire la concorrenza di vettori stranieri (...)”.

<sup>29</sup> L’aspetto è messo chiaramente in evidenza da SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., 54: “(...) un diverso grado di liberalizzazione dei vari mercati nazionali potrebbe distorcere in radice la concorrenza tra imprese ferroviarie collocate in diversi Stati membri, infatti le imprese attive nei mercati non liberalizzati, potendo contare sull’assenza di concorrenti nei loro *core markets*, potrebbero aggredire mercati in cui vi è una sostanziale liberalizzazione. L’attuale situazione potrebbe quindi favorire l’adozione di strategie (quali, ad esempio, l’applicazione di tariffe aggressive) volte all’indebolimento degli operatori attivi nei mercati liberalizzati (e alla loro successiva acquisizione da parte delle imprese che operano nei mercati chiusi alla concorrenza)”.

<sup>30</sup> È stato del resto più volte rilevato che le clausole di reciprocità possono avere “l’effetto di accelerare l’apertura dei mercati nazionali attualmente chiusi alla concorrenza, in quanto potrebbero spingere il legislatore di questi Stati membri a effettuare la liberalizzazione dei propri mercati nazionali, al fine di consentire alle imprese ivi operanti di svolgere servizi nel mercato italiano” (così, SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., p. 55). Più in generale, è stato sottolineato che “i Paesi membri dell’Unione europea e le istituzioni comunitarie hanno ritenuto la reciprocità alla stregua di uno strumento funzionale al – che non distrugge, ma semmai promuove, il – mercato, consentendo l’accesso alle infrastrutture nazionali ai vettori stranieri nei soli casi in cui il loro Stato nazionale riconosca i medesimi diritti ai vettori europei”, anche se al contempo viene segnalata la criticità della misura in quanto il generale principio di reciprocità sancito dall’articolo 16 delle disposizioni preliminari al codice civile con riferimento al trattamento dello straniero dovrebbe ritenersi “superato dalle norme costituzionali che riconoscono i diritti fondamentali dello straniero su un piano di parità con il cittadino”, con la precisazione che “se è vero che tale riconoscimento si ferma ai soli diritti fondamentali e non anche ai diritti economici, è anche vero che il diritto alla mo-

e propria clausola di salvaguardia” volta a tutelare le imprese italiane contro i possibili effetti pregiudizievoli dovuti all’assenza di una disciplina europea comune<sup>31</sup>. Clausole come quella prevista dalla legislazione italiana potrebbero probabilmente essere superate soltanto da un intervento sovranazionale di liberalizzazione dei mercati nazionali del trasporto passeggeri, il quale abbia il principale effetto di uniformare le legislazioni dei singoli Stati membri.

#### 4. *L’indipendenza del gestore della rete rispetto alle imprese ferroviarie. Il modello a holding*

Anche la disciplina europea presenta degli aspetti di criticità che possono incidere sull’effettivo grado di liberalizzazione del mercato. Il riferimento è in particolare ai requisiti d’indipendenza del gestore della rete rispetto alle imprese ferroviarie esecutrici del servizio. Come si è già precisato, le Direttive comunitarie richiedono agli Stati membri di provvedere “affinchè sia i conti profitti e perdite, sia i bilanci siano tenuti separati e siano pubblicati per le attività connesse alla prestazione di servizi di trasporto e per quelle connesse alla gestione dell’infrastruttura ferroviaria”, prevedendo che “gli Stati membri possono inoltre prevedere che detta separazione comporti sezioni organiche distinte all’interno di una stessa impresa o che la gestione dell’infrastruttura sia esercitata da enti distinti”<sup>32</sup>. Altre previsioni, sempre recate a livello sovranazionale, richiedono più specificamente che il gestore dell’infrastruttura debba essere indipendente dalle imprese ferroviarie

bilità delle persone diviene sempre più centrale” (MARESCA, *L’evoluzione del diritto dell’Unione europea in materia di infrastrutture e trasporto*, p. 71 ss.).

<sup>31</sup> In tal senso sempre SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., p. 54, secondo cui “sembrano eccessive le critiche che sono spesso e volentieri indirizzate al legislatore italiano, in relazione all’introduzione nell’ordinamento nazionale della c.d. clausola di reciprocità e dell’articolo 59 della l. n. 99/2009”. Infatti in uno scenario in cui vi sono imprese storiche di Stati membri che operano in mercati nazionali sottratti *ex lege* al gioco della concorrenza, tali clausole, lungi dal rappresentare delle controriforme, costituiscono, non solo l’attuazione, per quanto riguarda il segmento di trasporto nazionale, di principi insiti nelle direttive comunitarie in relazione al segmento internazionale, bensì delle vere e proprie clausole di salvaguardia contro gli effetti negativi che l’attuale asimmetria tra i vari Stati membri potrebbe provocare (ossia sono necessarie a evitare che vengano ulteriormente e ingiustamente favoriti, a scapito delle imprese italiane, operatori che, considerata la chiusura alla concorrenza dei propri mercati di riferimento, godono di un evidente vantaggio concorrenziale non collegato a criteri di efficienza”.

<sup>32</sup> Così l’articolo 6 della Direttiva 2012/34/UE del 21.11.2012, cit.

“sul piano giuridico, organizzativo o decisionale”, precisando che, ove tale indipendenza non si ravvisi, debba ritenersi precluso per il gestore esercitare le funzioni c.d. essenziali relative all’assegnazione della capacità infrastrutturale e alla imposizione dei diritti per l’utilizzo della rete<sup>33</sup>. L’opinione diffusa è che, nel delineare il descritto regime di *unbundling*, la disciplina comunitaria non imponga una separazione proprietaria o strutturale tra il soggetto che gestisce la rete e l’impresa che esercita il servizio, limitandosi piuttosto a prevedere, in via obbligatoria, la separazione contabile e, facoltativamente, la separazione organica o istituzionale<sup>34</sup>. Il profilo è di cruciale importanza poiché, se si assume che la normativa sovranazionale non richiede necessariamente la separazione proprietaria o strutturale, deve conseguentemente ritenersi compatibile con il diritto comunitario anche il modello c.d. a holding, utilizzato nel nostro e in altri Paesi, nell’ambito del quale il gestore e l’esecutore del servizio sono entità giuridicamente distinte e contabilmente separate quanto alle rispettive attività, sebbene entrambe siano controllate da una stessa società capogruppo (holding) la quale, circoscrivendo al caso italiano, è a sua volta interamente partecipata dallo Stato<sup>35</sup>. A confermare il rilievo

<sup>33</sup> L’articolo 7, co. 2, della Direttiva 2012/34/UE del 21.II.2012, cit., prevede che “se il gestore dell’infrastruttura non è indipendente da un’impresa ferroviaria sul piano giuridico, organizzativo o decisionale, le funzioni di cui al capo IV, sezioni 2 e 3, sono svolte, rispettivamente, da un organismo incaricato della determinazione dei canoni e da un organismo incaricato dell’assegnazione della capacità indipendenti dalle imprese ferroviarie sul piano giuridico, organizzativo, decisionale”.

<sup>34</sup> Sul punto CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 218 ss.; NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, cit., p. 152; SIRAGUSA, PECI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., p. 56, secondo cui “la normativa comunitaria lascia ampi spazi agli Stati membri circa le modalità organizzative tra gestore della rete e impresa ferroviaria, non favorendo alcun modello organizzativo. In altri termini, le direttive comunitarie non richiedono la separazione strutturale (proprietaria) tra gestore della rete e impresa ferroviaria”; MACCHIATI, CESARINI, MALLUS, MASSIMIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa. Problemi aperti e prospettive*, cit., p. 13 ss.

<sup>35</sup> Per approfondimenti sul modello a holding adottato in Italia si veda M. CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 220 ss. Più esattamente, è utile rimarcare che, con D.M. 31 ottobre 2000 n. 12, a Ferrovie dello Stato spa è stata affidata una concessione avente durante di sessant’anni per la gestione dell’infrastruttura. In data 1 luglio 2001, FS spa ha deliberato la costituzione della società Rete Ferroviaria Italiana - RFI spa che, nel suo oggetto sociale, contempla la gestione e manutenzione della rete ferroviaria di rilevanza nazionale. Il servizio di trasporto ferroviario passeggeri e merci viene invece eseguito da Trenitalia spa partecipata da Ferrovie dello Stato spa. In questo quadro, “F.S. Spa assume la funzione di indirizzo strategico propria di una holding di cui fanno parte RFI spa (gestore dell’infrastruttura in posizione monopolistica) e Trenitalia spa (prestatore dei servizi di trasporto in concorrenza con altre imprese ferroviarie)” (così CASANOVA, BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 221).



della questione, di recente proprio la Commissione europea e la Corte di giustizia hanno assunto posizioni contrastanti sulla compatibilità del modello a holding, sia pure alimentate da una normativa piuttosto imperfetta che non disciplina con la dovuta chiarezza i requisiti d'indipendenza del gestore<sup>36</sup>. Più esattamente, la Commissione ha contestato la compatibilità del modello con il diritto comunitario rilevando come la riconducibilità del gestore alla stessa holding che controlla anche l'impresa ferroviaria implichi necessariamente un condizionamento di tipo "economico", come tale preclusivo dell'indipendenza richiesta ai fini dell'espletamento delle funzioni c.d. essenziali<sup>37</sup>. Per la Commissione, dalla disciplina sovranazionale si ricaverebbe quantomeno implicitamente (anche) un obbligo di separazione strutturale che renderebbe inammissibile il modello a holding generalmente inteso, a meno che non vengano adottate dagli Stati membri, a livello legislativo o contrattuale, delle apposite misure correttive finalizzate ad evitare in radice ogni possibile influenza economico-gestionale tra le imprese della holding<sup>38</sup>. A sua volta, la Corte di

<sup>36</sup> Ci si riferisce in particolare ai rilievi sollevati dalla Commissione nell'ambito delle cause innanzi alla Corte di Giustizia UE contro l'Austria e la Germania (C-555/10; C-556/10). Nonostante in Italia il mercato ferroviario sia caratterizzato dal modello a holding, con riferimento al nostro Paese la Corte di Giustizia si è occupata di altri aspetti, e segnatamente dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura e dell'organismo di regolazione dall'autorità ministeriale. Se, per il primo profilo, la Corte ha ravvisato un'indipendenza non sufficiente per quanto riguarda la determinazione dei diritti di utilizzo dell'infrastruttura, per il secondo aspetto, posto all'attenzione del giudice europeo nella vigenza del precedente contesto normativo in cui ancora non risultava istituita l'Autorità di regolazione dei trasporti, la Corte ha escluso elementi di criticità reputando irrilevante la circostanza per cui l'organismo di regolamentazione coincida con un'articolazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Corte di giustizia UE, Sez. I, sentenza 3.10.2013, causa 369/11 – Commissione c. Italia, in *GDA*, 2/2014, p. 136 ss., con commento di ALTIERI, *L'indipendenza del gestore della rete ferroviaria nel diritto europeo*).

<sup>37</sup> Nelle sentenze della Corte di Giustizia UE, Sez. I, C 555/10, Commissione/Austria e C-556/10, Commissione/Germania del 28.2.2013 viene riportata la posizione della Commissione rilevando che "la Commissione sostiene che l'ente cui è stato affidato l'esercizio delle funzioni essenziali elencate all'allegato II della direttiva 91/440 deve essere indipendente sul piano economico, e non solo sul piano giuridico, dall'impresa che fornisce i servizi di trasporto ferroviario. Al riguardo, essa fa valere che, nonostante l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 91/440 non richieda esplicitamente che l'ente al quale è stato attribuito l'esercizio delle funzioni essenziali sia indipendente dalle società che prestano i servizi di trasporto ferroviario, il termine società impiegato in tale disposizione deve cionondimeno essere interpretato, in conformità della giurisprudenza della Corte, nel senso che esso comprende tutti gli enti che, pur separati sul piano giuridico operano come un'entità economica".

<sup>38</sup> Sempre nelle citate sentenze della Corte di Giustizia si evidenzia che "la Commissione ritiene che debbano esistere disposizioni legislative o perlomeno contrattuali in materia di in-

Giustizia ha sostenuto invece la piena compatibilità del modello a holding con il diritto comunitario, limitandosi a rilevare che, ai fini della disciplina sovranazionale, l'indipendenza del gestore deve ritenersi adeguatamente garantita dalla separazione contabile, alla quale può eventualmente aggiungersi la separazione organica, senza che sia necessario ipotizzare anche una separazione proprietaria allo stato non prevista dalla vigente normativa di riferimento<sup>39</sup>. Il contrasto di posizioni tra Commissione e Corte di giustizia è rivelatore di due aspetti che meritano di essere sottolineati anche in una prospettiva *de iure condendo*. Il primo aspetto, già in precedenza anticipato, riguarda la scarsa chiarezza e coerenza di una normativa sovranazionale che, se da un lato si limita ad imporre esplicitamente una separazione contabile perfettamente compatibile con il modello a holding, dall'altro richiede però un'indipendenza sul piano giuridico, organizzativo e decisionale difficilmente

dipendenza nel rapporto tra holding e l'ente cui sono affidate funzioni essenziali, fra quest'ultimo ente e altre imprese del gruppo che prestano servizi ferroviari, o gli altri enti controllati dalla holding, segnatamente l'assemblea degli azionisti cui sono affidate delle funzioni essenziali". Più esattamente, la Commissione auspica che "i membri del comitato esecutivo della holding e di altre società di tale holding non debbano fare parte del comitato esecutivo dell'ente cui sono affidate funzioni essenziali elencate all'allegato II della direttiva 91/440" ovvero che "il consiglio di amministrazione dell'ente cui sono affidate le funzioni essenziali elencate all'allegato II della direttiva 91/440 deve essere nominato sulla scorta di condizioni chiaramente definite e collegato ad obblighi giuridici con cui dovrebbe essere assicurata la completa indipendenza del suo processo decisionale. Esso dovrebbe essere nominato e revocato sotto il controllo di un'autorità indipendente" ovvero ancora che "l'ente cui sono affidate funzioni essenziali deve disporre di personale proprio che operi in ambienti separati o ad accesso riservato. Il regolamento interno o i contratti di lavoro di detto ente dovrebbero indicare chiaramente che i contatti con la holding con le altre società da essa controllate sono circoscritti alle comunicazioni ufficiali collegate all'esercizio di dette funzioni essenziali. L'accesso ai sistemi informatici dovrebbe essere protetto in maniera tale da assicurare l'indipendenza delle medesime funzioni essenziali".

<sup>39</sup> La Corte di Giustizia evidenzia al riguardo che "occorre ricordare che l'articolo 6, paragrafi 1 e 2, della direttiva 91/440, richiede solo una separazione contabile tra le attività di trasporto fornite dalle imprese ferroviarie e le attività di gestione dell'infrastruttura ferroviaria, in quanto la separazione tra attività relative alla prestazione di servizi di trasporto da parte di imprese ferroviarie e quelle relative alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria può essere effettuata mediante divisioni organiche distinte nell'ambito di una medesima impresa, come avviene nell'ambito di una holding" e che "l'articolo 6, paragrafo, 3, della direttiva 91/440 prevede che, per garantire un accesso equo e non discriminatorio all'infrastruttura ferroviaria, gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che le funzioni essenziali elencate all'allegato II di detta direttiva siano attribuite a enti o società che non prestano a loro volta servizi di trasporto ferroviario, provando tale circostanza, indipendentemente dalle strutture organizzative previste" (Corte di Giustizia, C. 555/10 Commissione/Austria e C-556/10 Commissione/Germania del 28.2.2013).

conciliabile proprio con quello stesso modello, come del resto rilevato anche dalla Commissione nelle sue contestazioni. Il secondo aspetto riguarda più da vicino il merito della questione, essendo difficilmente confutabile che il modello a holding – tipicamente inteso – non attenui almeno in parte l'indipendenza tra gestore della rete ed esecutore del servizio, sebbene non sia affatto scontato che la soluzione ottimale per incentivare la concorrenza coincida con la separazione proprietaria o strutturale<sup>40</sup>. Si tratta di due aspetti

<sup>40</sup> Nell'ambito degli studi economici, non si rinvencono conclusioni univoche tali da individuare nella separazione proprietaria il modello più congeniale per lo sviluppo della concorrenza. L'aspetto è affrontato chiaramente da MACCHIATI, CESARINI, MALLUS, MASSIMIANO, *Concorrenza e privatizzazione nel settore ferroviario in Europa. Problemi aperti e prospettive*, cit., pp. 14-15: "il razionale per una separazione nel settore ferroviario è quello solitamente indicato nei servizi a rete: promuovere la concorrenza nel servizio quindi ridurne i prezzi. L'argomento è che la separazione elimina gli incentivi del proprietario dell'infrastruttura a favorire, nell'accesso, la propria divisione o l'impresa di servizio collegata. Naturalmente perché questo effetto si possa manifestare pienamente la separazione deve essere proprietaria. Nel valutare pros e cons della separazione, bisogna comunque considerare gli incentivi di un gestore separato a contenere gli investimenti dell'infrastruttura. Tale effetto può, a sua volta, riflettere il fatto che il gestore della rete tiene conto solo della funzione di domanda per l'utilizzo della propria infrastruttura e non dei profitti delle imprese a valle che la utilizzano (...) Oppure la riduzione degli investimenti può essere il risultato di una regolazione che nel fissare il prezzo di accesso non tiene in adeguato conto il rendimento dei nuovi investimenti. La separazione infine può alimentare comportamenti strategici tra gestore dell'infrastruttura e imprese di trasporto: il primo per programmare nuovi investimenti dovrebbe conoscere la domanda di servizi, pena l'incorrere in costi irrecuperabili, e le imprese di trasporto, nel decidere le caratteristiche degli investimenti in materia rotabile, dovrebbero conoscere le innovazioni tecnologiche che il gestore intende introdurre sulle linee: in assenza di un coordinamento tra i programmi dei vari settori l'esito può essere uno stallo del processo di investimento. Insomma dalla riflessione più recente, gli economisti cominciano a sollevare qualche dubbio sugli effetti in termini di benessere della separazione proprietaria, a causa soprattutto della riduzione degli investimenti nella rete e ad essere più confidenti che il regolatore e/o l'antitrust sia in grado di prevenire comportamenti discriminatori nel mercato a valle da parte di un gestore integrato". Se quanto precede vale in termini generali, nel caso del trasporto ferroviario "si pone un ulteriore elemento di riflessione: l'interdipendenza, dal punto di vista tecnologico, tra il materiale rotabile e l'infrastruttura; tale legame si traduce in una forte interazione tra la configurazione fisica del materiale rotabile e quella dell'infrastruttura che può avere anche effetti sui costi per la loro manutenzione. Le *train operations* presenterebbero insomma varie possibili configurazioni, maggiori che nel caso dei segnali che viaggiano sulle reti telefoniche o degli elettroni che viaggiano sulle reti elettriche, e quindi l'infrastruttura di base sarebbe meno standardizzabile"; si veda in argomento anche SIRAGUSA, PECCI, *Concorrenza pan-europea nei servizi ferroviari di trasporto passeggeri*, cit., pp. 57-58. Muovendo dal presupposto per cui il grado di liberalizzazione e la concorrenza nel mercato non sono necessariamente correlati a modelli organizzativi del gestore dell'infrastruttura, gli Autori sottolineano che "anche qualora si dovesse ritenere opportuno intervenire sull'attuale status organizzativo

particolarmente complessi che probabilmente solo attraverso un nuovo intervento normativo potranno trovare adeguata composizione. Più esattamente, sarebbe auspicabile che tale intervento normativo stabilisca con maggiore chiarezza i requisiti d'indipendenza del gestore rispetto all'esecutore del servizio, prevedendo al contempo quei correttivi necessari ad evitare i possibili effetti distorsivi del modello a holding. Una più chiara delimitazione dei requisiti d'indipendenza gioverebbe anche alla funzione di vigilanza esercitata dagli organismi di regolazione, garantendone una maggiore uniformità senza il rischio di potenziali sviamenti che potrebbero essere causati dalle attuali carenze normative<sup>41</sup>.

5. *Osservazioni conclusive. Verso l'approvazione del c.d. quarto pacchetto ferroviario*

Al di là degli ostacoli di tipo tecnico ed economico che costituiscono un limite fisiologico alla concorrenza nel mercato di riferimento, il trasporto ferroviario è attualmente interessato da un processo di liberalizzazione a livello nazionale e sovranazionale. Tuttavia, l'assenza di una disciplina europea per il trasporto ferroviario nazionale costituisce un freno allo sviluppo della concorrenza in quel mercato, inducendo le legislazioni degli Stati membri più sensibili alla liberalizzazione a difendere i propri competitori con clausole di salvaguardia o reciprocità. Ugualmente, la scarsa chiarezza della disciplina comunitaria sui requisiti di indipendenza del gestore impedisce al mercato di svilupparsi in un auspicabile contesto di certezza giuridica. Tali aspetti di criticità che si è inteso segnalare vengono affrontati dal c.d. quarto pacchetto

del gestore dell'infrastruttura, l'esperienza maturata in altri settori dimostra che vi sono soluzioni meno radicali che possono garantire, da un lato, un soddisfacente livello di trasparenza e competitività nel settore e dall'altro, limitare i summenzionati effetti negativi che deriverebbero dalla separazione strutturale della rete”.

<sup>41</sup> Si eviterebbe, ad esempio, il rischio che, nell'esercizio della funzione di vigilanza, le autorità indipendenti possano esse stesse integrare le carenze della normativa sottraendo in parte la fissazione dei requisiti d'indipendenza alla competenza degli organi politici, con possibilità oltretutto di addivenire a conclusioni disomogenee nei diversi Stati membri. Diversamente, in presenza di norme più puntuali e stringenti sui requisiti d'indipendenza, il controllo delle autorità resterebbe circoscritto alla sua naturale funzione di verificare in concreto l'esistenza di comportamenti anticoncorrenziali a valle di un quadro normativo di riferimento sufficientemente chiaro e preciso.

ferroviario presentato dalla Commissione nel gennaio 2013 e attualmente in fase di discussione. Più esattamente, la proposta della Commissione prefigura, da un lato, la liberalizzazione del mercato del trasporto passeggeri nazionale, sia pure mantenendo ferma la possibilità di limitare l'accesso qualora sia compromesso l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico<sup>42</sup>; dall'altro, l'ammissibilità del modello a holding contemplando l'introduzione di "condizioni rigorose" a tutela dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura "che prevedano una procedura di verifica da parte della Commissione, onde garantire una reale situazione di parità per tutte le imprese ferroviarie"<sup>43</sup>. Sebbene sia necessario meglio chiarire in cosa concretamente consistano le "condizioni rigorose", l'approvazione della proposta avanzata dalla Commissione dovrebbe impedire il verificarsi dei possibili effetti distorsivi del modello a holding, evitando di giungere alla misura (probabilmente) troppo drastica e difficilmente attuabile della separazione proprietaria. Al contempo, sarebbe garantita una disciplina omogenea del trasporto passeggeri nazionale attualmente mancante. In questa direzione, il processo di liberalizzazione potrebbe compiere un ulteriore passo in avanti e a giovarsene sarebbe anche il modello di regolazione per autorità indipendenti.

<sup>42</sup> Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle Regioni sul "quarto pacchetto ferroviario – completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europea" si rileva che "per eliminare gli impedimenti giuridici, la Commissione propone, con la modifica della direttiva che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, di liberalizzare il mercato dei servizi nazionali di trasporto passeggeri per ferrovia, con la possibilità di limitare l'accesso qualora sia compromesso l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico".

<sup>43</sup> Più precisamente, la Commissione propone "di modificare la direttiva che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico per garantire che i gestori dell'infrastruttura possano svolgere tutte le funzioni necessarie a gestire l'infrastruttura in modo ottimizzato, efficiente e non discriminatorio", rilevando che "dato che questa è la soluzione più semplice e più efficace per creare condizioni di parità tra gli operatori del trasporto, la Commissione propone una separazione istituzionale tra la gestione dell'infrastruttura e l'esercizio del trasporto" e che "tuttavia, qualora gli Stati membri desiderino mantenere le strutture di holding esistenti che comportano il gestore dell'infrastruttura, essa propone di introdurre condizioni rigorose a tutela dell'indipendenza del gestore dell'infrastruttura che prevedano una procedura di verifica da parte della Commissione, onde garantire una reale situazione di parità per tutte le imprese ferroviarie".

### **Abstract**

L'articolo si propone di esaminare alcuni aspetti della normativa nazionale e sovranazionale in materia di trasporto ferroviario. Particolare attenzione viene dedicata alle previsioni in tema di clausola di reciprocità e salvaguardia degli obblighi di servizio pubblico nell'ambito del trasporto passeggeri nazionale, nonché alla disciplina generale sui requisiti di indipendenza del gestore della rete rispetto alle imprese esecutrici del servizio. Nello svolgimento viene sottolineato come i suddetti aspetti impediscano attualmente di ritenere perfettamente compiuto il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario, dando in ogni caso atto che il c.d. quarto pacchetto ferroviario presentato dalla Commissione europea, al momento in fase di discussione, sembra prefigurare al riguardo delle possibili soluzioni.

The article aims to examine certain aspects of the national and supranational regulation of the railway transportation (system). Particular attention is given to the provisions related to the reciprocity clause and the protection of the public services obligations in connection with the national passengers transportation (system). The analysis also focuses on the general regulation of the independence requisites of the infrastructure operator against the companies which operate the railway system.

In the course of the present article it is highlighted how the above indicated aspects prevent from considering completely accomplished the liberalization process of the railway system and, in any case, it is acknowledged how the so-called "Forth railway package" presented by the European Commission, which is currently under discussion, seems to find possible solutions.

### **Key words**

Trasporto ferroviario, liberalizzazione, clausola di reciprocità, obblighi di servizi pubblico, modello a holding, requisiti indipendenza del gestore della rete.

Railway transportation system, liberalization, reciprocity clause, public services obligations, holding structure, independence requisites, of the infrastructure operator.

**Raffaello Santagata de Castro**  
Libera circolazione dei servizi  
e diritto del lavoro alla luce  
della più recente giurisprudenza europea

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Libera circolazione dei servizi e mutuo riconoscimento. **3.** La mobilità del lavoro nell'ambito di una prestazione di servizi e l'affermazione del principio del *market access*. **4.** Le ricadute connesse al quartetto *Laval* sul rapporto tra la direttiva 96/71/CE e l'art. 56 del Tfu (il cd. *Verdrängungswirkung*). **5.** *Public procurement* e libera prestazione di servizi: il caso *Bundesdruckerei*. **5.1.** Salario minimo, pubblici appalti e libera prestazione di servizi.

*I. Introduzione*

L'attuale fase espansiva della razionalità economica e dell'efficienza mercantile ha posto negli ultimi anni al centro dell'attenzione la questione dell'impatto del processo di integrazione del mercato interno dei servizi sui sistemi nazionali di diritto del lavoro, oggi tutt'altro che immuni dal gioco delle pressioni concorrenziali.

Già nel corso dell'aspro dibattito che accompagnò l'elaborazione della direttiva sui servizi (2006/123/CE) fu posto chiaramente in evidenza come il completamento di tale processo di liberalizzazione di servizi avrebbe potuto incoraggiare dinamiche di *law shopping* da parte delle imprese, e, per questa via, un tendenziale smantellamento delle norme sociali nazionali. La proposta iniziale di codificare il famigerato principio del paese d'origine nella materia della circolazione dei servizi – emersa nel progetto originario della c.d. direttiva *Bolkestein* – destò allora non poche preoccupazioni, anche a causa del diffuso convincimento che l'imminente allargamento ad est dell'Unione europea avrebbe amplificato le ricadute sociali negative delle liberalizzazioni.

A distanza di ormai dieci anni da quel dibattito, tali preoccupazioni risultano smorzate solo in apparenza, anzi, convivono con il sentimento euroscettico riaccessso dall'aggravarsi della crisi economica e sociale (ed ora dall'epocale flusso di migranti provenienti dal Sud e dall'Est del mondo): ed infatti, a seguito delle notissime decisioni della Corte di giustizia, ribattezzate "quartetto Laval"<sup>1</sup>, lo spettro del *dumping* sociale (e della competizione regolativa) ricompare sulla scena e viene percepito sempre più, specie dalle organizzazioni sindacali presenti negli Stati membri di più antica accessione e con standard normativi e salariali più elevati, come un effetto automatico e consequenziale all'esercizio delle libertà fondamentali del mercato interno comunitario<sup>2</sup>. In particolare, come vedremo, con le sentenze poc'anzi richiamate la Corte, anziché riconoscere ai lavoratori distaccati al seguito di imprese, nel quadro di una prestazione intra-comunitaria di servizi, la parità di trattamento con i lavoratori cittadini dello Stato ospitante, ha consentito a tali imprese di applicare ai propri lavoratori distaccati, per una parte significativa, il diritto dello Stato di provenienza, nel presupposto che tale facoltà sia coesistente al rispetto delle libertà economiche riconosciute dal Trattato.

I prestatori di servizi dei paesi *newcomers* si vedono così riconosciuta un'ampia libertà di sfruttare il vantaggio concorrenziale<sup>3</sup> derivante dall'applicazione degli standard di tutela più blandi del paese di provenienza (almeno fino a quando resterà un divario con quelli dei paesi occidentali)<sup>4</sup>. L'effetto è quello di "far rivivere il principio del paese d'origine nel diritto del lavoro"<sup>5</sup> e favorire un processo di deterritorializzazione dei sistemi di di-

<sup>1</sup> Ci si riferisce alle pronunce del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*; 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*, e 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*.

<sup>2</sup> La documentazione in materia è piuttosto ampia. Il 19 marzo 2010 le parti sociali europee hanno stilato un *Report on joint work of the European social partners on the ECJ ruling in the Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg cases*. Cfr. anche le risoluzioni dell'ETUC, *Achieving social progress in the single market: proposals for protection of fundamental social rights and posting of workers (draft resolution)*, del 7-8 dicembre 2011 e *ETUC response to ECJ judgments Viking and Laval*, del marzo 2008.

<sup>3</sup> Cfr. BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 207-208.

<sup>4</sup> E, come rileva ZOPPOLI L. [*Flexicurity (dir. lav.)*], in *Diritto on line (Treccani)*, 2015] le riforme del mercato del lavoro avviate, nel corso degli anni 2000, dai Paesi dell'Est, hanno ridotto solo in parte le distanze rispetto agli *old members*.

<sup>5</sup> BARNARD, *EU Employment Law*, cit., p. 227.



ritto del lavoro nazionali<sup>6</sup>, innescando in tal modo una “spirale” verso il basso che intensifica le spinte de-regolative<sup>7</sup>.

Peraltro, costituisce ulteriore motivo di perplessità il fatto che in *Rüffert* e, in parte in *Bundesdruckerei*, la Cge, pur pronunciandosi in un contesto così peculiare come quello degli appalti pubblici, si mantenga nel solco delle altre sentenze richiamate, giungendo a ridurre drasticamente lo spazio di cui i Paesi ospitanti possono avvalersi per imporre *standard* di tutela minima alle imprese straniere aggiudicatrici di pubblici appalti nel caso in cui utilizzino per lo svolgimento delle opere lavoratori distaccati. Nella specie, la compatibilità dell'utilizzo delle clausole sociali – un'arma, questa, di fondamentale

<sup>6</sup> DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *LD*, 2011, p. 474. Tra i numerosissimi commenti alle pronunce del quartetto Laval cfr. a titolo esemplificativo anche: BALLESTRERO, *Le sentenze «Viking» e «Laval»: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, pp. 371 ss.; CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *GDLRI*, 2008, pp. 147 ss.; VENEZIANI, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, II, pp. 1281 ss.; ZOPPOLI A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di Giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *DLM*, 2008, pp. 151 ss.

<sup>7</sup> Né l'adozione della proposta di regolamento c.d. Monti II da parte della Commissione [del 21.3.2012, COM (2012)130], né l'approvazione della dir. 67/14/UE del 15 maggio 2014 (c.d. *enforcement*), finalizzata ad attuare e fare ad essa da completamento dir. 96/71/CE sul distacco transnazionale dei lavoratori, sembrano fornire risposte risolutive per fuggire il pericolo del *dumping*. A ben vedere, quest'ultima non riapre le complesse questioni poste dalla dir. 96/71/CE. Che in essa vi sia però del nuovo sembra innegabile. Si pensi, ad esempio, ai criteri per accertare che il distacco sia “genuino” e che il lavoratore svolga “temporaneamente” un'attività lavorativa sul territorio dello Stato ospitante, restando alle dipendenze dell'impresa stabilita all'estero. Si segnalano anche le misure di carattere sostanziale volte a contrastare quella tecnica molto diffusa di *dumping* che si basa sulle c.d. “*letter box companies*” (società fittizie create *ad hoc* in genere nei paesi in cui la normativa previdenziale è meno evoluta, tenendo conto che in questa materia non si applica la regola generale della *lex loci laboris* in base all'art. 14 del Reg. n. 1408/1071 del 2004) ed in particolare l'art. 4, par. 2, della dir. 2014/67/UE, secondo cui, al fine di determinare se l'impresa stabilita all'estero vi eserciti effettivamente “attività sostanziali diverse da quelle puramente interne di gestione e/o amministrazione”, le autorità competenti designate da ciascuno Stato ai sensi dell'art. 2 (in primo luogo gli organismi ispettivi dello Stato ospitante) operano “una valutazione generale di tutti gli elementi fattuali che caratterizzano le attività esercitate da un'impresa nello Stato membro di stabilimento e, ove necessario, nello Stato membro ospitante, tenendo conto di un quadro temporale ampio”. A tal riguardo il legislatore europeo elenca anche gli “elementi fattuali” in base ai quali deve avvenire la verifica in merito all'effettiva presenza dell'impresa distaccante nel territorio di stabilimento (es. il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello da cui sono distaccati, il numero di contratti eseguiti, etc.). Sulla dir. 67/14/UE v. ora anche il testo della *lectio magistralis* tenuta a Caserta il 26 maggio 2015 da FUCHS, *Dove va il diritto del lavoro europeo?* in corso di pubblicazione in questa rivista, 2015, n. 3.

importanza per contrastare gli effetti del *dumping sociale* – con il diritto dell’Ue avrebbe dovuto essere valutata anche alla luce della dir. 2004/18 sugli appalti pubblici (ed ora della dir. 2014/24 che riscrive la dir. 2004/18)<sup>8</sup> in quanto, come vedremo, non può negarsi che tale regime consenta in qualche misura di tener conto di aspetti sociali<sup>9</sup>.

In questo scritto, dopo aver inquadrato, sia pure in estrema sintesi, queste questioni nel più ampio contesto istituzionale di riferimento, focalizzeremo l’attenzione sugli approdi più recenti cui è pervenuta la giurisprudenza europea sull’art. 49, evidenziando le linee di evoluzione più significative impresse al rapporto esistente tra il diritto dell’UE ed il diritto degli Stati membri (cfr. § seg.).

## 2. Libera circolazione dei servizi e mutuo riconoscimento

Come emerge dai documenti preparatori del Trattato di Roma (incluso il rapporto *Spaak*), i padri fondatori dell’Europa avevano ricercato un non facile punto di equilibrio tra la dimensione sociale e le esigenze del mercato europeo. L’obbiettivo perseguito dal Trattato di creare un mercato interno, fondato sulla concorrenza e caratterizzato dalla liberalizzazione degli scambi, non era affatto in contrasto con l’esigenza di preservare la sovranità degli Stati membri nella sfera delle politiche sociali e di lasciare ad essi ampia libertà di azione nella fissazione degli standard economici e normativi.

La tendenziale convergenza delle economie nazionali dei sei Stati membri originari sul piano dei costi rendeva plausibile la prospettiva propugnata dagli epigoni della Scuola ordoliberal<sup>10</sup>: quella cioè basata sull’idea che il

<sup>8</sup> Come suggeriva l’Ag Bot nel caso *Rüffert* (punto 121).

<sup>9</sup> Sull’argomento cfr. KOBERSKI, SCHIERLE, *Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerschutz gewahrt? - Zugleich Besprechung zum Urteil des EuGH v. 3. 4. 2008 – Rs. C-346/06 – Rüffert*, in *RArbeit*, 2008, p. 233, spec. p. 235, ARROWSMITH, KUNZLICH, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, CUP, Cambridge, 2009.

<sup>10</sup> Come scrive JOERGES (*Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process*, in *Comparative Sociology*, 2010, pp. 65) “The ordo-liberal school reconstructed the legal essence of the European project as an “economic constitution” which was not in need of democratic legitimacy. The freedoms guaranteed in the EEC Treaty, the opening up of national economies and anti-discrimination rules, and the commitment to a system of undistorted competition were interpreted as a quasi-Schmittian “decision” that supported an economic constitution and also conformed with ordoliberal conceptions of framework conditions for a market economy”.

funzionamento del mercato interno avrebbe spontaneamente assicurato un miglioramento della qualità e del livello di vita ed un'armonizzazione "verso l'alto" dei sistemi sociali, la quale, dunque, avrebbe dovuto essere una conseguenza, non già un prerequisito, dell'integrazione dei mercati.

Per questa ragione nell'originario assetto costituzionale, imperniato su una separazione funzionale tra la sfera del diritto del mercato interno e quella sociale riservata alla sovranità degli Stati membri<sup>11</sup>, l'esigenza di garantire un'armonizzazione dei sistemi sociali e di eliminare le discrepanze tra le normative degli Stati membri veniva avvertita in misura assai limitata (in particolare quando i differenziali salariali sono fondati sul sesso).

Le politiche armonizzatorie della CEE adottate verso la fine degli anni '70 del secolo passato divergono solo in parte dalla filosofia di fondo che ha ispirato la costruzione comunitaria: queste, infatti, pur intaccando in qualche modo la purezza del modello teorico ordoliberal (e in particolare la scelta astensionista sul piano delle politiche sociali), hanno una portata ben circoscritta e sono essenzialmente orientate ad eliminare quella specifica distorsione alla concorrenza che è rappresentata dal *dumping* sociale, particolarmente preoccupante in un periodo di crisi economica; non a caso Massimo D'Antona parlava di armonizzazione "funzionalista".

Solo a partire dalla seconda metà degli anni '80 si intravede un vero e proprio cambiamento di paradigma che mette in crisi l'originario equilibrio concepito dai Trattati istitutivi: da un lato, la strada dell'armonizzazione sociale "per direttive" mostra ben presto le sue criticità, lasciando gradualmente il posto a nuove tecniche regolative, dall'altro, si realizza un profondo ripensamento degli obbiettivi e degli strumenti di azione del processo integrativo.

C'è chi individua un *turning point* nel Libro Bianco di Delors del 1985<sup>12</sup> che nell'intento di superare il lungo periodo di stagnazione economica, punta a rafforzare la competitività europea, favorendo l'"istituzionalizzazione di una logica di razionalità economica". Da questo momento in poi, a fronte delle mutate esigenze del processo di integrazione, si assiste ad un rafforza-

<sup>11</sup> Si consideri che per lungo tempo "i temi di politica del lavoro, e sociale in generale, hanno mantenuto un prevalente rilievo interno nelle arene politiche nazionali" come osserva testualmente D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in RGL, 1994, p. 698. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito che si sviluppò all'epoca dell'istituzione della Cee sugli aspetti sociali dei problemi della cooperazione economica cfr., tra gli altri, FUCHS, MARHOLD, *Europäisches Arbeitsrecht*, Verlag Österreich, 2014, p. 6.

<sup>12</sup> JOERGES, *op. cit.*, p. 65.

mento dei paradigmi di razionalità economica e alla loro progressiva “infiltrazione” nella sfera dei diritti sociali e del lavoro nazionali<sup>13</sup>.

Tale processo viene favorito anche dalla graduale affermazione da parte della Corte di giustizia, nel campo delle libertà economiche fondamentali, del nuovo approccio, più liberale, basato sul principio del mutuo riconoscimento (o di equivalenza) ed elaborato originariamente nel campo della libera circolazione delle merci (sentenza *Cassis de Dijon*)<sup>14</sup>. È con la sentenza *Säger*<sup>15</sup> che i giudici di Lussemburgo estendono per la prima volta tale approccio alla circolazione dei servizi, affermando che l’art. 59 del Trattato prescrive “*non solo l’eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi*”.

In tal modo la Corte introduce “una presunzione relativa di incompatibilità” con il Trattato delle normative nazionali restrittive<sup>16</sup>, chiarendo che limiti alla libera prestazione di servizi sono ammissibili solo laddove le norme nazionali siano giustificate da “ragioni imperative di interesse generale” e rispettino il generale criterio di proporzionalità e di “obbiettiva” necessità<sup>17</sup>.

Si realizza così, almeno in astratto, una totale inversione della logica che presiede al funzionamento del mercato interno dei servizi: il *test* antidiscriminatorio posto dal c.d. principio del trattamento nazionale<sup>18</sup> che costituisce un criterio preminente nel campo della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei lavoratori, cede il passo, nell’ambito in esame, all’approccio centrato sul principio del libero accesso al mercato comune (c.d. *market access*).

<sup>13</sup> GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza fra imprese nell’ordinamento dell’Unione Europea*, in *GDLRI*, 2010, p. 509 ss.

<sup>14</sup> GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012, p. 40.

<sup>15</sup> C. Giust. 25 luglio 1991, *Säger*, causa C-76-90, in *Racc. CG*, 1991, p. I-4221.

<sup>16</sup> MASTROIANNI, *La libera prestazione di servizi*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 264.

<sup>17</sup> Punto 15.

<sup>18</sup> Il diritto al pari trattamento è garantito direttamente dal Trattato che riconosce al prestatore la libertà di spostarsi per esercitare a titolo temporaneo la propria attività nello Stato membro dove la prestazione deve essere fornita “*alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini*” (art. 57 Tfu).

L'effetto è quello di sottoporre ad un giudizio di sindacabilità più ampio e stringente qualsiasi misura nazionale e, tra queste, anche quelle in materia di lavoro, volta ad ostacolare, anche solo potenzialmente, la libertà riconosciuta dall'art. 56 del TFUE, a prescindere da qualsiasi discriminazione<sup>19</sup>. Con tale approccio peraltro si prescinde da un confronto tra la posizione dei prestatori di servizi straniero e nazionale al fine di verificare se il primo sia soggetto ad oneri maggiori di quelli dello Stato ospitante: si considera infatti solo la restrizione che la normativa nazionale produce per il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, non quella (che essa produce) sul prestatore nazionale<sup>20</sup>. Ciò crea i presupposti per un tendenziale spostamento della competenza regolativa sul Paese d'origine (ppo), che viene a configurare un regime differenziato rispetto a quello applicabile, in generale, al lavoratore migrante al quale deve essere garantito lo stesso trattamento del lavoratore nazionale previsto nello Stato di accoglienza in base alla *lex loci laboris*<sup>21</sup>. Insomma l'espansione dell'approccio del *market access* getta le basi affinché “*la logica della concorrenza tra ordinamenti (possa entrare) a vele spiegate nei territori occupati dai diritti del lavoro nazionali*”<sup>22</sup>. Per cui un prestatore di servizi straniero, solo in quanto straniero, potrebbe essere legittimato a richiedere che il diritto del lavoro dello Stato ospitante sia disapplicato in suo favore, adducendo che l'imposizione di tale normativa al personale assunto in quello Stato (specie se caratterizzata da alti standard di protezione) costituisce una “restrizione” ai sensi dell'art. 56<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle “attività autonome”*, in NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 37

<sup>20</sup> Lo fa notare BARNARD, *Employment rights, Free Movement under the EC Treaty and the Service Directives*, in RÖNNMAR (ed.), *National Industrial Relations vs EU Industrial Relations*, Kluwer, 2008, p. 5 del paper.

<sup>21</sup> GIUBBONI, *Diritti e solidarietà*, cit., p. 119. V. anche BARNARD, *Employment rights*, cit., p. 4, la quale pone in rilievo come con riferimento all'esempio della legge sul salario minimo l'adozione di un giudizio di illegittimità basato sulla discriminazione consente di sanzionare solo quei requisiti regolativi imposti dallo Stato di destinazione che siano in contrasto con il divieto di misure restrittive, mentre, viceversa, mantiene integra la libertà dello Stato ospitante di prescrivere una regolazione sul minimo salariale a livello nazionale.

<sup>22</sup> GIUBBONI, *Diritti e solidarietà*, cit., p. 52; CARABELLI, *Una sfida determinante*, cit., pp. 33 e ss.

<sup>23</sup> DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti*, cit., p. 471, che richiama il caso C-255/04 *Commission v. France* (artisti dello spettacolo) [2006] ECR I-000, § 38, nella quale la Corte di giustizia sembra sostenere che costituisce una restrizione anche soltanto l'applicazione di standard normativi del lavoro che impongano costi sui datori di lavoro o sui lavoratori provenienti da un altro Stato membro.

Peraltro, è pur vero che i percorsi giurisprudenziali della Cge appaiono ancora incerti e, per certi versi, contraddittori: ed infatti non va trascurato che la Corte di giustizia, pur avendo adottato l'approccio del *market access*, da tempo include la "tutela del lavoro" nel novero delle "ragioni imperative di interesse generale" che possono giustificare restrizioni alla libera prestazione di servizi, attribuendo sovente alla stessa una ampia accezione: in tal caso, la libera circolazione dei servizi si arresta anche se, a rigore, si viene a configurare un "ostacolo" con tale regime.

Basterà richiamare la fondamentale sentenza *Webb*, nella quale la Corte, ponendo in rilievo la necessità di un'autorizzazione del lavoro temporaneo, afferma che per gli Stati membri è lecito e "costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se esiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai *buoni rapporti sul mercato del lavoro* o se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti. Tenendo conto, da un lato, delle differenze che possono sussistere, quanto alla situazione sul mercato del lavoro, fra uno Stato membro e l'altro e, dall'altro, dei diversi criteri di valutazione applicati a questo genere di attività, non è possibile negare allo Stato membro destinatario della prestazione il diritto d'imporre agli stranieri l'obbligo di munirsi di una licenza, rilasciata in base agli stessi criteri vigenti per i cittadini".

Da tale decisione emerge chiaramente come la Corte non si limiti a considerare solo gli interessi dei lavoratori coinvolti nello specifico caso del distacco, ma anche, più in generale, le ragioni di difesa del mercato nazionale del lavoro ("condizioni floride nel mercato del lavoro"). E lo stesso traspare anche da altre pronunce successive, nelle quali – come vedremo meglio nei §§ segg. – si riconosce, sia pure incidentalmente, come la tutela retributiva dei lavoratori distaccati sia inscindibilmente connessa anche alla difesa delle imprese nazionali e all'obbiettivo di contrasto (o di prevenzione) dal *dumping*<sup>24</sup>. Ebbene, proprio l'esame di questi precedenti giurisprudenziali – nei quali l'intento protezionistico sembra confondersi con gli obiettivi garantistici – suggerisce di rivalutare una lettura "socialmente orientata" del tema in esame, che sia in grado di valorizzare le potenzialità sociali del diritto

<sup>24</sup> C. Giust., 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa* ma anche, 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*, punti 41-42.

dell'UE e di creare un antidoto ai rischi conseguenti ad una concorrenza regolativa al ribasso.

3. *La mobilità del lavoro nell'ambito di una prestazione di servizi e l'affermazione del principio del market access*

La fattispecie del distacco dei lavoratori intra-Ue offre un campo privilegiato per osservare le linee evolutive che caratterizzano il rapporto tra il diritto del mercato interno (in particolare nel settore della libera circolazione dei servizi) e le istanze di preservazione dei diversi sistemi nazionali di diritto del lavoro. Ed infatti se l'espansione dell'approccio del *market access* ha avuto l'effetto di attrarre il diritto del lavoro nel campo della competizione regolativa e della pratica del *law shopping*, il distacco, come s'è giustamente osservato, ne è divenuto "il principale veicolo". Ciò, ove si consideri che la giurisprudenza comunitaria, con le ben note e più volte richiamate sentenze, ammette che le imprese, nell'esercizio della libera prestazione di servizi, siano legittimate ad applicare ai lavoratori distaccati, per una parte significativa, le disposizioni lavoristiche del loro paese di provenienza e dunque ad invocare la presunta illegittimità di quelle del paese di destinazione se esse si traducono in un potenziale ostacolo alla libertà economica tutelata dall'art. 56 del Tfu.

Questa lettura, orientata decisamente ad espandere gli spazi della libertà di prestazione dei servizi, sembra ribaltare l'impostazione adottata originariamente dalla Cge con la celeberrima sentenza *Rush Portuguesa* del '90: in tale occasione, com'è noto, la Cge non aveva dubitato che una presunzione in favore dell'applicazione territoriale del diritto del lavoro fosse compatibile con l'art. 56 del Tfu, lanciando così un segnale rassicurante ai Paesi con salari elevati, come la Germania, che ospitando una gran quantità di lavoratori distaccati da imprese straniere mediante forme di mobilità veicolate attraverso la libertà di servizi, aspirano ad imporre loro le stesse condizioni di lavoro applicate ai lavoratori nazionali in modo da porre i propri sistemi giuslavoristici al riparo dai rischi di *dumping*.

In particolare, in uno dei passaggi più controversi della pronuncia<sup>25</sup>, la

<sup>25</sup> BARNARD, *Employment rights*, cit., p. 10 del WP. Si tratta di un'affermazione *ultra petitem*, nella quale alcuni hanno intravisto "una sorta di parziale riproposizione all'interno dell'art. 49, del principio paritario sancito dall'art. 39". LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi «Laval» e «Viking»*, in *LD*, 2008, pp. 62 ss. V. anche

Corte, lasciando agli Stati una sorta di delega in bianco, apparentemente generale, afferma che il diritto comunitario “non osta a che” gli Stati ospitanti estendano “l’applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro”.

La Cge deve essere pervenuta a tale conclusione dopo essersi resa conto che la sua decisione la esponeva inevitabilmente all’accusa di aver disatteso il principio di uguaglianza; e ciò in considerazione del fatto che essa giunge per la prima volta a “disaggregare” le fattispecie di mobilità oltre confine e ad inquadrare quella del distacco nell’alveo concettuale della libera circolazione dei servizi<sup>26</sup>, riconoscendo dunque che la base giuridica non è più costituita dall’art. 45 del TFUE e dal principio di parità di trattamento in base alla legislazione del paese ospitante, bensì dall’art. 56 del TFUE così come interpretato dalla giurisprudenza europea. Il che significa che le forme di mobilità della manodopera oltre confine, anche quelle temporanee o stagionali, non possono più rientrare, tutte indistintamente, all’interno della stessa cornice regolativa, ossia l’art. 39, dovendosi distinguere, a partire da *Rush*, a seconda che siano i lavoratori, individualmente e singolarmente, a scegliere di spostarsi da un paese all’altro ed accedere al mercato del lavoro del paese temporaneamente ospitante (mobilità *verso* l’impiego), o che la mobilità si realizzi al seguito di un’impresa e dunque nel quadro di una prestazione di servizi ai sensi degli art. 49 e ss. (mobilità *all’interno* dell’impiego)<sup>27</sup>. L’intento sotteso a questa operazione è chiaro: è come se la Corte abbia voluto riaffermare l’idea che la nostra Europa resta ancora principalmente un’Europa dei mercanti, nella quale, le libertà economiche restano ancora i pilastri del Trattato, e ciò, nonostante la crescente

HOUWERZIJL, *European Union law and Dutch labour law: The employment protection of posted temporary services workers*, in [isssl.org/wp.../NetherlandsEnglish-Houwerzijl.pdf](http://isssl.org/wp.../NetherlandsEnglish-Houwerzijl.pdf) secondo cui “Thus, host states may insist that all or a part of their national employment regulations and extended collective agreements must be applied to posted workers if such regulations and collective agreements are also applicable to domestic workers. With this ‘employment-conditions-of-the-host-state-principle’ the ECJ gave Member States the possibility (but did not oblige them!) to insist on equal treatment between posted and domestic workers on their territory”. Secondo Davies (*The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *ILJ*, 2002, p. 298) vi sarebbe “a basic error of the craft of the judicial decision-making”, in quanto la Cge non avrebbe dovuto necessariamente pronunciarsi sul punto.

<sup>26</sup> Operazione assai criticata da ultimo da GIUBBONI, *Diritti e solidarietà*, cit., *passim*, secondo cui essa “non risponde ad alcuna necessità ‘ontologica’”.

<sup>27</sup> Ad es. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 108.



“fertilità sociale” dell’ordinamento europeo<sup>28</sup>. In definitiva, il principio a cui la Corte si richiama è quello che l’ha sempre guidata, ossia l’abolizione delle restrizioni in grado di ostacolare l’esercizio delle libertà fondamentali, ma in tal modo il giudice europeo inevitabilmente sottovaluta l’enorme carica umana dei problemi a cui dà luogo, anche in questo caso, la mobilità dei lavoratori. Ad ogni modo, l’inquadramento delle forme di mobilità *all’interno* dell’impiego nell’orbita dell’art. 56 del Tfuè rappresenterà un punto fermo nella successiva giurisprudenza della Corte, come confermato dal fatto che quando, in occasione della adozione della Direttiva 96/71/CE, si pone il problema di scegliere la base giuridica più adeguata di tale normativa, il legislatore europeo, sulla scia di quanto affermato nella sentenza *Rush*, non esiterà a fare ricorso alla disposizione del Trattato che riconosce la libera prestazione dei servizi.

Nelle pronunce seguite a *Rush*, la Cge, passando da un approccio basato sul test discriminatorio ad una posizione più liberale (*market access*)<sup>29</sup>, elabora anzitutto un test assai rigoroso per valutare la legittimità di una normativa nazionale di diritto del lavoro, considerata restrittiva ai sensi dell’art. 56 del Tfuè, che lo Stato membro ospitante intende applicare alle imprese straniere che distaccano propri dipendenti nel suo territorio. Si tratta di compiere una valutazione articolata in quattro passaggi e verificare in particolare: (a) se l’applicazione delle normative nazionali dello Stato membro ospitante ai prestatori di servizi possa vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le prestazioni di servizi, come ad esempio nel caso in cui essa “comporta spese nonché oneri amministrativi ed economici supplementari”<sup>30</sup>; (b) se la legittimità di una misura nazionale restrittiva prevista dallo Stato ospitante possa giustificarsi sulla base di *ragioni imperative d’interesse generale* posto che tra esse si ritiene possa rientrare anche “la tutela dei lavoratori”, oltre che la difesa dai rischi di *dumping* sociale<sup>31</sup>; (c) se i lavoratori dello Stato membro in cui ha sede il datore di lavoro “godano della stessa tutela, o di una tutela sostanzialmente analoga”<sup>32</sup>; (d) se, alla luce del *test* di proporzionalità, la restrizione

<sup>28</sup> Cfr. in tale ottica anche i rilievi di WEISS, *The Future of European Labour Law*, Ca’ Foscari International Lecture, pubblicata su *youtube*.

<sup>29</sup> DAVIES, *The Posted Workers Directive*, cit., p. 301.

<sup>30</sup> C. Giust., 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, punto 24.

<sup>31</sup> C. Giust., 19 gennaio 2006, C-244/04, *Commissione c. Germania*, punto 61.

<sup>32</sup> C. Giust., 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*; 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 53, 54, 98, 98, 98, *Finalarte*.

introdotta dalla normativa lavoristica interna sia adeguata allo scopo e non vada oltre quanto è necessario per il raggiungimento di esso<sup>33</sup>.

Il test non è privo di incongruenze. Con riferimento al punto b) si è acutamente osservato come sia alquanto paradossale che la giustificazione della legittimità di una normativa nazionale imposta dallo Stato ospitante debba dipendere dalla circostanza che essa tuteli i *posted workers*: a rigore, dovrebbe essere lo Stato di provenienza a pretendere che siano garantiti ai “propri” lavoratori gli standard di tutela dello Stato ospitante, essendo costoro destinati a tornare, prima o poi, nel loro mercato d’origine<sup>34</sup>. Ma anche l’uso del criterio centrale di cui alla lett. c) pone non poche perplessità proprio in quanto – al di là delle incertezze che derivano dalla comparazione tra la normativa dello Stato ospitante e quella dello Stato membro in cui ha sede il datore di lavoro (comparazione richiesta per verificare se la tutela già esiste e lasciata in genere al giudice nazionale)<sup>35</sup> – in base a tale criterio la Corte, al contrario di quanto accade nel caso delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori e sulla libertà di stabilimento, presume in sostanza l’applicabilità della normativa del paese d’origine e, come s’è detto, considera solo la re-

<sup>33</sup> C. Giust., *Wolff & Müller*, cit., punto 34, 24 gennaio 2002, causa C164/99, Portugaia Construções, punto 19; *Mazzoleni*, cit., punti 34, 40 e 41.

<sup>34</sup> Come fa notare ancora DAVIES, *The Posted Workers Directive*, cit., p. 301.

<sup>35</sup> Al riguardo appare emblematico il caso *Mazzoleni*, nel quale la Corte, pur ribadendo che “il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga ad un’impresa stabilita in un altro Stato membro che effettui una prestazione di servizi nel territorio del primo Stato membro di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato”, afferma che, in talune circostanze, occorre verificare se l’applicazione di siffatte normative sia necessaria e proporzionata rispetto allo scopo perseguito, vale a dire la tutela dei lavoratori interessati. Nella specie tale valutazione si era resa necessaria in quanto nel corso di un controllo, effettuato dall’Ispettorato competente del Paese di destinazione (Belgio), era emerso, tra l’altro, che la retribuzione base mensile applicata dall’impresa francese a lavoratori, occupati a tempo parziale e distaccati in Belgio per brevi periodi, era inferiore rispetto al salario minimo previsto in Belgio. La Corte, per un verso, suggerisce che l’applicazione della normativa belga relativa alle retribuzioni minime può comportare “oneri amministrativi supplementari sproporzionati che implicano, se del caso, il calcolo, ora per ora, dell’adeguata retribuzione di ciascun dipendente a seconda che egli abbia o meno, durante il suo lavoro, attraversato la frontiera di un altro Stato membro”, per altro verso, ritiene che l’obbiettivo di tutela perseguito può essere considerato raggiunto se tutti i lavoratori interessati fruiscono di una situazione equivalente nel suo complesso con riguardo alle retribuzioni, al fisco e agli oneri previdenziali nello Stato membro ospitante e nello Stato membro di stabilimento (e viene garantito dunque ai dipendenti di detti prestatori di servizi lo stesso livello di tutela sociale che si applica sul suo territorio ai lavoratori dello stesso settore). Cfr. il punto 35.

strizione che la normativa nazionale produce per il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, non invece quella (che essa produce) sul prestatore nazionale<sup>36</sup>.

4. *Le ricadute connesse al quartetto Laval sul rapporto tra la direttiva 96/71 e l'art. 56 del Tfue (il cd. Verdrängungswirkung)*

Come è noto, la principale questione che ha impegnato a lungo la Corte di giustizia (ma a dire il vero anche le Corti ed i legislatori nazionali ed ora anche il Comitato economico e sociale) riguarda l'individuazione, alla luce del test di proporzionalità, del *quantum* di protezione che il paese di destinazione è tenuto a fornire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi; questione, questa, che, come vedremo tra poco, induce ad interrogarsi anche sul rapporto tra fonti di rango diverso, ossia tra la direttiva ed il Trattato.

L'interrogativo che si pone è se le aree individuate nell'art. 3.1 della direttiva 96/71 – quale “nocciolo duro” di tutela imperativa (minimi retributivi, periodi massimi e minimi di riposo, durata minima delle ferie, condizioni di cessione temporanea del lavoratore, salute e sicurezza, tutela di donne e minori e divieto di discriminazione) – siano previste in modo tassativo oppure definiscano soltanto un nucleo minimo di tutele applicabili ai lavoratori distaccati alla stregua del diritto del lavoro dello Stato membro di destinazione.

Nel *leading case Laval* e nelle sentenze successive la Corte, respingendo gli argomenti portati a sostegno di questa seconda possibile lettura e muovendosi nel segno di una forte enfattizzazione delle libertà economiche, ha chiarito che il livello di tutela previsto dall'art. 3, n. 1 a favore dei lavoratori distaccati costituisce un tetto massimo. In tal modo i giudici di Lussemburgo hanno preferito puntare a salvaguardare le istanze dei prestatori di servizi stranieri, tenendo conto, infatti, che questi vedrebbero compromessa la possibilità di sfruttare il vantaggio competitivo derivante dall'applicazione di standard più blandi laddove fossero tenuti al rispetto della normativa di diritto del lavoro nella sua interezza (si pensi al caso assai discusso della disciplina sui licenziamenti).

Eppure, tale interpretazione minimalista non era affatto inevitabile, nella misura in cui, argomentando dalla previsione di cui all'art. 3.7 della dir.

<sup>36</sup> BARNARD, *EU Employment Law*, cit., p. 215.

96/71/CE, si sarebbe potuto ritenere, viceversa, più plausibile che l'art. 3.1 preveda un “*floor*” di tutela minima tale da consentire allo Stato di destinazione di imporre condizioni più elevate che vanno al di là di tali norme imperative, purché soggette al “*ceiling*” dell'art. 56 Tfu<sup>37</sup>. Non a caso su tale norma si era soffermato anche l'Ag Bot in *Rüffert* ravvisando in essa la “regola di legittimazione delle misure di ‘protezione nazionale rinforzata’, che è la sola in grado di erigere un’adeguata difesa contro il *dumping* sociale lasciando alla contrattazione collettiva dello Stato ospitante (entro il perimetro tracciato dai parr. 1 e 10) la necessaria libertà di manovra nella fissazione, ovviamente verso l’alto, degli standard di tutela dei lavoratori nazionali e distaccati”<sup>38</sup>.

Nel celebre quartetto *Laval* la portata dell'art. 3.7 esce invece fortemente ridimensionata, al punto che il campo di applicazione di tale norma viene circoscritto – a parte il caso in cui l’impresa sottoscrive volontariamente un contratto collettivo – alla sola ipotesi in cui la normativa o la contrattazione collettiva dello Stato di origine garantiscono un trattamento più favorevole rispetto a quello dello Stato ospitante (si pensi ad un’impresa tedesca che imponga il diritto del lavoro tedesco ai propri lavoratori distaccati in Polonia)<sup>39</sup>.

La Corte, pur non dubitando – come s’è visto – che l'art. 3, n. 1 serva a definire un tetto massimo di tutela praticabile a favore dei lavoratori distaccati, come si è accennato, non risolve in modo chiaro l’altra cruciale questione, connessa al *quantum* di protezione, cui è chiamata a decidere, ossia quella del rapporto che intercorre tra la direttiva ed il Trattato.

Si trattava di vagliare tre possibili ipotesi interpretative: (a) in primo luogo, considerare la dir. in esame una misura di armonizzazione esaustiva delle regole in modo da riservare in ogni caso alla Direttiva stessa la prima e l’ultima parola per poter dare concretezza alle previsioni del Trattato, ovvero (b) ritenere che le previsioni dello Stato ospitante debbano essere valutate non solo in rapporto alle disposizioni della Direttiva ma anche a quelle di diritto primario, o ancora (c) ritenere che la direttiva abbia armonizzato le regole in alcune materie, lasciando peraltro in tali materie (e soltanto in queste) uno spazio di autonomia per applicare il diritto nazionale ed il test *ex art. 56* del Tfu.

Il vantaggio connesso al primo approccio, che la letteratura anglosassone ha definito efficacemente “*one bite of the cherry approach*”<sup>40</sup>, sarebbe duplice:

<sup>37</sup> Lo ricorda anche BARNARD, *EU Employment Law*, cit., p. 224.

<sup>38</sup> GIUBBONI, *Diritti e solidarietà*, cit., *passim*.

<sup>39</sup> *Laval*, cit., punto 81; v. anche *Rüffert*, cit., punto 33.

<sup>40</sup> Cfr. ora BARNARD, *More Posting*, in *ILJ*, 2014, p. 194, spec. 197 e ss.

da un lato, quello di consentire che sulla questione si possa pronunciare il legislatore europeo (e dunque un'istituzione democraticamente eletta), dall'altro, di garantire certezza giuridica in quanto il presupposto è che si applichi solo ed esclusivamente la direttiva senza la necessità di sottoporre una data misura nazionale ad un ulteriore test di proporzionalità<sup>41</sup>. Tale approccio, tuttavia, è in contrasto con la relazione gerarchica che si configura tra fonti di diverso livello. Da questo punto di vista esso si differenzia nettamente dal secondo approccio, che, viceversa, pur essendo compatibile con l'assetto gerarchico delle fonti europee, non consente di stabilire con chiarezza *ex ante* se una norma nazionale sia o no legittima.

Da alcuni passaggi presenti in *Rüffert* sembrerebbe trasparire l'intenzione della Corte di aderire al primo approccio: ciò specie allorquando i giudici affermano che la propria interpretazione della dir. 96/71/CE “è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 CE, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”<sup>42</sup>.

Tuttavia, come ora vedremo, in ordine alla questione della scelta del modello adottato, la Corte assume una posizione tutt'altro che netta ed univoca. Riprendendo la tripartizione elaborata di recente dalla dottrina anglosassone e tenendo conto dei più recenti orientamenti della giurisprudenza europea, sembra possibile articolare la risposta a tale questione a seconda che si sia dinanzi a: (a) materie che costituiscono oggetto di un'armonizzazione esaustiva; (b) materie in cui il legislatore europeo non opera tale armonizzazione; (c) materie che, pur non costituendo oggetto di direttive di armonizzazione, ricadono nell'ambito della dir. 96/71/CE<sup>43</sup>.

L'esistenza di un ambito di (a) materie in relazione alle quali la normativa europea contenuta in una direttiva si pone come normativa finale, e come tale in grado di sostituirsi alle disposizioni di diritto primario, sembra confermata da alcune significative decisioni della Cge. In particolare la Cge ha ritenuto che un effetto sostitutivo di questo tipo (definito dagli autori tedeschi *Verdrängungswirkung*) si verifica in un caso relativo all'autorizzazione dei medicinali<sup>44</sup>: se un medicinale, per accedere al mercato di un altro Stato

<sup>41</sup> BARNARD, *More Posting*, cit., p. 198.

<sup>42</sup> Cfr. *Rüffert*, cit., punto 36.

<sup>43</sup> BARNARD, *More Posting*, cit.

<sup>44</sup> A titolo esemplificativo, EHLERS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Beck, München, 2009, § 7 Rn. 8.

membro, deve essere autorizzato in base alle norme di quest'ultimo ed in base ad una direttiva europea, ma non viene autorizzato, secondo la Corte, non occorre più esaminare se la normativa nazionale è in contrasto con la libera circolazione delle merci<sup>45</sup>.

Lo stesso discorso vale nel caso della dir. 96/71/CE: è significativo che in *Laval* la Corte escluda, al punto 70, che il sindacato svedese possa invocare l'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della direttiva 96/71/CE per giustificare un obbligo, a carico dei prestatori di servizi stranieri, di riconoscere retribuzioni al di sopra di quelle minime, retribuzioni che del resto non sono determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva. Peraltro, in un passaggio successivo, la Corte, pur ritenendo "ancora necessario valutare, nel prosieguo della presente sentenza, gli obblighi derivanti per le imprese stabilite in un altro Stato membro da un simile sistema di determinazione delle retribuzioni alla luce dell'art. 49 CE" (punto 72), in concreto, mostra di riconoscere che, con riferimento alle condizioni di lavoro e di occupazione, spetta alla Direttiva di dare la prima e l'ultima parola, e pertanto la valutazione delle misure nazionali può essere effettuata in rapporto con la stessa, e non anche con le disposizioni del Trattato. Ciò vale anche nei casi in cui la materia fuoriesca dall'elenco di cui all'art. 3.1 oggetto di direttive di armonizzazione: qui, come chiarito anche dalla sentenza *Commissione c. Lussemburgo*<sup>46</sup>, la possibilità di applicare standard di tutela superiori può ammettersi solo se lo Stato interessato dimostri che la disposizione contestata indossi una corazza adeguata per resistere, ossia abbia natura di "ordine pubblico", nozione da intendere in senso restrittivo.

Quanto invece alle aree che non costituiscono oggetto di un'armonizzazione esaustiva, esse vengono sottoposte ad una valutazione alla luce non della direttiva, bensì dell'art. 56 del Tfu. Ad un simile giudizio è stata in particolare assoggettata in *Laval* l'azione collettiva – materia, questa, che non rientra nell'espressione "condizioni di lavoro e di occupazione" – nella specie intrapresa, come noto, dalle organizzazioni sindacali svedesi (punti 85-110). Anche la regola che impone di conservare sul luogo di lavoro specifici documenti tradotti nella lingua del paese ospitante ovvero l'obbligo imposto alle imprese di servizi di registrarsi ed avere un ufficio nello Stato ospitante

<sup>45</sup> C. Giust., 11 dicembre 2003, C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*.

<sup>46</sup> C. Giust., 19 giugno 2008, *Commissione c. Lussemburgo*, C-319/06, punto 50; 14 ottobre 2004, C36/02, *Omega*, punto 30.

sono ugualmente soggetti alla sola valutazione in rapporto alle disposizioni primarie del Trattato<sup>47</sup>.

Infine, esiste una terza possibilità giacché il legislatore europeo, in taluni casi, pur occupandosi di materie – quali quelle rientranti nelle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro – in relazione alle quali impone venga definito un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima (cui deve attenersi nello Stato ospitante il datore di lavoro che distacca dipendenti), non ha armonizzato il contenuto sostanziale di tali norme vincolanti di protezione minima, lasciando, dunque, agli Stati membri la libertà di scegliere, a livello nazionale, detto contenuto.

Sotto questo profilo si può richiamare l'art. 3.1, co. 2, della dir. 96/71 che fa espresso rinvio, per determinare le tariffe minime salariali di cui al primo comma dello stesso paragrafo 1, ai fini della medesima direttiva, alla legislazione o alla prassi nazionale dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato. Come ha constatato la Cge *“di per sé la direttiva 96/71 non fornisce alcun elemento per definire in modo sostanziale il salario minimo. La definizione di quali siano i suoi elementi costitutivi, per l'applicazione di tale direttiva, rientra pertanto nell'ambito del diritto dello Stato membro interessato, fermo restando solo che tale definizione, come risulta dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali o dall'interpretazione che ne danno i giudici nazionali, non può avere l'effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri”*<sup>48</sup>. Pertanto con riguardo a tale area – che non costituisce oggetto di un'armonizzazione esaustiva – il diritto nazionale è sottoposto certamente ad una valutazione alla luce delle norme del Trattato. Il rapporto tra l'area oggetto di armonizzazione esaustiva e le norme di diritto nazionale è stato descritto visivamente con l'immagine della ciambella: nella quale la prima area sarebbe inclusa nel bordo in quanto rappresenta quella in cui trova applicazione solo la direttiva, mentre il diritto nazionale, rispetto al quale è consentito il test di proporzionalità in base al Trattato, ricadrebbe nel buco collocato in mezzo. Si tratta di un'immagine assai efficace per descrivere come, in base all'ap-

<sup>47</sup> C. Giust., 18 luglio 2007, *Commissione c. Germania*, C-490/04; 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*; 21 gennaio 2010, C-546/07, *Commissione c. Germania*.

<sup>48</sup> Cfr. C. Giust. 7 novembre 2013, C-522/12, *Isbir*. Tale principio viene ribadito di recente da C. Giust. 12 febbraio 2015, C-393/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*. La pronuncia ha origine da un ricorso presentato da un sindacato finlandese, che rappresenta in giudizio 186 lavoratori dipendenti da un'impresa polacca, e distaccati in una succursale in Finlandia, al fine di recuperare, a favore di essi, taluni crediti salariali attinenti al salario minimo.

proccio seguito tendenzialmente dalla Cge, vi sarebbero due aree soggette a campi di applicazione paralleli (direttiva e Trattato) ed in nessun caso sarebbe ipotizzabile, per così dire, “*un secondo morso alla ciliegia*”.

Ora, sebbene la direttiva 96/71 rimetta, come s'è detto, al diritto dello Stato membro ospitante il compito di occuparsi della questione definitoria, qual è quella della determinazione del contenuto sostanziale del salario minimo (cioè quali elementi retributivi debbono essere considerati tale), non sembra che questa scelta operata dal legislatore europeo – coerente con l'esclusione di competenza che l'art. 153 Tfeue sancisce anche con riguardo alla retribuzione – abbia sinora prodotto gli esiti paradossali paventati da Catherine Barnard, quando afferma che “*the more host States insist that what constitutes pay is a matter of national law and a question of national competence (in other words the bigger the hole in the doughnut), the more of their decisions are likely to be subject to review under Article 36 EEA/56 TFEU and so may be found to contravene the Treaty*”.

Tale rischio sembra in qualche misura ridimensionato dalla Cge che cerca di impedire che gli Stati possano determinare unilateralmente le prestazioni da considerare imputabili all'obbligo di pagare la tariffa salariale minima, individuando alcuni criteri in base ai quali intendere tale nozione. In *Commissione c. Lussemburgo* ha ritenuto che i meccanismi di indicizzazione dei salari fossero da considerare altra cosa rispetto al salario minimo. In un altro caso ha escluso che i compensi versati per attività pericolose o disagiate potessero essere inclusi nel calcolo della retribuzione, affermando che “le maggiorazioni e i supplementi, che (...) modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore, da un lato, ed il corrispettivo percepito, dall'altro, non possono essere considerati, a termini delle disposizioni della direttiva 96/71, come componenti di tal genere”<sup>49</sup>. Infine, in *Isbir*, ha ritenuto che non potessero assimilarsi al salario propriamente detto le prestazioni contemplate dal *Vermögensbildungsgesetz* che, in base alla volontà delle parti contrattuali e del legislatore nazionale, sono intese a contribuire alla creazione di un patrimonio nella disponibilità dei lavoratori, come ad esempio il contributo ad un'assicurazione sulla vita a capitalizzazione<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> C. Giust., 14 aprile 2005, *Commissione v. Germania*, C-341/02, punto 39. Di diverso avviso si è però mostrata la Corte, più di recente, con riferimento ad altre voci del salario, quali, ad esempio, l'indennità giornaliera, destinata a compensare i disagi dovuti al distacco rappresentati dall'allontanamento dei lavoratori dal loro ambiente abituale. Cfr. Corte Giust., 12 febbraio 2015, cit., punto 48.

<sup>50</sup> Secondo la Corte “*Dal momento che esso, tramite la creazione di un patrimonio di cui il la-*



## 5. Public procurement e libera prestazione di servizi: il caso Bundesdruckerei

Il settore degli appalti pubblici costituisce un caso paradigmatico per valutare la possibilità di trovare un equilibrio tra il diritto, le *policy* nazionali e gli imperativi del mercato unico. Il rapporto tra *public procurement* e diritto del lavoro è contrassegnato da forti tensioni. Sotto questo profilo appare emblematica la nuova disciplina europea degli appalti pubblici (dir. 2014/24/UE che riscrive la dir. 2004/18/CE)<sup>51</sup>, la quale, pur lasciando trasparire l'intenzione di condizionare l'aggiudicazione di tali appalti al perseguimento di obiettivi sociali (che possono ora assumere rilievo tra i criteri di aggiudicazione) e sottoporre gli aspetti sociali ad una protezione indiretta e parallela rispetto agli obiettivi economici, non segna un netto cambio di rotta rispetto all'approccio "mercataista" della Cge, specie con riguardo alla questione della compatibilità della clausola sociale con le regole del mercato interno. Il profilarsi di forti divergenze tra Consiglio, Commissione e Parlamento ha condotto all'approvazione di un testo compromissorio, che sembra costruito in modo da non interferire con la preesistente dir. 96/71/CE, come interpretata dalla Cge, e da lasciare insoddisfatta la richiesta della Confederazione europea dei sindacati di ampliare i margini di utilizzo delle clausole sociali.

Come ben noto, nella sentenza *Rüffert* la Cge aveva preso posizione contro una clausola sociale prevista nella legge tedesca della Bassa Sassonia sui pubblici appalti, che imponeva agli enti pubblici aggiudicatori (ma non a quelli privati) di affidare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle

*voratore usufruirà a termine più o meno lungo, mira a realizzare un obiettivo di politica sociale sostenuto, in particolare, da un contributo finanziario delle pubbliche autorità, non si può ritenere, per l'applicazione della direttiva 96/71, che esso si inserisca nel rapporto abituale tra la prestazione lavorativa ed il connesso corrispettivo finanziario del datore di lavoro. Spetta tuttavia al giudice del rinvio accertare se ciò si sia verificato nella controversia di cui è investito".* Di diverso avviso si è però mostrata la Corte, più di recente, con riferimento ad altre voci del salario, quali ad esempio, l'indennità giornaliera, destinata a compensare i disagi dovuti al distacco rappresentati dall'allontanamento dei lavoratori dal loro ambiente abituale. Cfr. C. Giust., 12 febbraio 2015, cit., punto 48.

<sup>51</sup> L'art. 18 della nuova direttiva sugli appalti approvata il 26 febbraio 2014 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi innovando la precedente dir. 2004/18/UE prevede che: Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X".

imprese che si fossero impegnate a corrispondere ai propri dipendenti le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione dei lavori in questione. In particolare ne aveva escluso la compatibilità sia con la direttiva sul distacco sia con la libertà di prestazione dei servizi del diritto dell'Unione, prendendo le distanze dall'opinione dell'Ag, il quale, invece, per giustificare l'obbligo di rispetto del contratto collettivo imposto al subappaltatore straniero, aveva, tra l'altro, invocato il principio di parità di trattamento previsto dalla dir. 2004/18/CE.

La pronuncia ha avuto un rilevante impatto sul sistema tedesco. I legislatori dei *Länder* hanno dovuto fare marcia indietro ed abrogare la previsione censurata. In particolare, nella Renania-Palatinato e nella Renania settentrionale-Vestfalia, con una normativa dotata di una portata limitata alla materia degli pubblici appalti<sup>52</sup>, si è provveduto ad introdurre per legge l'obbligo per gli appaltatori al rispetto di un salario minimo orario (risp. € 8,70 e € 8,62) in caso di aggiudicazione („*vergabespezifischer Mindestlohn*“). Tali disposizioni sono state sottoposte al vaglio della Cge che era stata chiamata a stabilire se fosse compatibile con l'art. 56 Tfeue, in combinato disposto con l'art. 3, dir. 96/71, una norma nazionale che imponga ad un ente pubblico aggiudicatore di attribuire appalti esclusivamente alle imprese, e ai loro subappaltatori che, all'atto della presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione del contratto, un salario minimo fissato dallo Stato solo per gli appalti pubblici ma non per quelli privati. Questione, questa, peraltro in parte superata con l'introduzione in Germania di un salario minimo legale di applicazione generale<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Il riferimento è alla *Gesetzes über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge* del 10.1.2012 (TVgG). Per una disamina dei profili di conformità che tali normative pongono rispetto sia alla Costituzione sia al diritto europeo v. FABER, *Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tarifreue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2015, p. 252.

<sup>53</sup> Si allude alla *Mindestlohngesetz* (MiLoG) contenuta nella legge per il sostegno all'autonomia collettiva (*Tarifaufonomiestärkungsgesetz*), approvata l'11 agosto 2014. Tale legge, tra le altre cose, apporta alcune modifiche alla disciplina in materia di distacco dei lavoratori [*Arbeitnehmerentsendegesetz* (AEntG) del 20 aprile 2009], che ormai ha una portata ben più ampia rispetto a quella assunta ai tempi in cui è stata emanata: tale disciplina, concepita inizialmente nel '96 con il solo intento protezionistico di proteggere le imprese di costruzione ed i lavoratori edili tedeschi dalla concorrenza straniera a basso costo, è stata modificata profondamente anche in seguito ad una importante pronuncia della Cge (*Portugaia*, cit.). Tale legge oggi, appresta uno strumento aggiuntivo (rispetto a quello previsto dal § 5 del *Tarifvertragsgesetz*) – non più limitato al solo settore delle costruzioni – che garantisce a tutti i lavoratori impiegati in Germania, e

Di recente, la Cge si è invece pronunciata sulla compatibilità col diritto europeo (e con la libera circolazione di servizi) della normativa tedesca in materia di appalti pubblici di servizi prevista dalla legge del Land Renania settentrionale/Vestfalia, che prevede, in caso di aggiudicazione, l'obbligo del subappaltatore straniero di corrispondere ai propri lavoratori un salario minimo.

Tale decisione ha destato non poche perplessità presso la dottrina tedesca più accreditata<sup>54</sup>. Ma appare di un certo interesse anche per l'osservatore italiano, considerando le implicazioni di carattere generale che i principi enunciati dalla Cge<sup>55</sup> possono avere sugli strumenti di cui gli Stati dispongono per attuare politiche sociali di protezione dei lavoratori (in particolare mediante la garanzia di un salario minimo) in un settore di importanza crescente come quello degli appalti pubblici.

Uno dei principali motivi di perplessità della pronuncia risiede nell'aver trascurato alcune specificità poste dal caso sottoposto all'esame della Cge, la quale avrebbe dovuto piuttosto escludere l'applicabilità della normativa generale degli appalti e delle disposizioni di diritto primario dell'Ue. Nella specie, l'impresa tedesca, la *Bundesdruckerei-GmbH*, società partecipata interamente dal governo federale, aggiudicatrice di un appalto relativo alla digitalizzazione di documenti e alla conversione di dati per il servizio urbanistico della città di Dortmund, aveva subappaltato l'esecuzione di tale incarico ad una impresa polacca, per poi rifiutarsi di presentare al committente la dichiarazione di impegno in base al quale anche tale impresa avrebbe corrisposto al personale impiegato per l'esecuzione del contratto il salario minimo stabilito nella norma; e ciò nonostante che – circostanza tutt'altro che irrilevante – l'impresa polacca fosse una sua subappaltatrice controllata al 100%.

dunque non solo a quelli distaccati da imprese straniere, le tariffe salariali minime di lavoro mediante l'estensione *erga omnes* dell'efficacia del contratto collettivo. Per una panoramica, in lingua italiana, della nuova legge cfr. CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva*, in *DLM*, 2014, p. 637.

<sup>54</sup> DÄUBLER, *Der vergaberechtliche Mindestlohn im Fadenkreuz des EuGH – Auf dem Weg zu Ruffert II?*, in *NZA*, 2014, p. 694-701. Nella letteratura italiana si vedano i commenti di GUADAGNO in *RGL*, 2015, II, pp. 33-46 e FORLIVESI, in *RGL*, 2015, II, p. 152.

<sup>55</sup> Ed indirettamente anche in relazione alla valutazione della legittimità delle norme di diritto interno (art. 36 dello St. lav., art. 118, co. 6, del Codice degli appalti approvato con il d.lgs. n. 163/2006 e art. 4, comma 1, del Regolamento di attuazione approvato con il d.P.R. n. 207/2010) che prescrivono di rispettare integralmente i contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative come condizione di esecuzione dell'appalto.

In effetti, come si è giustamente rilevato, la questione se una previsione nazionale possa essere valutata in rapporto al diritto dell'Ue non può avere alcuna ragione di porsi se la vicenda non ha una valenza transnazionale e cioè nel caso in cui l'appaltatore non sia stabilito in un altro Stato membro; condizione, questa, necessaria affinché possa affermarsi il c.d. primato del diritto dell'Unione europea. Ed infatti secondo l'opinione accolta in generale dalla letteratura, anche straniera<sup>56</sup>, la normativa europea sugli appalti pubblici, trovando il proprio fondamento nelle norme del Trattato poste a tutela delle libertà economiche fondamentali, assume un'intrinseca valenza transfrontaliera.

Ora, il fatto che l'incarico venga affidato ad un subappaltatore straniero è certo circostanza di per sé sufficiente ad assoggettare una previsione nazionale ad un controllo in rapporto al diritto dell'Ue: la libertà economica fondamentale di cui all'art. 56 Tfu include infatti anche la libera prestazione dei servizi cosiddetta *passiva*, vale a dire, il diritto di ricevere servizi da un altro Stato membro, e questa libertà sarebbe inevitabilmente compromessa in presenza di un'offerta che escluda, ad esempio, fin da principio, candidati con subappaltatori stranieri.

Tuttavia, nel caso di specie – come s'è anticipato – non può essere trascurato che il subappaltatore estero si identifica con una società figlia soggetta ad una partecipazione di controllo totalitario da parte di *Bundesdruckerei s.r.l.*. Proprio in virtù di questa forma di controllo, la vicenda oggetto della fattispecie finisce per assumere una rilevanza di carattere puramente nazionale fino a configurare una situazione non molto diversa da quella in cui una società di una determinata nazionalità si avvale di una propria succursale all'estero; se così è, la mancanza di una valenza transfrontaliera della vicenda porterebbe senz'altro ad escludere che possa venire in gioco la libertà di prestazione di servizi passiva del candidato tedesco<sup>57</sup>.

In effetti, l'esistenza di una partecipazione totalitaria dà luogo alla situazione classica in cui “*la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa*”. Ed infatti, in

<sup>56</sup> MASSERA, *I contratti*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, t. 2, 2003, Giuffrè, Milano, p. 1561; TRYBUS, *Public contracts in European Union Internal Market Law: Foundations and Requirements*, Noguellou, Stelkens (a cura di), *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 81.

<sup>57</sup> Con analoghe motivazioni anche DÄUBLER, *Der vergaberechtliche Mindestlohn*, cit., ha ritenuto che la Corte di giustizia non fosse legittimata a prendere una decisione nel merito e che la domanda pregiudiziale proposta dal *VergKammer Amsberg* avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile.

base alla giurisprudenza comunitaria, il comportamento di una controllata “*può essere imputato alla società controllante*” tutte le volte in cui essa, come nella specie, “*pur avendo una personalità giuridica distinta, (...) non determina in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applica sostanzialmente le istruzioni impartitele dalla società controllante, tenuto conto in particolare dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono questi due soggetti giuridici*”<sup>58</sup>.

### 5.1. Salario minimo, pubblici appalti e libera prestazione di servizi

La questione del bilanciamento tra la libertà di circolazione dei servizi e la tutela dei diritti sociali in caso di pubblici appalti si atteggia in modo diverso a seconda che si ritenga la dir. sul distacco 96/71/CE applicabile alla vicenda di volta in volta considerata. In *Bundesdruckerei* la Cge si è dovuta pronunciare al riguardo, anche se nella fattispecie posta al suo esame, contrariamente alla fattispecie esaminata nella sentenza *Rüffert*, la dir. 96/71/CE, come essa stessa riconosce, non è applicabile: in effetti, nella causa in oggetto l'impresa subappaltatrice chiamata ad eseguire l'attività di digitalizzazione dei documenti è stabilita in un[o] Stato membro dell'Unione europea [diverso dalla Germania] ed i lavoratori di tale impresa, per eseguire le prestazioni oggetto del contratto, lavor(a)no esclusivamente nel paese di appartenenza del datore di lavoro anche se è poi l'impresa tedesca che trae beneficio dal prodotto di tale attività. È chiaro però che la problematica si complica ogniqualevolta, come di regola accade, la prestazione oggetto del contratto di appalto venga eseguita dai lavoratori, non direttamente “sul posto”, bensì in un paese diverso da quello di appartenenza del proprio datore di lavoro: in tal caso, infatti, se si ricade nel campo di applicazione della direttiva sul distacco, si pone la questione, non di poco conto, su cui ci siamo soffermati nel § precedente, quella cioè relativa al rapporto tra fonti. Qualora si dovesse ammettere che la dir. sul distacco si configura come normativa finale, la normativa dello Stato ospitante che prevede un salario minimo in caso di aggiudicazione di appalti pubblici non dovrà essere valutata (anche) ai sensi dell'art. 56 T.fue.

In *Bundesdruckerei* la Corte riconosce l'applicabilità nella specie della direttiva sugli appalti, non avendo dubbi sul fatto che le tariffe minime salariali

<sup>58</sup> C. Giust., 10 settembre 2009, C97/08, *P. Akzo Nobel NV e altri contro Commissione delle Comunità europee*.

prescritte dall'art. 4.3 del contratto collettivo applicabile (TVgG-NRW) costituiscono le “*condizioni particolari*” che, ai sensi della dir. 2004/18/CE, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in merito all'esecuzione dell'appalto purché “*siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri*”. E ciò vale ora a maggior ragione alla luce della dir. 2014/24/CE, il cui art. 70.3<sup>59</sup>, peraltro, integra quanto previsto dal previgente art. 26 della dir. 2004/18 con un riferimento esplicito alle condizioni all’“occupazione”<sup>60</sup>.

Sebbene la nuova formulazione ora non lo preveda espressamente, è indubbio che le condizioni particolari che si basano su considerazioni sociali debbano essere compatibili con il diritto comunitario, dovendo conseguentemente ammettersi che l'imposizione, in virtù di una normativa nazionale, di una retribuzione minima ai subappaltatori di un offerente stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice, possa essere oggetto di un controllo *ex art. 56 Tfeue* e cioè in relazione alle norme in tema di libera prestazione dei servizi. Sicché appare francamente difficile sostenere che la normativa contenuta nella dir. 2014/24/UE – che peraltro nei *considerando* opera dei rinvii anche alla dir. 96/71/CE – possa configurarsi come normativa finale e sostituirsi alle norme di diritto primario.

Ciò detto, prendendo spunto dall'*iter* argomentativo che la Corte ha seguito in *Bundesdruckerei*, si possono fare alcune brevi notazioni generali.

a) Nulla si può obiettare all'affermazione della Cge in base alla quale

<sup>59</sup> In base all'art. 70 della dir. 2014/24/UE “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione*”. Per un'analisi critica delle novità più rilevanti della nuova normativa europea si v. ALLAMPRESE, ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, in *RGL*, 2014, I, pp. 169-177.

<sup>60</sup> Peraltro, non sembra affatto irrilevante il rinvio che la nuova dir. 2014/24/UE sugli appalti opera alle previsioni della dir. 96/71: nel considerando 98 di tale dir. si afferma in particolare che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione “*dovrebbero (...) essere applicati conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e non dovrebbero essere scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'AAP o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali le tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva*”.

un provvedimento come quello censurato in tale vicenda è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'articolo 56 Tfeue: tale affermazione appare in piena sintonia con l'approccio del c.d. *market access*, su cui ci siamo soffermati sopra, trattandosi di una misura in grado di rendere "meno attraente" l'esercizio della libera prestazione di servizi. Ed infatti in considerazione dei diversi livelli salariali, l'imposizione di un salario minimo ai lavoratori delle imprese subappaltatrici si ripercuote inevitabilmente sul vantaggio concorrenziale delle imprese: quelle che provengono da paesi con salari molto bassi incontreranno più difficoltà delle altre a soddisfare i requisiti legali<sup>61</sup>.

b) Lascia invece perplessi l'idea che una simile restrizione non possa essere giustificata dall'"obbiettivo di protezione dei lavoratori".

Come si è visto nei §§ precedenti, la Corte, nel corso degli anni, ha compiuto una ricognizione di vari interessi la cui meritevolezza è tale da giustificare le restrizioni a un diritto fondamentale qual è appunto la libera prestazione di servizi<sup>62</sup> e ha riconosciuto da tempo che ove difettino "*motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*", in quanto deroghe espressamente ammesse dal Trattato (art. 62 Tfeue), la restrizione può essere giustificata solo da "ragioni imperative di interesse generale". In talune pronunce richiamate in precedenza (v. § 2), la Cge sembra anche mostrare una certa sensibilità in merito all'esigenza di evitare sia il *dumping* sociale sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti, quando si tratta di valutare se sussiste una giustificazione alla restrizione. Ebbene, nella specie i giudici abbandonano questa posizione di apertura, facendo propria un'accezione eccessivamente angusta di "obbiettivo di tutela del lavoro"<sup>63</sup>.

c) Un altro punto di criticità presente nella giurisprudenza europea attiene al test sull'idoneità al raggiungimento dell'obbiettivo di tutela del lavoro: secondo la Corte, una misura nazionale come quella posta al suo esame nel caso *Bundesdruckerei*, e cioè volta ad imporre un salario minimo, nei limiti in cui si applica ai soli appalti pubblici, non sarebbe idonea a raggiungere

<sup>61</sup> KREBBER, *Vergabegesetzes der Länder und Dienstleistungsfreiheit*, in *EuZA*, 2013, p. 435.

<sup>62</sup> C. Giust. 20 maggio 1992, causa C-106/91, *Ramrath*.

<sup>63</sup> Anche se potrebbe sembrare il contrario là dove la Cge afferma che "*Una tale misura nazionale può essere giustificata in linea di principio dall'obiettivo della protezione dei lavoratori a cui si è espressamente riferito il legislatore del Land Renania settentrionale-Vestfalia nel progetto di legge che ha condotto all'adozione del TVgG-NRW, vale a dire quello di garantire che ai lavoratori venga versata una congrua retribuzione per evitare sia il «dumping sociale» sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti*".

tale obiettivo “*se non vi sono elementi che indichino che lavoratori attivi sul mercato privato non hanno bisogno della medesima protezione salariale di quelli attivi nell’ambito degli appalti pubblici*” (punto 31). Anche nella sentenza *Rüffert* i giudici europei si muovono su questa linea.

In realtà, il fatto che una misura di imposizione del minimo salariale tuteli soltanto i lavoratori incaricati dell’esecuzione degli appalti pubblici, e non anche quelli degli appalti privati, come lucidamente argomenta Wolfgang Däubler<sup>64</sup>, non sembra di per sé possa giustificare un contrasto con l’art. 56 Tfe<sup>65</sup>.

In alcuni casi i giudici comunitari ritengono che la “tutela dei lavoratori”, trovando il proprio fondamento in un interesse generale, debba assumere necessariamente una valenza universalistica e quindi possa essere posta a fondamento solo di normative rivolte alla soddisfazione di qualsiasi bisogno di tutela possibile. In altre occasioni tuttavia la Cge si è mostrata meno drastica: ad esempio, quando ha riconosciuto espressamente allo Stato ospite la possibilità di estendere l’applicazione dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, sul proprio territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro<sup>66</sup>. Ebbene, in tali casi siamo certamente in presenza di una normativa che, al pari di quella che prevede un salario minimo con specifico riferimento agli appalti pubblici, si rivolge ad una cerchia limitata di soggetti, ossia a coloro che, in virtù di una decisione liberamente assunta dai soggetti contraenti, ricadono nel campo di applicazione del contratto collettivo applicabile. Peraltro, val la pena di considerare anche che in un Paese come il nostro in cui, a seguito della riforma del Titolo V e della riscrittura dell’art. 117 Cost., sono stati significativamente ampliati gli spazi attribuiti alla legge regionale in materia di lavoro, gli *standard* di tutela universale non sono sempre realizzabili, specie se una materia rientra nell’ambito della competenza residuale “piena” delle Regioni.

d) Anche l’esito dello scrutinio di proporzionalità a cui la giurisprudenza europea sottopone la normativa nazionale dello Stato ospitante suscita talvolta

<sup>64</sup> Ancora DÄUBLER, *Der vergaberechtliche Mindestlohn*, cit.

<sup>65</sup> Né sarebbe in contrasto con la formulazione della direttiva sul distacco come dimostra un argomento di natura esegetica: se nel caso dei contratti collettivi si prevede che lo Stato può imporne il rispetto alle imprese straniere solo a condizione che essi abbiano un ambito di applicazione generale, con riferimento invece al salario minimo imposto da una normativa di diritto amministrativo, tale condizione non compare affatto.

<sup>66</sup> C. Giust., 27 marzo 1990, *Rush*, cit.



perplessità: in *Bundesdruckerei* la Cge ha censurato la legge del Land Renania settentrionale/Vestfalia che “impone un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all’appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate”. Il ragionamento è chiaro: se il costo della vita in un determinato Stato è più basso che in un altro, non c’è bisogno allora di corrispondere ai lavoratori che eseguono le proprie prestazioni nel primo il salario che consentirebbe di garantire loro un adeguato sostentamento nel secondo.

Eppure appare assai dubbia la possibilità di giustificare razionalmente il giudizio di proporzionalità ed il bilanciamento “*ad hoc*” effettuato dalla Corte: ed infatti, se si ritiene che la previsione di un salario minimo legale non risponda al criterio della necessità e non possa essere imposta ai lavoratori di un sub-appaltatore straniero, sembra più che legittimo domandarsi se esistano strumenti alternativi, che ostacolano in misura minore la libertà di circolazione dei servizi e consentono, al contempo, di governare, con la stessa efficacia, la concorrenza al ribasso. Peraltro, l’aver imposto un importo che corrisponde al più basso salario di base in virtù del contratto collettivo per i servizi pubblici (come è avvenuto con la legislazione sugli appalti in Renania-Palatinato e Nord Reno-Westfalia) non rappresenta necessariamente un “onere economico eccessivo” per le imprese provenienti da paesi con bassi salari: tale previsione, con ogni probabilità, potrebbe anche essere considerata una riduzione del vantaggio concorrenziale legittima e coerente con il nuovo assetto istituzionale dell’ordinamento europeo e la sua crescente “fertilità” sociale.

e) Ad ogni modo, per valutare la sussistenza di una giustificazione nel caso di una normativa come quella posta all’esame della Cge in *Bundesdruckerei* o in *Rüffert*, non sembra si possa prescindere dalla convenzione Oil n. 94/49 sugli appalti, la quale, all’art. 2, prevede che i contratti stipulati con autorità pubbliche debbano contenere clausole che garantiscano ai lavoratori salari e altre condizioni di lavoro “*non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell’industria interessate della stessa regione: a) sia per mezzo di contratti collettivi ... fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell’industria interessate; (...) c) sia per mezzo della legislazione nazionale*”.

Ed infatti, sebbene la dir. 2014/24/UE non contenga alcun richiamo esplicito a tale Convenzione, occorre tenere presente che le Convenzioni Oil rientrano tra le fonti sovranazionali da cui, in base all'art. 53 della Carta Ue, è possibile far discendere l'esistenza di un principio generale di diritto dell'Unione<sup>67</sup>. Ebbene, nella specie il principio generale di diritto da applicare sarebbe quello secondo cui gli Stati sono tenuti ad inserire nei contratti pubblici salari e condizioni di lavoro non inferiori a quelli previsti per un lavoratore comparabile nel proprio territorio.

e) Sembra infine legittimo dubitare, anche alla luce di quanto detto sinora, che gli approdi più recenti della giurisprudenza europea – la quale, come s'è visto presuppone in sostanza una libertà di prestazione dei servizi assoluta e incondizionata – possano facilmente conciliarsi con il maggior rilievo che, a seguito dei ben noti cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona, riveste oggi la dimensione sociale nel diritto primario dell'Unione europea. Senza voler entrare nel dettaglio, basterebbe qui richiamare la sostituzione, giustamente enfatizzata da più parti, del riferimento, contenuto in una norma-principio all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza con l'"economia sociale di mercato", il richiamo al 'progresso sociale' e alla 'piena occupazione', ma anche la presenza nel Tfue, all'articolo 9, di una nuova disposizione che, operando alla stregua di una clausola sociale, impone che "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione t(enga) conto delle esigenze connesse", tra l'altro, con la promozione dell'occupazione e la protezione sociale. Ed a ciò si potrebbe aggiungere la lenta e parziale espansione che i diritti sociali hanno avuto nell'ordinamento europeo anche e soprattutto per effetto del riconoscimento del valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali da parte del Trattato di Lisbona<sup>68</sup>.

Il rafforzamento della dimensione sociale avvenuto nell'Ue per effetto di tali cambiamenti sembra aver prodotto un limitato impatto sulla normativa secondaria del diritto europeo e in particolare sulla riforma degli appalti, che, infatti, ha lasciato sul tappeto i problemi posti dalla sentenza *Rüffert*, e nella specie quello della legittimità di clausole sociali che condizionano l'esecuzione dell'appalto al rispetto di contratti collettivi di qualsiasi livello, anche

<sup>67</sup> Sulla possibilità di configurare le convenzioni Oil come principi generali di diritto dell'Unione cfr. KOBERSKI, SCHIERLE, *Balance zwischen Dienstleistungsfreiheit*, cit., p. 233, spec. p. 236.

<sup>68</sup> Sull'impatto della normativa del Trattato di Lisbona e l'approdo all'economia sociale di mercato cfr. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *GDLRI*, 2013, p. 611.

se sprovvisti di efficacia generale. Si sarebbe dunque dovuto correre ai ripari in modo da favorire la possibilità di attuare politiche sociali di protezione dei lavoratori (in particolare mediante la garanzia di un salario minimo) in un settore di crescente importanza come quello degli appalti pubblici (che hanno una dimensione transnazionale).

Tuttavia, gli orizzonti futuri paiono dominati da grandi incertezze. Con le sue più recenti decisioni la Cge sembra rafforzare le minacce che gravano sugli obbiettivi indicati dalle nuove disposizioni dei Trattati, come quello di un “progresso sociale” e di una “economia sociale di mercato”. E ciò anche perché innesca un circolo vizioso per cui i paesi emergenti saranno incentivati in futuro a valorizzare settori con scarsa propensione all’innovazione e a puntare sempre più sulla concorrenzialità basata sul basso costo della manodopera, anziché sulle capacità professionali e sulla produzione di prodotti di qualità, che è l’unico modo per raggiungere alti profitti e sostenere salari elevati e dunque, in ultima analisi, per ridurre il divario con gli altri paesi.

### Abstract

La graduale adozione, da parte della giurisprudenza europea, del principio del *market access* nel campo della libera circolazione dei servizi, espone oggi più che mai il diritto del lavoro al rischio di dinamiche di concorrenza deregolativa e di *dumping* sociale suscettibili di mettere in pericolo la tenuta delle norme sociali nazionali. Tali dinamiche vengono in considerazione soprattutto con riferimento alla fattispecie del distacco dei lavoratori intra-Ue, e in particolare nella materia retributiva, che, come è noto, per effetto di una evidente anomalia del diritto sociale europeo, è tuttora esclusa dalla competenza dell'Ue.

Lo studio, nell'affrontare la delicata questione relativa al *quantum* di protezione da assicurare, nello Stato ospitante, ai lavoratori distaccati, analizza il rapporto tra la direttiva ed il Trattato, differenziando, alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia, il ruolo che ciascuna fonte regolativa può rivestire a seconda della materia considerata ed ammettendo un forte ruolo del diritto nazionale nella determinazione del contenuto sostanziale del salario. Infine l'autore critica l'approccio liberistico che la Cge ha assunto nel settore degli appalti pubblici, evidenziando, tra l'altro, come una eccessiva riduzione dello spazio per imporre standard di tutela minima alle imprese straniere aggiudicatrici di pubblici appalti sia poco in sintonia con il ruolo che il diritto primario assegna alla dimensione sociale, specie a seguito del Trattato di Lisbona.

The adoption of the market access approach by the European Court of Justice in the field of free movement of services subjects, more than ever, labour law to social regime competition and social dumping, in which Member States would compete against each other to lower indirect social and labour costs, with the danger of further erosion of the content of national employment law. This can be seen especially in the context of posted workers, and in particular in relation to minimum wages, that, as you know, are explicitly excluded from the competences of European institutions in the existing treaties.

The essay considers to what extent host states should be able to provide employment protection to posted workers and argues that the case law suggests there are three different approaches to consider the relationship between the Directive 96/71 and article 56 TFUE. The study also provides an analysis and critique of current judicial approaches on the case of public procurement, arguing also that the restrictions for contracting authorities to impose minimum wage on foreign tenderers are not consistent with the strengthening of the social dimension within the recent developments of European integration process.

### Key words

Libera circolazione di servizi, distacco di lavoratori, salario minimo.

Free movement of services, posted workers, minimum wage.

## Marta Giaconi

### La gestione dei servizi pubblici locali: esigenze di mercato e tutela delle istanze sociali

**Sommario:** **1.** I servizi pubblici nella costruzione di un modello sociale europeo. **2.** L'influenza della missione di interesse generale perseguita sulla disciplina dei rapporti di lavoro. **3.** La fase dinamica dell'avvicendamento tra un datore pubblico ed un datore privato. **4.** La fase *statica* dell'affidamento. Quali norme applicare al personale successivamente alla privatizzazione?

#### 1. *I servizi pubblici nella costruzione di un modello sociale europeo*

Le politiche di liberalizzazione avviate a livello nazionale sono state spesso giustificate dal legislatore come etero imposizioni di matrice europea. Affermazione che si ritiene non sia del tutto condivisibile<sup>1</sup>.

Innanzitutto va chiarito che il diritto positivo europeo non offre definizioni precise di “*servizio di interesse generale*” (SIG) né di “*servizio di interesse economico generale*” (SIEG), concetti in parte sovrapponibili al tradizionale istituto di “*servizio pubblico*”, istituto cardine del nostro ordinamento<sup>2</sup> così come di quello francese<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Si veda in proposito LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI, PATRONI GRIFFI (a cura di), “*Dal trattato costituzionale al trattato di Lisbona*”, Esi, Napoli, 2009; MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, *Dir. Amm.* 2010, 2, p. 313; GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>2</sup> La bibliografia in materia di servizi pubblici nell'ordinamento italiano è molto estesa. Per una ricostruzione dell'istituto si veda NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, voce in CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>3</sup> Nell'ordinamento francese la nozione di servizio pubblico, così come elaborata dagli studi di Jeze e Duguit, costituisce la base di una più ampia teoria generale dello Stato. Secondo

L'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) si limita, infatti, ad individuare in capo all'Unione Europea una nuova competenza consistente nell'elaborazione di principi e condizioni che regolano la fornitura, l'esercizio ed il finanziamento dei SIEG, dato il loro importante "ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale"<sup>4</sup>. Viene, invece, preservata la competenza dei singoli Stati di fornire, far eseguire e finanziare tali servizi, nel rispetto dei trattati.

Il successivo art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE) prevede invece che le imprese pubbliche o private che gestiscono tali servizi sono sottoposte ai trattati ed alle regole di concorrenza. Chiarisce tuttavia l'art. 106, secondo paragrafo, che la sottoposizione di tali imprese alla concorrenza non possa pregiudicare l'adempimento della missione di interesse generale loro affidata<sup>5</sup>.

Emerge così il primo e più rilevante connotato delle attività di gestione di servizi di interesse generale: il perseguimento di una missione di rilievo sociale, a sua volta generalmente ricondotta all'assolvimento di un c.d. *obbligo di servizio pubblico*<sup>6</sup>. L'*obbligo di servizio pubblico* (OSP) costituisce, infatti, la sintesi di tutte quelle prestazioni la cui erogazione trova il suo fondamento

Duguit, in particolare, lo Stato non è altro che una "cooperation des services publics organisée e contrôlée par les gouvernants" (cfr. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, ed. E. de Boccard, 1923, ristampa Ed. Pantheon Assas, Paris, 2007). Secondo tale accezione di servizio pubblico, inteso quindi come comprensivo di "toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale" lo stesso servizio pubblico costituisce nel contempo l'obiettivo fondamentale e la ragion d'essere del potere attribuito ai governanti ma anche il limite del loro agire ("fondament et limite du pouvoir gouvernemental"). Il ruolo dei governanti è costituito, quindi, dalla realizzazione e dallo sviluppo della solidarietà sociale. Obiettivi perseguiti prendendosi carico delle attività di interesse generale indispensabili alla vita collettiva (ossia, per l'appunto, perseguendo il servizio pubblico). Le prerogative che lo Stato detiene non costituiscono altro se non la contropartita di questa obbligazione (v. anche GUGLIELMI KOUBI, *Droit du service public*, Ed. Domat, Lextenso, Paris, 2011).

<sup>4</sup> Più precisamente fatti salvi l'art. 4 del TUE e gli artt. 93, 106 e 107 del TFUE, "in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale l'Unione e gli stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato procedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni in particolare economiche e finanziarie che consentono loro di assolvere i loro compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni fatta salva la competenza degli stati membri nel rispetto dei trattati di fornire fare eseguire e finanziare tali servizi".

<sup>5</sup> Il primo paragrafo sancisce invece un principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private.

<sup>6</sup> CERULLI IRELLI, *Impresa Pubblica* in PINELLI, TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010.

non in stimoli di carattere economico ma nel perseguimento di quella che è stata definita una missione *solidaristica*, che si esprime nella garanzia di un livello di servizi minimo, accettabile sotto il profilo dell'estensione territoriale, dell'accessibilità dei prezzi, della qualità; prestazioni che per l'appunto rispondono ad una esigenza indispensabile "*di garanzia e di salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme*"<sup>7</sup> e che, seguendo una stretta logica imprenditoriale, non verrebbero erogate. La preordinazione al soddisfacimento di una "*missione sociale di interesse generale*"<sup>8</sup> distingue quindi dette attività dalle attività economiche genericamente intese e rende legittimi, entro predeterminati limiti di proporzionalità di matrice europea, compensazioni ed esoneri, diversamente qualificabili come inammissibili aiuti di stato<sup>9</sup>.

Ai fini di una corretta lettura delle disposizioni del Trattato sopra richiamate le Alte parti contraenti hanno condiviso i valori ispiratori della disciplina dei servizi di interesse generale nel Protocollo n. 26, allegato al TFUE. Il Protocollo n. 26 dispone infatti che "*i valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare: - il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; - la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; - un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*".

<sup>7</sup> CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *DUE* 3/2006, p. 461.

<sup>8</sup> Afferma la Corte di giustizia, a proposito di un fondo pensione, nella sent. 21 settembre 1999, *Albany*, C-67/96: "*Il diritto esclusivo di un fondo pensione di categoria di gestire le pensioni integrative in un settore determinato e la conseguente restrizione della concorrenza possono essere giustificati ai sensi dell'art. 90 num. 2 del Trattato configurando essi una misura necessaria all'adempimento di una specifica missione sociale d'interesse generale della quale tale fondo è incaricato*".

<sup>9</sup> Come ricordato nella ricostruzione giurisprudenziale compiuta dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colober nelle conclusioni del 20 ottobre 2009, formulate nell'ambito della causa C-265/2008, *Federutility*, il riferimento al perseguimento della missione di interesse generale ha determinato l'elaborazione, ad opera della Corte di Giustizia, del c.d. test di proporzionalità, così definito espressamente per la prima volta nella sentenza 19 maggio 1993, *Corbeau*, C-320/91. Ad avviso dell'Avvocato Colober dall'orientamento dei giudici di Lussemburgo deve dedursi che "*è possibile derogare solamente le regole della concorrenza ex art. 86 CE, quando ciò sia indispensabile per lo svolgimento del compito di interesse generale di cui si tratti, spettando la valutazione di tali circostanze agli Stati membri, a seconda della rispettiva politica nazionale e nell'osservanza del Trattato*".

Quanto ai servizi privi di rilevanza economica (SIG), il Protocollo riconosce la totale discrezionalità degli Stati astenendosi anche dall'introduzione di criteri orientatori. Si legge infatti all'art. 2 del Protocollo 26 che *“le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”*, comprensivi anche della sfera dei servizi sociali.

Ebbene, l'elaborazione di un concetto europeo di servizio generale, oggi fondato sull'aggregazione dei valori individuati nel Protocollo 26, potrebbe essere letto quale espressione di un nuovo equilibrio tra istanze sociali e mercato<sup>10</sup>, in linea con l'art. 36 della Carta di Nizza<sup>11</sup>. Sulla base dell'art. 36 *“al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea”*.

Proprio l'art. 36 della Carta di Nizza, collocato nel capo IV dedicato alla *“solidarietà”*, unitamente all'art. 14 TFUE, costituisce il nuovo punto di incontro tra *“dimensione sociale”* europea da un lato e mercato e concorrenza, dall'altro<sup>12</sup>. Secondo tale impostazione il servizio di interesse generale non costituisce una mera fattispecie derogatoria, ricavata nello spazio risultante dal fallimento del mercato e quindi precluso alla concorrenza, ma al contrario

<sup>10</sup> GALLO, *I servizi di interesse economico generale, Stato, Mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, in *“Contratti e commercio internazionale”*, Giuffrè, Milano, 2010. Si segnala, tuttavia, la cautela manifestata dall'Autore nei confronti del trasferimento di competenze dall'Unione Europea alle Autorità nazionali. Ritiene, infatti, GALLO che non si tratti del solo ed unico strumento di garanzia del livello qualitativo del servizio. Al contrario per garantire un maggior equilibrio tra obiettivi di carattere economico, in termini di maggiore liberalizzazione e concorrenza, e finalità di carattere sociale come la protezione di ambiente, salute, lavoro e dei consumatori, la via percorribile sarebbe quella di sfruttare le potenzialità normative e gli argini di flessibilità offerti dal diritto dell'Unione Europea preferibilmente *“associandola alla adozione di un atto di natura vincolante e a portata orizzontale sui Sieg”*. Dall'esame complessivo del quadro generico dell'Unione infatti si desume che, da un'impostazione iniziale caratterizzata dalla priorità dell'obiettivo della concorrenza su quello delle garanzie sociali nell'erogazione dei Sieg, si è passati *“prima ad una conciliazione tra le esigenze del libero mercato e quelle dell'accesso ai servizi poi all'indicazione di un collegamento tra tali servizi, la cittadinanza europea e la tutela dei diritti fondamentali e infine ad un riconoscimento di tale accesso quale obbligo positivo (inteso non più solamente quale deroga alle norme della concorrenza e del mercato interno indirizzato agli stati ed all'unione)”*.

<sup>11</sup> Che secondo LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI, PATRONI GRIFFI (a cura di), *op. cit.*, costituirebbe un vero e proprio strumento di temperamento delle più recenti spinte liberiste europee, unitamente ai già citati ulteriori riferimenti 14 TFUE e Protocollo 26.

<sup>12</sup> GALLO, *op. cit.*



un vero e proprio “*principio positivo costituzionale*” a sua volta strettamente connesso all’esercizio dei diritti sociali fondamentali e dei diritti di cittadinanza, vero e proprio *perno* di un nuovo modello sociale europeo<sup>13</sup>.

Vi è chi ha letto un’incompatibilità “*culturale*” tra l’art. 14 TFUE ed il dettato dell’art. 106 TFUE, apparentemente ispirati il primo alla funzionalizzazione delle esigenze economiche alle istanze sociali, il secondo alla sovraordinazione dei principi economici sulla funzione sociale<sup>14</sup>.

Nonostante la contraddizione rilevata tra le due disposizioni, sembra emergere comunque da entrambe le norme l’intenzione di valorizzare un settore in cui la regolamentazione non può esser diretta al mero raggiungimento dell’efficienza economica “*perché le regole della concorrenza se seguite acriticamente non sono in grado di garantire anche lo sviluppo sociale che dipende da scelte di politica pubblica*”<sup>15</sup>.

Corroborata la tesi di quanti ritengono che la disciplina dei servizi di interesse generale costituisca lo scenario per il raggiungimento di nuovo equilibrio tra concorrenza e protezione sociale, la modifica, intervenuta ad esito dell’approvazione del Trattato di Lisbona, dell’art. 3 par. 2 del TUE. La disposizione, si ricorda, non fa più alcun riferimento, tra gli obiettivi, alla realizzazione di un mercato interno fondato sulla concorrenza “*libera e non falsata*”, da considerarsi ora, “*semplicemente*”, una delle materie di competenza dell’Unione<sup>16</sup>. Il passaggio da *obiettivo* a *materia* di competenza, nel

<sup>13</sup> Di quest’avviso sempre GALLO, *op. cit.*, secondo il quale quando la regolazione interviene in settori socialmente sensibili come quelli nell’ambito dei quali sono offerti i SIG e i SIEG, proprio perché incide sulle politiche redistributrici e di coesione sociale, risponde a principi autonomi rispetto a quelli che governano il mercato. L’Autore ritiene, più precisamente, che il nuovo quadro normativo lasci trasparire una lettura dei servizi non più espressione di semplici principi regolatori del mercato libero ma anche di un diritto fondamentale alla fruizione di servizi essenziali.

<sup>14</sup> MONCERI, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS, Pisa, 2011.

<sup>15</sup> Osserva ancora MONCERI, *op. cit.*, che difficilmente conciliabile è la promozione di istanze sociali sottostanti alla erogazione di SIEG, comunque chiamati a svolgere funzioni sociali, con le regole della concorrenza. Il principale punto di scollamento che l’Autore individua soprattutto nel confrontare la disciplina dei SIG/SIEG e dei servizi pubblici a livello nazionale è rappresentato dal fatto che mentre i servizi nazionali sono sempre ispirati ad una funzione sociale, alla promozione dell’uguaglianza sostanziale, indipendente dalle condizioni dei destinatari, a livello europeo ciò vale solo per i servizi privi di rilievo economico, perlopiù servizi sociali, che rispondono a principi di solidarietà e sono erogati per ridistribuire redditi alle categorie svantaggiate, privi di rilievo economico. I SIEG invece sono in linea generale assoggettati alle regole della concorrenza.

<sup>16</sup> Né si tratta di modifica i cui effetti sono stati temperati dal Protocollo sul mercato in-

nuovo contesto di promozione dei servizi di interesse generale, avrebbe addirittura reso la tutela di questi ultimi, nobilitati a strumento di coesione sociale e territoriale, un prerequisito essenziale al perseguimento delle politiche pubbliche europee e nazionali in grado di ricostruire “*il nesso consequenziale tra erogazione dei servizi, responsabilità pubblica, beni comuni e tutela dei diritti fondamentali*”<sup>17</sup>.

L’operato dei singoli Stati, destinatari – sulla base del Trattato – di un ampio potere discrezionale quanto all’individuazione dei servizi di interesse generale e delle migliori modalità di gestione e finanziamento degli stessi, non sarebbe più, quindi, ispirato alla creazione di un mercato concorrenziale anche in tale settore<sup>18</sup>, ma al contrario sarebbe orientato alla realizzazione, quale obiettivo prioritario, di una garanzia di protezione sociale minima, potenzialmente estesa alla totalità del territorio europeo<sup>19</sup>. In tale contesto, pur

terno e sulla concorrenza che il Consiglio ha chiesto fosse adottato dalla Conferenza intergovernativa. “*È innegabile che il Protocollo continui a considerare la concorrenza non falsata quale parte del mercato interno e non come un obiettivo in sé*”. Di tale avviso BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 1, 2008, p. 21. Osserva peraltro l’A. che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo “*potrebbe risentire della rimozione della libera concorrenza dall’art. 3 TFUE*”, soprattutto se rapportata ai menzionati art. 14 TFUE e Protocollo 26. Detta disciplina sui SIG potrebbe infatti indurre i Governi ad un maggior attivismo nella protezione di imprese strategiche, anche con aiuti di stato.

<sup>17</sup> LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI, PATRONI GRIFFI (a cura di), *op. cit.*: “*Il tutto rafforzato ancor più dall’ultimo cpv dell’art. 14 TFUE che addirittura riconoscerebbe la competenza degli stati nel rispetto dei trattati di fornire fare eseguire e finanziare tali servizi. In sostanza alla luce della nuova disposizione i SIEG potrebbero esser gestiti attraverso l’intervento della mano pubblica. Un singolo stato potrebbe decidere di gestire tale servizio con efficienza ma in una dimensione pubblicistica che alla logica del profitto preferisca la giustizia sociale, la tutela del lavoro, della salute, dell’ambiente in una logica di democrazia della prossimità che sia in grado di garantire e distribuire risorse alle popolazioni locali*”.

<sup>18</sup> Soprattutto alla luce della collocazione dell’art. 14 TFUE, discenderebbe un enfatizzazione della missione affidata ai SIEG, di tal ché la regola di concorrenza nell’ambito dei SIEG non avrebbe più valore assoluto ma sarebbe “*limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell’Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l’elevato livello di occupazione e la protezione dell’ambiente, della salute, dei consumatori*”.

<sup>19</sup> A tal riguardo cfr. ancora LUCARELLI, “*I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell’economia*”, in *GCost.*, 2011, p. 262, in commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 24/2011 con cui la Consulta ha dichiarato la ammissibilità del quesito referendario vertente sull’art. 23 *bis* del d.l. 112/2008. Secondo l’Autore la tesi sostenuta dal governo in sede di giudizio di costituzionalità, secondo la quale la liberalizzazione dei servizi pubblici sarebbe stata espressione di una richiesta proveniente dall’Unione Europea, non sarebbe più sostenibile proprio alla luce del Trattato di Lisbona. Al contrario secondo Lucarelli con l’art.

restando fermo l'esercizio di un controllo in capo alle istituzioni europee ed in particolare alla Commissione, dovrebbe leggersi un vero e proprio processo di responsabilizzazione degli Stati<sup>20</sup> e, nel rispetto del principio di sussidiarietà e prossimità, delle Autorità locali coinvolte nella gestione dei servizi<sup>21</sup>, siano questi o meno dotati di rilievo economico.

## 2. *L'influenza della missione di interesse generale perseguita sulla disciplina dei rapporti di lavoro*

Dalla finalizzazione della gestione dei servizi pubblici al perseguimento dell'interesse generale della collettività discendono alcune rilevanti conseguenze sui rapporti di lavoro del personale operante in tale settore. Conseguenze che, va chiarito sin d'ora, non hanno mai suscitato profonda attenzione da parte del legislatore nazionale (se non entro confini assai ridotti) né tantomeno del legislatore europeo.

Eppure, come è da tempo stato teorizzato dalla dottrina francese<sup>22</sup>, i tratti caratterizzanti della disciplina dei servizi pubblici, ricondotti ai principi di uguaglianza, continuità ed adattabilità<sup>23</sup> dei servizi pubblici, hanno – se-

23 *bis* il legislatore nazionale si sarebbe ispirato ad un disfavore nei confronti dell'affidamento diretto fornendo una visione anacronistica del diritto dell'Unione Europea, strumentale all'imposizione di obblighi di privatizzazione in realtà non derivanti dall'UE. Il *favor* verso la concorrenza espresso dall'art. 23 *bis* finisce quindi addirittura con il porsi in contrasto con le tendenze evolutive del diritto dell'Unione nel cui ambito "*mercato e concorrenza non sono più principi dominanti*".

<sup>20</sup> Se non addirittura di vero e proprio "riarmo" della Pubblica Amministrazione, come sostenuto da LUCARELLI, in LUCARELLI, PATRONI GRIFFI (a cura di), *op. cit.* Si ritiene, inoltre, che tali innovazioni abbiano decisamente condotto alla inidoneità delle politiche europee ad essere evocate quale sollecitazione e giustificazione della liberalizzazione dei servizi pubblici.

<sup>21</sup> Pertanto, sempre secondo LUCARELLI, in LUCARELLI, PATRONI GRIFFI (a cura di), *op. cit.*, un comune potrebbe svolgere un ruolo decisivo anche di gestione diretta nella *governance* dei SPL, nella consapevolezza di erogare tali servizi in situazioni geografiche, sociali e culturali diverse e con l'obbligo di erogare un servizio di alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, in condizioni di parità di trattamento e promuovendo parità di accesso al servizio universali e diritti degli utenti.

<sup>22</sup> SUPIOT, *Servir l'interet general*, PUF, Paris, 2000.

<sup>23</sup> Principi che richiamati, quali principi e criteri direttivi del prossimo Testo Unico recante la semplificazione della disciplina dei servizi pubblici locali, nella l.d. 27 agosto 2015 n. 124. L'art. 19 della legge sulla riorganizzazione della PA, in particolare, prevede che il decreto delegato

condo tale impostazione – rilevanti conseguenze anche sulla regolamentazione dei rapporti di lavoro<sup>24</sup>.

Innanzitutto il principio di uguaglianza, tradotto in modo più evidente nella garanzia dell'accesso al servizio da parte dell'utenza, nell'ambito dei rapporti di lavoro trova la sua concretizzazione nella parità di accesso all'impiego nel settore dei servizi pubblici, indipendentemente dalla natura giuridica del gestore. Proprio a questo primo riguardo non può non essere richiamata, con riferimento alla legislazione italiana, l'estensione, per il tramite dell'art. 18 della d.l. 112/2008 convertito in l. 133/2008, del reclutamento del personale mediante concorso pubblico alle società che gestiscono servizi pubblici<sup>25</sup>.

Non può poi essere trascurato che la continuità nell'erogazione del servizio pubblico trova la sua garanzia proprio nella disciplina di alcuni profili delle prestazioni lavorative del personale operante nei servizi pubblici. Si pensi alla regolamentazione dell'orario di lavoro – che deve essere in grado di consentire un'erogazione costante e non discontinua del servizio – ma soprattutto all'esercizio del diritto di sciopero che, come noto, nello specifico ambito dei servizi pubblici subisce notevoli limitazioni<sup>26</sup>.

Sulla base di tali premesse vi è chi ha sostenuto che il lavoro nei servizi pubblici meriti di essere disciplinato ed analizzato quale vero e proprio terzo settore, distinto cioè dal lavoro privato così come dall'impiego pubblico *tout court*<sup>27</sup>.

dovrà essere ispirato al “*riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale*”.

<sup>24</sup> GUGLIELMI KOUBI, *Droit du service public*, Ed. Domat Lextenso, Paris, 2011; LA CHAUME-BOITEAU-PAULIAT, *Droit des services publics*, ed. Armand Colin Dalloz, Paris, 2004.

<sup>25</sup> Più precisamente prevede l'art. 18, che “*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”.

<sup>26</sup> L'art. 2, co. 2, della l. 12 giugno 1990 n. 146 prevede espressamente che la previsione di prestazioni indispensabili sia diretta ad evitare che venga “*compromessa la continuità nell'erogazione*” dei servizi pubblici elencati all'art. 1 della medesima legge.

<sup>27</sup> Sulle specificità del lavoro prestato nelle società pubbliche si veda, recentemente, FONTANA, *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *LPA*, 2014, p. 707.

Detto settore potrebbe, infatti, comprendere il lavoro prestato nell'ambito dell'ampia galassia oggi costituita da partenariati pubblico/privati di natura associativa o contrattuale, dalle società pubbliche, alle aziende speciali, alle fondazioni, sino al lavoro prestato alle dipendenze di enti privati che siano affidatari di appalti, concessioni o nuove fattispecie negoziali come i c.d. "voucher".

Il lavoro pubblico ed il lavoro prestato nel settore dei servizi pubblici (si ribadisce, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del gestore) paiono infatti accomunati dalla presenza di un elemento terzo e non coincidente con l'interesse delle parti contrattuali, ossia l'interesse pubblico<sup>28</sup>, rispetto al quale sia datore sia lavoratore sono al servizio<sup>29</sup>. Valgono, infatti, per lo specifico settore lavorativo in esame le considerazioni formulate più di un secolo fa da Gaston Jèze a proposito dei dipendenti pubblici i quali non svolgono la loro attività "pour contenter leur chefs mais pour assurer le fonctionnement regulier et continut du service public, voilà l'idée qui doit inspirer toute l'activité des agents publics"<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Con riferimento al pubblico impiego si veda RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione del rapporto di lavoro*, in *DP*, 2008, p. 59. Sottolinea per l'appunto l'Autore che il contesto delle Pubbliche Amministrazioni non sia *sic et simpliciter* assimilabile a quello dell'impresa privata "se non altro perché (...) il suo criterio regolatore intrinseco non è dato dal mercato e dal profitto, bensì dall'interesse della collettività, nelle più svariate articolazioni di esso: dal corretto esercizio delle potestà pubbliche, al buon funzionamento di servizi essenziali, etc.". Di tal ché "se l'interesse generale pervade l'organizzazione pubblica – e non potrebbe che essere così, anzitutto alla stregua dell'art. 97 Cost. – quel medesimo interesse innerva sia il potere, sia il contratto di lavoro pubblico, connotandone i diversi profili".

<sup>29</sup> In linea con tale impostazione la dottrina richiamata (SUIPOT, *op. cit.*) sottolinea che nell'ambito di tali rapporti di lavoro l'elemento retributivo non costituisce la controprestazione sinallagmatica della prestazione lavorativa, destinata ad aumentare come a diminuire nel corso della vita professionale perché indicizzata a parametri di mercato. Al contrario la retribuzione rappresenta la controprestazione della sottoposizione della persona al servizio della collettività. Il trattamento economico dovrà pertanto essere sufficiente a tutelare la dignità e l'integrità del lavoratore ma anche avere carattere stabile, sì da consentire al dipendente di svolgere serenamente il proprio lavoro. Detta serenità (che può leggersi come mancata ricerca di un interesse individuale) si rivela, infatti, parte integrante dello spirito di servizio pubblico. Concetti che vengono così sintetizzati "Dignité dans le rapport au pouvoir, sérénité dans le rapport à l'argent, continuité dans le rapport au temps, voici les traits qui caractérisent l'esprit de service public et le distinguent nettement aussi bien des valeurs de la sphère marchande que de celles de la sphère politique".

<sup>30</sup> JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2, DALLOZ, Paris 2004 – ristampa del 1914. Secondo il giurista teorico del servizio pubblico "Toutes les fois qu'on est en presence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de regles juridiques speciales qui toutes ont pour objet de faciliter le fonctionnement regulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'interet general".

Si potrebbe obiettare che l'apertura dei servizi pubblici alla concorrenza, ponendosi come obiettivo prioritario il raggiungimento di un determinato standard qualitativo nell'erogazione del servizio<sup>31</sup> con la minor spesa possibile, abbia indebolito il ruolo orientatore espletato dal perseguimento dell'interesse pubblico, sì da privare della loro stessa ragione d'essere le istanze di specificità sopra avanzate. Ad una conclusione differente induce, tuttavia, la stessa (presunta) regista delle politiche liberalizzatrici: l'Unione europea. Il richiamato art. 104 del TFUE ammonisce infatti che, anche laddove a gestire servizi di interesse economico generale siano società private, il rispetto di concorrenza e trattati non potrà mai pregiudicare la missione di interesse generale ossia agli obiettivi di “*coesione sociale e territoriale*” (Protocollo 26), cui sono adibite. Missione che, per quanto di interesse in questa sede, potrebbe per l'appunto giustificare la predisposizione di un quadro normativo speciale destinato al solo personale operante in un ambito, come quello in esame, che si trova al confine tra Stato e mercato, e che sia in grado di conciliare la protezione dei lavoratori con l'imperativo della qualità dei servizi erogati.

A questo riguardo una proficua occasione per il legislatore nazionale potrebbe essere offerta dall'attuazione di una delle deleghe contenute nella recente legge in materia di riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, 7 agosto 2015 n. 124. Prevede, per l'appunto, l'art. 16 della menzionata legge che il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge (...) decreti legislativi di semplificazione nell'ambito del a) lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa; b) partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche; c) servizi pubblici locali di interesse economico generale. Con riferimento a quest'ultimo settore i principi e criteri direttivi sono dettati all'art. 19 della medesima legge e riguardano, tra gli altri, anche l'“*armonizzazione con la disciplina generale delle disposizioni*

<sup>31</sup> Pur essendo infatti vero che, come osserva CHEVALIER (*Le service public*, PUF, Paris, 2012) “*la logique de performance qui sous tend désormais les politiques de modernisation contribue à infléchir en profondeur la conception traditionnelle du service public*” (...) “*cette logique reste équivoque*”. “*Visant à faire mieux avec moins la notion de performance comporte au moins deux facettes: d'une part l'amélioration du service rendu par un souci de qualité; d'autre part la réduction de son coût de fonctionnement, par un effort de productivité. Or, entre l'amélioration de la qualité du service et l'économie de moyens, la crise des finances publiques conduit à privilégier le second impératif: priorité est donnée à la réduction des coûts, et partant à la baisse des effectifs, la qualité des services publics dut-elle en souffrir. Dès lors, la logique de “performance” tend à être perçue par les agents comme incompatible avec les valeurs du service public, qui sont fondamentalement de leur identité professionnelle*”.

*speciali vigenti nei servizi pubblici locali, relative alla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro*". L'attuazione della delega governativa potrebbe, quindi, porre rimedio – sistematizzandola – alle criticità di una disciplina che attualmente appare frammentaria, disorganica e dettata solo da ragioni di contenimento della spesa pubblica.

Va detto che la realizzazione di uno statuto speciale ed omogeneo per il lavoro nei servizi pubblici<sup>32</sup> non ha ancora suscitato né l'interesse né il dibattito che meriterebbe.

La ragione è forse da rinvenirsi nel diffuso convincimento che la depubblicizzazione dei servizi pubblici e, per conseguenza, dei rapporti di lavoro, sia priva di profili problematici, vista l'intervenuta privatizzazione del pubblico impiego<sup>33</sup>. Eppure, come si vedrà nel prosieguo, è indubbio che il passaggio da un regime di lavoro pubblico ad uno di diritto privato continui a comportare rilevanti mutamenti nelle condizioni normative ed economiche applicate al rapporto.

### 3. *La fase dinamica dell'avvicendamento tra un datore pubblico ed un datore privato*

#### *a) Il trasferimento di attività ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001*

L'immediata e più intuitiva conseguenza derivante dalla sottoposizione alle regole della concorrenza, quindi al diritto comune, di settori classicamente pubblici riguarda la trasformazione del regime applicabile ai rapporti di lavoro coinvolti, da pubblico a privato. Proprio per tale ragione i provvedimenti nazionali che in passato hanno regolato le c.d. macro-privatizza-

<sup>32</sup> Sull'opportunità della predisposizione di uno statuto specifico per il settore di una "Pubblica Amministrazione allargata" si vedano gli interessanti spunti contenuti nella recente delibera della Corte dei conti Sezione Autonomie 17 febbraio 2015, 9/SEZAUT/2015/QMIG che, a proposito degli organismi in varia misura partecipati o controllati dalle Pubbliche Amministrazioni, così osserva: "De iure condendo è, pertanto, auspicabile la previsione di uno statuto unitario dei predetti organismi, anche con riferimento a misure diverse da quelle considerate nella questione rimessa all'attenzione della Sezione delle autonomie", ossia la mobilità, così come regolamentata nella Legge di stabilità per il 2014.

<sup>33</sup> Benché, per completezza, vada precisato che anche in Francia, dove il dibattito sul lavoro nei servizi pubblici è assai più presente, si stia oramai da anni assistendo ad una c.d. *Travallisation* del lavoro nella funzione pubblica.

zioni<sup>34</sup> di settori pubblici hanno introdotto specifiche disposizioni, dirette per l'appunto a regolare il passaggio dei lavoratori dal settore pubblico a quello privato.

Per contro, innanzi a vicende locali di privatizzazioni condotte mediante affidamento di servizi ed attività pubblici ad enti privati (avvenga questa con affidamento diretto o con procedura ad evidenza pubblica, ad enti privati *tout court* o ad enti partecipati da Pubbliche Amministrazioni), il legislatore nazionale non ha introdotto norme specifiche, rimettendo la gestione dei rapporti di lavoro coinvolti alle scelte delle singole Amministrazioni coinvolte.

In tale contesto di notevole utilità si è rivelato l'art. 31 del d.lgs. 165/2001 la cui operatività è stata frequentemente richiamata *expressis verbis* dalle singole Amministrazioni in sede di affidamento a privati di attività e servizi originariamente gestiti in economia. La norma sembra recepire, infatti, una clausola di salvaguardia operante ogniqualvolta il trasferimento o conferimento d'attività pubbliche a soggetti privati non trovi una specifica regolamentazione normativa o provvedimentale<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Di "trasferimento d'ufficio" dall'Azienda di Stato per i Servizi Telefonici a società concessionarie (IRITEL S.p.a.) parla l'art. 4 della legge 29 gennaio 1992 n. 58 recante "disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni", che al comma 3 tuttavia consentiva – previo esercizio dell'opzione entro un certo termine – il mantenimento del regime di pubblico impiego al personale trasferito. Sull'esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. come richiamato dall'art. 31 a questa vicenda, peraltro caratterizzata da un'ulteriore fusione di IRITEL in TELECOM S.p.a., si vedano Cass. 21 aprile 2008, n. 10315; Cass. 9 gennaio 2006 n. 80; Cass. 15 novembre 2003 n. 17131, pubblicata in *RIDL*, 2004, II, p. 649 con nota di ROMEI. Ed ancora si veda il d.l. n. 513 del 1994, convertito con modificazioni nella legge n. 595 del 1994, recante norme sulla "Liquidazione dell'Ente nazionale per la cellulosa e per la carta" che prevedeva il trasferimento del personale dell'ENCC ad altri enti pubblici previa adozione di un d.p.c.m. Sulla inapplicabilità a tale fattispecie dell'art. 2112 c.c. si veda Cons. St., 9 agosto 2005, n. 4217. Ed ancora l'art. 7 della legge 8 agosto 2002 n. 178, che ha disposto la trasformazione dell'Ente nazionale strade ANAS in ANAS S.p.a., al comma 9 sinteticamente prevede la continuazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell'Ente Anas presso l'Anas Spa, con applicazione delle "precedenti disposizioni". In proposito si veda CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in CARABELLI, CARINCI, *Il pubblico impiego in Italia*, Giappichelli, Torino 2010; ID., *I contratti di lavoro dei dipendenti pubblici alla prova dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione*, in AA.Vv., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Tomo I, Cacucci, Bari, 2008.

<sup>35</sup> È di tale opinione BASENGHI in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro Pubblico*, 2011, Giuffrè, Milano. Sulla possibilità che la disposizione speciale sia costituita da un provvedimento amministrativo o da una clausola contrattuale la dottrina non è concorde. Par-



L'art. 31 prevede, invero, che *“fatte salve le disposizioni speciali nel caso di trasferimento o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti”* si applichino l'art. 2112 c.c. e si osservino le procedure di informazione e consultazione di cui all'art. 47 commi da 1 a 4 della legge 29 dicembre 1990 n. 428.

L'ampia valenza semantica delle locuzioni richiamate nella norma sarebbe, secondo i Giudici di legittimità, espressione della volontà di comprendere nello spettro applicativo della norma *“in funzione della tutela dei dipendenti pubblici addetti alle attività trasferite”* ogni vicenda traslativa riguardante un'attività svolta dal soggetto pubblico, a prescindere dallo strumento tecnico adoperato<sup>36</sup>.

rebbe però potersi evincere dalla lettera stessa dell'art. 31 e dalla circostanza che nei precedenti artt. 62 del d.lgs. 29/1993 e 4 del d.lgs. 80/1998 si facesse riferimento a leggi speciali. Di tale avviso MAINARDI, CASALE, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale*, in *QDLRI*, 2004, p. 165; cfr. anche CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, 2003, 945; MAINARDI, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, in CARINCI, ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004; FERRETTI, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in *LPA*, 2005, p. 634. Secondo l'A. *“si nota come la nuova formulazione, utilizzando il generico termine «disposizioni» estenda la valenza di «specialità» rinviando anche a fonti secondarie o per parte della dottrina addirittura non propriamente normative (quindi non solo leggi statali o regionali, ma anche decreti ministeriali, provvedimenti amministrativi, convenzioni, ecc.). Le disposizioni speciali possono prevedere forme di tutela ulteriori rispetto a quelle precedentemente presentate, arrivando, ad esempio, a riconoscere rilevanza alla volontà del lavoratore trasferito, conferendogli la facoltà di optare, entro certi limiti (es. posti in organico) per il passaggio verso l'uno o l'altro datore di lavoro”*.

Tra gli interventi più noti si ricorda la l. 27 dicembre 1997 n. 449 che, ad esito della dismissione di attività non essenziali già voluta dalla l.d. Bassanini 15 marzo 1997 n. 59, all'art. 44 ha disposto che: *“le amministrazioni e gli enti interessati alla dismissione di attività per i fini di cui al comma 1 possono costituire, per l'esercizio delle attività dismesse, società miste con la compartecipazione del personale adibito alle funzioni dismesse e di altri soci scelti secondo procedure concorsuali aperte. La partecipazione pubblica a tali società non può avere durata superiore a cinque anni e deve concludersi con la completa privatizzazione della società. 3. Il personale risultante in esubero a seguito dei processi di dismissione, che non transita nelle società private cui sono attribuite le attività dismesse, può essere assorbito, nei limiti della dotazione organica così come determinata entro sei mesi dall'avvenuta dismissione, dall'amministrazione che ha operato la dismissione. Al personale assorbito si applica l'articolo 2112 del codice civile. 4. Le disposizioni dell'articolo 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59, si applicano altresì alle trasformazioni delle strutture, anche a carattere aziendale, delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29”*.

<sup>36</sup> Cass. 12 agosto 2014, n. 17894; Cass. 5 dicembre 2014 n. 25823; Cass. 31 gennaio 2013, n. 228; Cass. 11 luglio 2012, n. 11660; Cass. 26 settembre 2012 n. 16376.

Ma non solo, l'estensione dell'applicazione del principio di continuità dei rapporti di lavoro alle ipotesi di “conferimento” di attività, parrebbe addirittura riferirsi all'attribuzione unilaterale ed autoritativa di servizi<sup>37</sup>, originariamente gestiti in economia, all'esterno dell'Amministrazione o di servizi che non siano stati precedentemente gestiti dalla Pubblica Amministrazione ma creati in sede di esternalizzazione<sup>38</sup>.

Più precisamente i Giudici di legittimità hanno affermato che “*il tenore letterale e la ratio della disposizione in questione rendono di tutta evidenza che la disciplina*” espressamente richiamata dall'art. 31 d.lgs. 165/2001 sia applicabile “*anche al passaggio di personale da ente pubblico (...) a società di diritto privato, alla quale è stato attribuito l'esercizio di funzioni o servizi in precedenza esercitati direttamente dall'ente*”<sup>39</sup>. Ha precisato inoltre la Corte che “*la norma in esame non fa alcun riferimento alla preesistenza di una azienda in senso tecnico (intesa come complesso di beni organizzato diretto alla produzione di beni o servizi)*” passata dal soggetto pubblico alla società di diritto privato, “*limitandosi a parlare di “attribuzione” di “funzioni” in precedenza esercitate direttamente dall'ente pubblico*”. Da tale premessa discende che ai fini dell'applicabilità, “*non è dunque necessario indagare se nel patrimonio dell'ente pubblico già sussistesse di fatto una azienda in senso tecnico con le caratteristiche di cui (...) (conf. da ultimo Cass. n. 17894 del 2014)*”.

<sup>37</sup> Alla luce della formulazione dell'art. 31 d.lgs. 165/2001 non sono più condivisibili quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. alle ipotesi di concessione e affidamento di servizi vista la “*necessità di tutelare gli interessi di natura pubblicistica*” (cfr. Cass. 25 gennaio 1999, n. 672) od in ragione dell’“*impossibilità di configurare il servizio pubblico come complesso aziendale*” (cfr. Cass. 30 agosto 2000 n. 11423; Cass. 28 luglio 2004 n. 14266).

<sup>38</sup> MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112, in LG, 2010*. Ad avviso dell'Autore “*si potrebbe ritenere progressivamente esteso il regime anche a casi di affidamento per concessione amministrativa ad un soggetto pubblico o privato di servizi prima gestiti dall'ente pubblico quindi a prescindere dal fatto che il concessionario utilizzi gli stessi mezzi materiali o immateriali prima impiegati dall'ente gestore*”. Sarebbe invece da escludersi la applicabilità dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001 alla mera successione di concessionari nel medesimo servizio pubblico. Una volta che la concessione sia giunta a scadenza o revocata la gestione viene, infatti, riacquisita dall'ente concedente cui non è trasferito alcun dipendente dell'ex concessionario (salvo applicazione di c.d. Clausole di successione). Il conferimento del servizio al nuovo concessionario ha quindi luogo senza alcun ulteriore passaggio di addetti provenienti dall'Amministrazione, né alcun rapporto può rinvenirsi tra i due concessionari che si succedono e che hanno rapporti solo con il concedente. (Cf. Cass. 30 settembre 2003 n. 13949; Cass. 9 gennaio 2008 n. 199; C. Giust. 25 gennaio 2001, C-172/1999).

<sup>39</sup> Cass. 15 giugno 2007, n. 13994; Cass. 25 novembre 2014, n. 25021.

L'art. 31 sembrerebbe, pertanto, legittimare il passaggio automatico di personale a fronte di "ogni riorganizzazione di apparati amministrativi che comporti una redistribuzione di compiti tra enti diversi"<sup>40</sup> indipendentemente dalla stabilità e consistenza dell'attività trasferita, potendo quindi comprendere "ogni vicenda traslativa riguardante un'attività svolta originariamente da un soggetto pubblico"<sup>41</sup>.

Accogliendo un'interpretazione siffatta, capace di ricondurre entro i confini applicativi dell'art. 31 anche il mero subentro di un affidatario ad un altro nello svolgimento di alcuni compiti nonché il mero trasferimento del solo "elemento personale"<sup>42</sup>, secondo alcuni sarebbe stata introdotta una norma di miglior favore rispetto al dettato dell'art. 2112 c.c. In assenza della clausola di salvaguardia di cui all'art. 31 del d.lgs. 165/2001 il datore pubblico cedente si troverebbe, infatti, costretto a rideterminare l'organico ed avviare la messa in mobilità dei lavoratori coinvolti nel trasferimento<sup>43</sup>.

D'altro canto è altrettanto vero che così argomentando vicende che nel settore privato dovrebbero essere qualificate come mera cessione del contratto di lavoro e quindi richiederebbero il consenso individuale del soggetto ceduto, nel settore pubblico genererebbero l'automatico passaggio del personale perché attratte nell'area di applicazione dell'art. 31 d.lgs. 165/2001, determinando una "negazione radicale dell'autonomia del lavoratore nella scelta del contesto organizzativo e della controparte contrattuale della prestazione di lavoro"<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, 2003, 945. Secondo tale ricostruzione rilievo assumerebbe altresì la collocazione sistematica dell'art. 31 d.lgs. 165/2001, inserito all'interno del titolo II del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 che è dedicato alla organizzazione. La disposizione dovrebbe infatti esser letta come fonte di una nuova ipotesi di mobilità del personale, libera dalla sussistenza di precisi requisiti, ma coincidente con il mero mutamento nella titolarità di un'attività. Vi è chi ha sostenuto che la disposizione abbia invece natura principalmente organizzativa ragion per cui la tutela dei rapporti di lavoro non è l'obiettivo primario della norma ma meramente eventuale. Di tale avviso è MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 11, All. 1. L'Autore aggiunge che, essendo il passaggio di personale eventuale, e frequentemente regolato da norme specifiche, il richiamo all'art. 2112 c.c. si rivelerebbe addirittura insincero "perché la normativa richiamata in realtà risulterà quasi sempre neutralizzata da quella speciale".

<sup>41</sup> BASENGHI, *Sub art. 31*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>42</sup> MARTIGNONI, *Trasferimento personale e "trasferimento di attività" tra pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, in *D&L*, 2005, p. 201.

<sup>43</sup> MARINELLI, *La tutela dei lavoratori pubblici nel trasferimento di attività*, in *Rdeta*, 2008, p. 9 in linea con CASALE, MAINARDI, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, in *QDLRI*, 2004.

<sup>44</sup> Si vedano i paradossi derivanti dalla irrilevanza del consenso combinata con un'inter-

Per evitare il rischio prospettato di una vera e propria eterogenesi dei fini della norma sorta allo scopo di tutelare i lavoratori, l'interprete ben potrebbe condizionare l'applicazione del principio di continuità dei rapporti di lavoro alla sussistenza di almeno parte dei requisiti di cui all'art. 2112 c.c.<sup>45</sup>. Potrebbe quindi essere qualificato come trasferimento d'attività solo un processo che coinvolga un'entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione<sup>46</sup>, quest'ultima non rinvenibile in caso di mera "esternalizzazione dei servizi, ove questi non integrino un ramo o parte di azienda"<sup>47</sup>. Solo nel caso in cui oggetto della vicenda traslativa sia un effettivo "assetto organizzativo" si realizzerà, quindi, una successione legale nel rapporto di lavoro tra cedente e cessionario, senza necessità del consenso dei contraenti ceduti; in caso contrario ricorrerà una mera cessione dei contratti di lavoro ex art. 1406 c.c.<sup>48</sup>, per il cui perfezionamento sarà necessario il consenso dei lavoratori ceduti<sup>49</sup>.

pretazione eccessivamente elastica della nozione di ramo d'azienda posti in evidenza da SCARPELLI, in SCARPELLI, MAGNANI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di Mariella Magnani e Franco Scarpelli*, in *GDLRI*, 1999, p. 485; SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, p. 150.

<sup>45</sup> Cass. 10 marzo 2009, n. 5709; Cass. 16 gennaio 2008, n. 677.

<sup>46</sup> In tal modo la più recente giurisprudenza ha escluso che la gestione pubblica di un dato servizio integrasse i requisiti di "complesso aziendale" richiesti ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. Cass. 28 luglio 2004, n. 14266, in *RGL*, 2005, II, 13. Con riferimento a tale ultima pronuncia riguardante l'attribuzione di un servizio pubblico gestito in economia da un Comune ad una azienda speciale a tale fine costituita occorre tuttavia precisare come nell'escludere l'applicazione del 2112 c.c. la Corte dà rilievo alla circostanza che il trasferimento avesse origine provvedimentoale e non negoziale, quando è lo stesso art. 2112.5 c.c. ad aver contemplato espressamente tra gli strumenti giuridici idonei a determinare il passaggio di personale "il provvedimento". Nello stesso senso anche Cass. 30 agosto 2000, 11423 ma, come osserva criticamente Menghini a commento della stessa Cass. 28 luglio 2004, n. 14266, sempre in *RGL*, 2005, II, 13, con motivazioni assai differenti.

<sup>47</sup> Cfr. Cass. 17 luglio 2008 n. 19740. Mentre in caso di cessione di ramo di azienda si realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno di consenso dei contraenti ceduti nel caso della mera esternalizzazione di servizi ricorre la fattispecie della cessione dei contratti di lavoro che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei ceduti. Quindi i lavoratori ceduti senza consenso hanno diritto a chiedere il risarcimento dei danni per illegittima cessione del rapporto ai sensi dell'art. 1218 c.c.

<sup>48</sup> Riconducibile quindi alle ipotesi di mobilità volontaria di cui all'art. 30 d.lgs. 165/2001 sulle quali si veda il commento di ESPOSITO, SANTAGATA, *La mobilità del personale tra autonomia negoziale ed evidenza pubblica*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica della riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, p. 335.

<sup>49</sup> Cass. 10 marzo 2009, n. 5709; Cass. 17 luglio 2008, n. 19740, in *MG*, 2008; Cass. 8 agosto 2007, n. 17434, in *MGL*, 2007.

Il passaggio di personale, del resto, non è che una conseguenza normativa dell'“assegnazione di una preesistente attività unitariamente considerata, di competenza di un determinato soggetto pubblico, ad un diverso soggetto”<sup>50</sup>.

Anche la Corte di Giustizia, pur avendo già da tempo chiarito che il coinvolgimento di un soggetto pubblico nella vicenda traslativa non costituisce affatto un ostacolo all'applicazione della direttiva 2001/23/UE<sup>51</sup>, ha preteso che ai fini dell'applicazione della direttiva stessa debbano sussistere precise condizioni<sup>52</sup>. Pur essendo indiscusso che nel riferirsi all'*impresa* la direttiva 2001/23/UE allude ad ogni attività economica di offerta di beni e servizi, organizzata stabilmente “a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima”<sup>53</sup>, il trasferimento dovrà comunque riguardare

<sup>50</sup> Cass. 16 gennaio 2008 n. 677. Criterio fondamentale per l'applicazione della disciplina del trasferimento è quindi l'identificabilità di un elemento che pur fortemente dematerializzato rispetto a quanto richiesto dall'art. 2112 c.c., non può mancare e non può identificarsi nella sola vicenda del passaggio di un più o meno cospicuo gruppo di dipendenti, v. BASENGHI, *Sub art. 31*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011. Secondo l'A. Fermo il profilo organizzativo dell'entità economica, quanto al requisito della sua autonomia si richiama per completezza la sentenza 12 febbraio 2009 della C. Giust. *Deitmar Klarenberg C-466/07* che ha per l'appunto ridefinito la nozione di identità economica proprio con riferimento alla sua autonomia organizzativa al fine di non privare la direttiva di una “parte del suo effetto utile”. Ha così ritenuto la Corte che la direttiva 2001/23/CE debba trovare applicazione anche in una situazione in cui l'oggetto del trasferimento non conservi la sua autonomia organizzativa a condizione che “sia mantenuto il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione trasferiti”.

<sup>51</sup> Sull'applicabilità della direttiva, pur nella sua originaria versione n. 77/187/CE, ai trasferimenti che coinvolgono enti pubblici si vedano *ex multis*, 15 ottobre 1996, *Henke C-298/94*, 26 settembre 2000, *Mayeur C-175/99* e, C. Giust. 14 settembre 2000, *Collino e Chiappero C-343/98*, quest'ultima sulla privatizzazione del settore delle telecomunicazioni italiane, disposto con concessione da un ente integrato nell'amministrazione statale ad una società privata ma totalmente partecipata da un soggetto pubblico. In proposito si veda MENEGATTI, *Pubbliche amministrazioni e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza comunitaria*, in *LG*, 2002, p. 956.

<sup>52</sup> In proposito si veda NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, 2002, p. 159. Secondo l'A. presupposto essenziale ai fini dell'operatività della disciplina dell'art. 31 d.lgs. 165/2001 dovrebbe comunque essere il mutamento di titolarità nell'attività economica organizzata. Perché quindi l'art. 31 d.lgs. 165/2001 possa trovare applicazione anche nel caso di successione tra affidatari di un servizio dovrà essere comunque necessario che l'affidatario subentrante impieghi la stessa organizzazione del precedente. Organizzazione che dovrà quindi rimanere inalterata almeno nei tratti essenziali. Si veda anche DE SIMONE, *Modificazioni soggettive dei gestori di servizi pubblici locali e disciplina del trasferimento d'azienda. Prime riflessioni sul rapporto tra norme speciali e norme generali dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in *LD*, 2002, p. 181.

<sup>53</sup> V. da ultimo punto 42 sentenza C. Giust. 6 settembre 2011, C-108/2011 *Scattolon* ma

un'entità economica che conserva la propria identità dopo l'avvicinarsi, nel caso in esame, tra ente pubblico cedente e privato cessionario. Oggetto di valutazione complessiva dell'interprete saranno quindi il tipo d'impresa, la cessione o meno di elementi materiali, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della parte più rilevante del personale ad opera del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione, nonché la durata di un'eventuale sospensione di tali attività<sup>54</sup>.

Vero è che, anche nelle vicende circolatorie che coinvolgono enti pubblici (si pensi in particolare a settori come quello socio assistenziale), detta entità economica potrebbe coincidere con l'attività prestata stabilmente da un gruppo di lavoratori, purché dotato di una certa libertà nell'organizzare ed eseguire i compiti affidatigli<sup>55</sup>.

Ebbene in tal caso l'identità potrà dirsi preservata dopo il trasferimento qualora il nuovo titolare dell'impresa non si limiti a proseguire l'attività ma *“riassuma una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti”*<sup>56</sup> indipendentemente dal passaggio di elementi patrimoniali materiali o immateriali<sup>57</sup>.

Attraeando nel campo applicativo della direttiva anche le ipotesi di trasferimento di attività c.d. labour intensive la Corte non intende, peraltro, ridurre l'entità economica alla mera attività trasferita. L'entità economica, anche laddove coincida con il lavoro prestato, emergerà, infatti, *“da una pluralità di elementi inscindibili tra loro, quali il personale che la compone, i suoi quadri direttivi, la sua organizzazione di lavoro, i suoi metodi di gestione od anche, eventualmente i mezzi di gestione a sua disposizione”*<sup>58</sup>.

anche le sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal* e a., punti 26 e 27; 26 settembre 2000, causa C-175/99, *Mayeur* punto 32, nonché 20 novembre 2003 C-340/01 *Abler* e a.), punto 30; v. altresì, relativamente all'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/23, sentenze 13 settembre 2007, causa C-458/05, *Jouini* e a., punto 31, nonché 29 luglio 2010, causa C-151/09, *UGTFSP*, punto 26).

<sup>54</sup> Cfr. punto 34 della sentenza C. Giust. 20 gennaio 2011, *CLECE SA c. Maria Socorro Martin Valor*.

<sup>55</sup> In tal senso, sentenza *Hidalgo*, cit., punto 27.

<sup>56</sup> Punto 36 della sentenza C. Giust. 20 gennaio 2011 *CLECE SA c. Maria Socorro Martin Valor* preceduta da *Suzen*, punto 21; *Hernandez Vidal* punto 32; 10 dicembre 1998 C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo*, punto 32; 24 gennaio 2002 C-1/00 *Temco*, p. 33, *UGT-FSP*, p. 29.

<sup>57</sup> Punto 50, sentenza *Scattolon*.

<sup>58</sup> C. Giust. 20 gennaio 2011, C-463/09 *CLECE SA Maria Socorro Martin Valor* punto 41.

Ci si limita a ricordare, infine, che un ampliamento della portata della direttiva nel settore pubblico è stato ulteriormente impresso dalla recente sentenza Scattolon riguardante, come noto, il personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA)<sup>59</sup> della scuola trasferito dagli enti locali al Ministero in base alla legge 3 maggio 1999, n. 124, art. 8.

In linea con un'interpretazione già accolta nei precedenti *Mayeur e Hidalgo*<sup>60</sup> la Corte di Giustizia ha, infatti, superato l'unico limite posto dalla direttiva 2001/23/CE in materia di trasferimenti nell'ambito di Enti Pubblici.

Ai sensi dell'art. 1 co. 1 lett. C), invero, la “*riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici*” non rientrano nella sfera applicativa della direttiva. Ebbene, ad avviso dei Giudici di Lussemburgo detta disposizione non può essere interpretata escludendo dalla tutela della direttiva i pubblici impiegati, protetti in quanto lavoratori in forza dell'ordinamento nazionale e soggetti ad un trasferimento verso un nuovo datore di lavoro in seno alla pubblica amministrazione, “*sol perché questo trasferimento avviene nell'ambito di una riorganizzazione di detta amministrazione*”. Al contrario la direttiva può essere applicata a lavoratori coinvolti nell'ambito di una riorganizzazione della Pubblica Amministrazione purché il trasferimento non attenga attività “*rientranti nell'esercizio di pubblici poteri*”<sup>61</sup>.

#### b) La reinternalizzazione del servizio, gli effetti sul personale

Il testo dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001 non fa alcuna menzione delle fattispecie inverse rispetto a quella del trasferimento di attività, ossia al passaggio di gestione di un servizio – precedentemente affidato ad un soggetto terzo, spesso una società pubblica – nuovamente in capo alla Pubblica Amministrazione.

Eppure le vicende di c.d. reinternalizzazione dei servizi e delle attività

Publicata su LG, 2011, 509 con nota di SPINELLI. v. anche C. Giust. 29 luglio 2010 *Federation de servicios publicos de la UGT*, C-151/2009.

<sup>59</sup> Per un approfondimento della peculiare vicenda del personale ATA si rinvia a CESTER, *Il trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo stato davanti alla corte di giustizia*, in RIDL, 2012, 124; PORCHIA, *La sentenza Scattolon sulla disciplina sul trasferimento del personale ATA: un caso emblematico della difficoltà del dialogo a tre*, in GME, 2012, p. 127; DI LEO, *Le corti superiori nel sistema multilevel e opportunità di un ulteriore dialogo nel caso ATA*, in LG, 2012, p. 434.

<sup>60</sup> 10 dicembre 1998 C-173/96 e C- 247/96, *Hidalgo*.

<sup>61</sup> Punto 54 *Scattolon*, punti 31 e 32 *Collino e Chiappero*.

costituiscono un fenomeno molto frequente, soprattutto a livello locale, privo di una disciplina specifica che regoli innanzitutto la posizione giuridica dei lavoratori operanti in tali settori.

A colmare la lacuna normativa è intervenuta la ricca produzione parossistica della Corte dei Conti. I Giudici contabili delle sezioni territoriali sono stati, infatti, frequentemente interpellati dai singoli Enti locali ogniqualvolta, analizzati i costi, valutata la qualità dei servizi erogati nonché il diverso grado di efficienza nello svolgimento delle attività rese o, più semplicemente, a seguito della liquidazione o dismissione della società affidataria<sup>62</sup>, si fosse rivelato necessario optare per una riassunzione dell'esercizio diretto di attività precedentemente affidate a terzi<sup>63</sup>. Al riguardo l'orientamento espresso dalla Corte dei conti non è stato sempre uniforme.

In passato alcune sezioni si erano limitate ad escludere in modo *tranchant* “qualsiasi passaggio diretto del personale da soggetti privati a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende anche nell'ipotesi di successiva ripresa dell'attività da parte della medesima pubblica amministrazione”<sup>64</sup>. In caso contrario, infatti, sarebbe stato aggirato il principio costituzionale del reclutamento del per-

<sup>62</sup> Da ultimo ad esempio potrebbe discendere dall'attuazione del piano di razionalizzazione delle società partecipate incaricate della gestione dei servizi pubblici locali economicamente rilevanti. Sulla base delle direttive contenute nella legge di stabilità per il 2015, l. 23 dicembre 2014 n. 190 (art. 1 commi 611 e ss) a decorrere dal primo gennaio 2015 è stato avviato un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie possedute direttamente o indirettamente, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre del 2015. I criteri da seguire, indicati dal comma 611 (art. 1) della l. 190/2014, prevedono anche l'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica. I risultati conseguiti devono essere illustrati in una apposita relazione da predisporre, pubblicare sul proprio sito web e trasmettere alla Corte dei Conti entro il 31 marzo 2016. Per quanto riguarda la gestione delle problematiche legate al personale in servizio presso le società oggetto del piano di razionalizzazione, si applicano le norme di cui all'art. 1 commi da 563 a 568-ter della l. 27 dicembre 2013 n. 147, sulle quali v. *infra* (legge di Stabilità 2014).

<sup>63</sup> Cfr. C. Conti Sez. Un. 2 febbraio 2012 in 3/CONTR./2012. Per un commento cfr. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *LPA*, 2009, p. 3-4; BELLUMAT, *Internalizzazione di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *ADL*, 2010, 4 nota a Cass. 13 novembre 2009 n. 24093; *Sul regime giuridico applicabile ai c.d. lavoratori estranei alle finalità istituzionali della P.A.*, *ibidem*, 2008, p. 473. Recentemente cfr. GUERRIERI, *La reinternalizzazione nei servizi pubblici locali, Urbanistica e appalti*, 2013, p. 597 (nota a C. Conti Regione Lazio, controllo, 9 gennaio 2013 n. 2). Si vedano anche SORDI, *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, in *LPA*, 2010, p. 1117.

<sup>64</sup> C. Conti Veneto sez. controllo Ad. 8 maggio 2008 n. 18.



sonale delle amministrazioni mediante pubblico concorso – che, come sancito dalla Consulta, costituisce la forma generale ed ordinaria di reclutamento nel pubblico impiego<sup>65</sup> – derogabile unicamente a fronte di una “*chiara e univoca volontà da parte del legislatore nazionale*”<sup>66</sup> in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico<sup>67</sup>.

In parziale difformità con la tesi descritta, alcune sezioni territoriali della Corte dei conti erano giunte ad escludere l'applicazione dell'art. 31 d.lgs. 165/2001, ammettendo peraltro l'operatività dell'art. 2112 c.c. Il processo di reinternalizzazione del servizio pubblico sarebbe, infatti, “*equiparabile al trasferimento d'azienda*” previsto dal Codice civile. Di tal ché il diritto alla reintegrazione nei ruoli dell'ente pubblico spetterebbe non solo ai dipendenti originariamente assunti dall'Amministrazione e trasferiti alle dipendenze dell'affidatario, unitamente al servizio<sup>68</sup>, ma anche a coloro che siano stati successivamente assunti direttamente dalla società incaricata della gestione, previa la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie traslativa dell'art. 2112 c.c.<sup>69</sup>. Il personale assunto direttamente dal soggetto privato, affi-

<sup>65</sup> Da ultimo si veda C. Cost., 30 gennaio 2015 n. 7. *Ex multis* si vedano le sentenze C. Cost. 21 maggio 2014, n. 134; 22 novembre 2013 n. 277; 13 giugno 2013 n. 137; 26 febbraio 2013 n. 28 e 18 gennaio 2013, n. 3.

<sup>66</sup> C. Conti, Veneto, 8 maggio 2008 n. 18/2008/CONS; C. Conti sez. Lombardia, 30 novembre 2011, n. 1014; C. Conti sez. Toscana, parere 18 dicembre 2008.

<sup>67</sup> C. Cost. sentenze 21 maggio 2014, n. 134; 13 settembre 2012, n. 217; 23 novembre 2011, n. 310; 15 gennaio 2010, n. 9; 13 gennaio 2009 n. 293 e 8 luglio 2009, n. 215; 3 marzo 2006, n. 81.

<sup>68</sup> C. Conti Lombardia parere 987 del 5 novembre 2009.

<sup>69</sup> La reinternalizzazione del personale è subordinata alla “*persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria*”; alla “*disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento*”; all’*“espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la ri-ammissione dei dipendenti*”; all’*“inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria. In presenza di tali condizioni, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 2112 c.c., l'amministrazione, ove ritenga corrispondente all'interesse pubblico integrare il proprio organico, può disporre il re-inquadramento dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria, senza ledere il principio della concorsualità”*. Sezioni Riunite Adunanza 26 marzo 2010, 8/contr/2010; Adunanza n. 8 del 12 aprile 2010 nonché Sezione controllo Lombardia 1015/2010/par. Sussisterebbe invece un vero e proprio obbligo dell'Ente pubblico affidante di procedere alla reinternalizzazione “*a condizione che vi sia stato trasferimento di personale al momento della costituzione della società o dell'affidamento del servizio alla medesima e sia stato previsto a norma di statuto o di regolamento di servizio ovvero mediante un protocollo di intesa tra l'Amministrazione locale e le organizzazioni sindacali di settore, il reintegro nel ruolo dell'ente locale in caso di scio-*

datario del servizio, avrebbe dovuto, invece, essere selezionato mediante una procedura di reclutamento conforme all'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112<sup>70</sup> e, ancor prima, dell'art. 97 co. 3 Cost.

In parte risolvendo la *querelle* sorta tra le singole sezioni, nel 2012 sono intervenute le Sezioni Riunite della Corte dei conti che, con le delibere 3 e 4, hanno elaborato alcuni principi in grado di integrare parzialmente il vuoto normativo che connota la materia anche sotto questo specifico profilo. Detti principi attengono da un lato al rispetto dei vincoli di contenimento della spesa normativamente imposti, in particolare, agli enti locali, da un altro al rispetto delle procedure concorsuali nella selezione del personale.

Sotto il primo aspetto il legislatore ha, da tempo, previsto la soggezione degli enti locali all'obbligo di riduzione annuale della spesa per il personale<sup>71</sup> nonché di rispetto di un predeterminato rapporto strutturale tra spese del personale e spese correnti<sup>72</sup>. Ebbene, sottolineano le Sezioni Riunite, gli obblighi sono sanciti da norme cogenti “*che rispondono a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari*” ragion per cui in sede di reinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni, non potranno che essere rispettati nella loro totalità<sup>73</sup>.

Quanto alla possibilità che in sede di reinternalizzazione il personale di un ente privato venga trasferito automaticamente nei ruoli dell'ente locale, i giudici contabili hanno ribadito la priorità del principio di concorsualità come unico metodo utile a selezionare i soggetti più capaci in funzione dell'efficienza stessa della pubblica amministrazione.

*glimento della società o di parziale reinternalizzazione dei servizi pubblici locali*” (C. Conti Lombardia 1014/2010/par. 30 novembre 2010).

<sup>70</sup> Ribadito dall'art. 17, co. 10 del d.l. n. 78/2009, convertito dalla l. n. 102/2009. A commento si veda PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in LPA, 2009, p. 629.

<sup>71</sup> Commi 557, 557 bis e 557 ter dell'art. 1 della l. 296/2006 come successivamente modificato anche dall'art. 14, co. 7, d.l. 78/2010.

<sup>72</sup> Attualmente previsto dall'art. 3, co. 5, del d.l. 90/2014 sulla base del quale “*Negli anni 2014 e 2015 le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno procedono ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 60 per cento di quella relativa al personale di ruolo cessato nell'anno precedente*”.

<sup>73</sup> In particolare cfr. Delibera C. Conti a sezioni riunite in sede di controllo n. 3/CONTR/2012 del 2 febbraio 2012 nonché n. 4/CONTR/2012 del 3 febbraio 2012. In linea con le delibere delle Sezioni Riunite si veda anche Parere 174/2013/PAR. C. Conti, sezione controllo, Toscana nonché C. Conti Piemonte (sez. Controllo) 3/2012/SRCPIE/PAR.

Tale presupposto costituisce quindi un ostacolo ad ogni automatismo sancito all'art. 31 del d.lgs. 165/2001 così come all'art. 2112 cod. civ. Ad avviso dei giudici contabili, infatti, il principio di continuità dei rapporti di lavoro sarebbe applicabile alle sole ipotesi di esternalizzazione dei servizi pubblici ma non ai processi inversi di "*riespansione della gestione diretta*". Da ciò discende quindi che il personale assunto direttamente dalla società affidataria senza il ricorso alle procedure aperte di selezione pubblica, "*non può essere in alcun modo ricondotto nella disciplina di salvaguardia posta dagli artt. 31 del d.lgs. n. 165/2001 e 2112 cod. civ. a pena di violazione del principio sancito dall'art. 97, comma 3, della Costituzione*".

È dato, quindi, dedurre che il personale assunto direttamente dalla società affidataria previo esperimento delle procedure selettive pubbliche previste per legge<sup>74</sup> avrà diritto di vedersi inserito nei ruoli dell'ente affidante, nel rispetto dei vincoli di spesa sopra richiamati.

In proposito, peraltro, è utile rammentare che a seguito della legge di stabilità per il 2014<sup>75</sup> il ripristino del rapporto di lavoro presso l'ente pubblico, dovuto a scelta organizzativa dell'ente affidante od a liquidazione/dismissione dell'ente affidatario, costituisce solo una delle opzioni possibili, la più onerosa per l'Amministrazione.

Sulla scorta dell'art. 1, commi 563 e seguenti, della citata legge di Stabilità, a fronte di esigenze di riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché di razionalizzazione delle spese e di risanamento economico-finanziario degli enti affidanti oppure nel caso in cui le società controllate direttamente o indirettamente o i loro enti strumentali, rilevino eccedenze di personale e l'incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti, potranno, infatti, essere avviate specifiche procedure di mobilità al di fuori delle ipotesi dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001.

Segnatamente, sussistendo le esigenze sopra descritte, la legge di stabilità delinea due modelli di mobilità del personale, che in nessun caso comportano il ripristino del rapporto alle dipendenze dell'ente pubblico.

La prima coinvolge esclusivamente le società pubbliche che, sulla base di un *accordo*, previa informativa rivolta alle rappresentanze sindacali operanti presso la società ed alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto col-

<sup>74</sup> Art. 18 d.l. 25 giugno 2008 n. 112.

<sup>75</sup> L. 27 dicembre 2013 n. 147.

lettivo dalla stessa applicato, potranno realizzare processi di mobilità del personale, cui si applicheranno i commi primo e terzo dell'art. 2112 c.c., senza necessità del consenso dei lavoratori.

La seconda contempla, invece, quale mero “*regista*” della procedura, anche l'ente pubblico affidante. Entro dieci giorni dal ricevimento, da parte delle rappresentanze sindacali, di una informativa recante numero, collocazione aziendale e profili professionali del personale in eccedenza, infatti, l'ente pubblico controllante, avrà cura che si proceda alla riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza nell'ambito della stessa società, mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, ovvero presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali.

Al fine di gestire le eccedenze è anche possibile che enti pubblici controllanti e le società partecipate concludano accordi collettivi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative finalizzati alla realizzazione di “*forme di trasferimento in mobilità*” dei dipendenti in esubero presso altre società dello stesso tipo operanti anche al di fuori del territorio della regione ove hanno sede le società interessate da eccedenze di personale<sup>76</sup>.

Come è stato recentemente sottolineato dalla sezione autonomie della Corte dei conti<sup>77</sup> la peculiare disciplina sulla mobilità del personale alle dipendenze di società partecipate, che tende ad applicare a tale settore i principi della mobilità vigenti nel pubblico impiego<sup>78</sup> è diretta ad offrire adeguati mezzi di tutela in favore del personale rivelatosi in esubero “*a seguito dei processi di razionalizzazione della galassia delle partecipazioni pubbliche*” nonché contestualmente ad “*incentivare il percorso di risanamento degli organismi partecipati*”. La ricollocazione del personale eccedentario assume, infatti, un ruolo

<sup>76</sup> Si precisa inoltre che con il d.l. n. 16/2014 è stato aggiunto il comma 568-ter all'art. 1, l. n. 147/2013, norma che riconosce al personale in esubero delle società partecipate che risulti privo di occupazione, fatta salva l'applicazione delle misure di mobilità previste ai commi precedenti, la precedenza, a parità di requisiti, per l'impiego nell'ambito di missioni afferenti a contratti di somministrazione di lavoro stipulati dalle stesse pubbliche amministrazioni, per esigenze temporanee o straordinarie, proprie o di loro enti strumentali. Il personale dipendente dalle società può poi presentare alla società datrice di lavoro o all'ente controllante, entro un termine determinato, istanza di ricollocazione anche in una qualifica inferiore nella stessa o in altra società (art. 1, co. 567-bis, l. n. 147/2013, introdotto dall'art. 5, co. 2, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114).

<sup>77</sup> C. Conti Sezione Autonomie 17 febbraio 2015, 9 /SEZAUT/2015/QMIG.

<sup>78</sup> Per il quale si rinvia a ESPOSITO, SANTAGATA, *op. cit.*

centrale ai fini del buon esito delle operazioni di dismissione/alienazione degli organismi partecipati, nella prassi frequentemente ostacolate dai riflessi occupazionali che ne conseguono. È, infatti, indubbio, ad avviso dei giudici contabili, che la soluzione al problema non possa essere trovata nel riassorbimento del personale in esubero nei ruoli dell'Ente affidante.

Infine è utile ricordare che vicende ascrivibili ad ipotesi di reinternalizzazione del servizio siano state già oggetto di valutazione della Corte di Giustizia. Con la nota sentenza *Mayeur*, infatti, la Corte si è pronunciata proprio con riguardo ad una *réprise en régie* da parte del Comune francese di Metz di un servizio pubblico di interesse generale precedentemente affidato ad una Associazione privata. I giudici di Lussemburgo hanno, per l'appunto, ritenuto che *“l'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187 dev'essere interpretato nel senso che quest'ultima trova applicazione in caso di ripresa, ad opera di un Comune, persona giuridica di diritto pubblico operante nell'ambito delle specifiche norme del diritto amministrativo, delle attività di pubblicità e informazione sui servizi offerti al pubblico dalla medesima e fino a quel momento prestati, nell'interesse di questo Comune, da un'associazione senza scopo di lucro, persona giuridica di diritto privato, sempreché l'entità ceduta conservi la propria identità”*.

Ma vi è di più. Nel caso in cui ad esito del trasferimento di attività da una persona giuridica di diritto privato ad una persona giuridica di diritto pubblico discenda una riduzione sostanziale della retribuzione, questa non potrà che essere considerata una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori. Di tal ché, nel caso in cui da tale sostanziale modifica discenda consequenzialmente la risoluzione del contratto, la stessa andrà considerata come *“dovuta a responsabilità del datore di lavoro”* in linea con l'art. 4 co. 2 della direttiva 2001/23/CE<sup>79</sup>.

#### 4. *La fase statica dell'affidamento. Quali norme applicare al personale successivamente alla privatizzazione?*

La sottoposizione di attività e servizi pubblici alle regole del mercato, mediante affidamento diretto od esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, comporta – si ripete – il passaggio da un regime di diritto pubblico

<sup>79</sup> C. Giust. 11 novembre 2004, C-425/02, *Delahaye*; 26 settembre 2000, C-175/99, *Mayeur*.

ad un regime di diritto privato anche per quanto riguarda la regolamentazione dei rapporti di lavoro.

Come si è anticipato la successione tra i due sistemi non è di agevole gestione. Innanzitutto, è intuibile, dalla stessa discende un rilevante mutamento, se non un deterioramento, delle complessive condizioni di lavoro; basti pensare alla stabilità del rapporto lavorativo, che sempre più pare costituire una prerogativa del pubblico impiego, ma anche all'orario di lavoro, alla mobilità, sino all'impiego di c.d. contratti di lavoro atipici, assai più "libero" nel settore privato rispetto a quello pubblico.

Proprio la persistenza di differenze tra regime pubblico e regime privato ha fatto sì che processi riorganizzativi come quelli in esame fossero frequentemente osteggiati, non solo dall'utenza (si pensi alle campagne referendarie contro la c.d. privatizzazione del servizio idrico), ma in prima battuta dagli stessi lavoratori. Per superare le ostilità ed agevolare le indirette "privatizzazioni" dei servizi pubblici locali le Amministrazioni hanno, quindi, spesso fatto ricorso a previsioni negoziali o provvedimentali di rilievo "sociale" che individuano a monte il trattamento contrattuale applicabile ai lavoratori operanti nel settore affidato od appaltato a privati.

Dette previsioni, dirette a temperare l'eventuale peggioramento delle complessive condizioni di lavoro (con riferimento ai lavoratori esternalizzati) o, comunque, a monitorare le condizioni di lavoro applicate dagli appaltatori (con riferimento ai lavoratori assunti *ex novo* dai privati affidatari) possono presentare svariati contenuti.

Nella prima ipotesi, ossia in caso di esternalizzazione di personale pubblico a sua volta derivante dall'affidamento a soggetti privati di un intero servizio o di un settore dell'Amministrazione Pubblica (si pensi al servizio di gestione dei rifiuti o di riscossione dei tributi di un comune) assai frequente si rivela ad esempio il ricorso a clausole che impongono all'affidatario il mantenimento dell'originario contratto collettivo del comparto enti locali<sup>80</sup>.

Più rare, ma comunque utilizzate, sono clausole che ammettono l'applicazione di un CCNL di categoria da parte del privato ma che contestualmente vincolano l'Ente affidante alla corresponsione dell'importo risultante dalla differenza tra il trattamento economico precedente, derivante dall'ap-

<sup>80</sup> Altrettanto diffuse e discusse sono poi le clausole di riassorbimento o di tutela del livello occupazionale dirette a garantire la successione dei lavoratori da un aggiudicatario all'altro nei settori particolarmente "dinamici", come pulizie e ristorazione, alle quali, per ragioni di spazio, non ci si dedicherà in questa sede.

plicazione del contratto collettivo di comparto, e quello previsto nel contratto collettivo di categoria applicato dall'affidatario<sup>81</sup>.

Negli altri casi in cui, invece, non vi sia, unitamente al servizio, un'esternalizzazione di personale pubblico ma la scelta dell'Amministrazione si esaurisca nell'affidamento di un appalto a soggetti privati per la gestione di servizi od attività, le clausole maggiormente impiegate sono quelle mediante le quali gli enti affidanti predeterminano il contratto collettivo applicabile.

Va precisato che tali clausole sono generalmente recepite, nell'ambito di offerte economicamente più vantaggiose, tra i criteri qualitativi che vengono valutati (sulla base del punteggio loro assegnato) ai fini dell'aggiudicazione. Secondo la prevalente interpretazione giurisprudenziale dette clausole devono, peraltro, essere necessariamente coerenti con l'oggetto dell'appalto. Ha, infatti, recentemente chiarito il Consiglio di Stato che *“la contrattazione collettiva che le imprese partecipanti a procedure di affidamento di appalti pubblici sono tenute a rispettare deve essere coerente con la natura delle prestazioni oggetto dei contratti posti a gara (collegata alla realtà dell'operazione successiva), a garanzia della corretta esecuzione degli stessi”*. Ad avviso del Supremo Collegio Amministrativo, inoltre, questo profilo rileva ai fini della verifica della congruità dell'offerta, ma non già come ragione di esclusione dalla gara<sup>82</sup>.

Non va trascurato che del resto è lo stesso Codice degli appalti pubblici, attualmente oggetto di riforma, ad aver cristallizzato una clausola di tale natura, sulla scorta della quale per l'appunto *“l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni”* (cfr. art. 118 co. 6 d.lgs. 163/2006).

Sempre secondo la tesi dei giudici amministrativi, inoltre, detta norma deve essere interpretata nel quadro dei principi evincibili dall'orientamento della Corte di cassazione in relazione all'inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. ed alla conseguente libertà del datore di lavoro di determinare il trattamento contrattuale collettivo applicabile. Da tale premessa discende, infatti, che *“l'esame dell'incidenza del CCNL proposto da un concorrente sulla congruità e affidabilità dell'offerta deve essere svolto dimostrando come il trattamento economico previsto nel contratto sia o meno conforme al precetto dell'art. 36, Cost. (tenuto conto*

<sup>81</sup> Si veda l'esempio “virtuoso” della privatizzazione dell'asilo nido di comune di Vimercate. In proposito BIELLA, *Come risanare l'asilo nido comunale? Vendendolo al privato (sociale)*, su *Vita.it*, 18 marzo 2014.

<sup>82</sup> Cons. St., Sez.V, 11 luglio 2014 n. 3571.

*anche di quanto previsto, in tema di verifica delle offerte anomale, dall'art. 87, c. 3, codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'offerta economica non rispettosa dei concordati minimi salariali dev'essere, in tali casi, automaticamente esclusa dalla gara)*<sup>83</sup>.

Sembra dunque di poter concludere che, ferma la possibilità di assegnare – in sede di bando – punteggi premiali all'applicazione da parte degli aspiranti aggiudicatari del CCNL indicato dall'Ente pubblico appaltante<sup>84</sup>, un'esclusione potrà essere motivata solo nella misura in cui il CCNL applicato dal concorrente non sia rispettoso dell'art. 36 Cost. In tal caso, infatti, l'offerta non potrà che essere considerata anormalmente bassa ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006.

Si ritiene, infine, che il recepimento della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici ed in particolare dell'art. 18 par. 2 (rubricato “principi di aggiudicazione degli appalti”) non potrà che dare un nuovo impulso all'impiego di clausole come quelle sin qui brevemente descritte, così rinvigorendo il c.d. impiego strategico degli appalti pubblici, come auspicato anche in sede europea<sup>85</sup>. Prevede, infatti, la norma menzionata che “*gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'ese-*

<sup>83</sup> Cons. St., Sez.V, 30 marzo 2010 n. 1813. A proposito del principio enunciato dal Consiglio di Stato nella decisione menzionata si veda BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *LG*, 2010. Ad avviso dell'Autore, infatti, si tratta di una decisione “*logicamente incompleta e comunque parziale*”. Il trattamento retributivo proporzionato e sufficiente, è infatti, limitato alle sole componenti retributive che quantificano il trattamento minimo, con esclusione di tutte le componenti “accessorie” che non possono essere incluse nel minimo costituzionale, ma la cui attribuzione dipende esclusivamente dall'autonomia contrattuale delle parti. “*Si può dubitare, quindi, (...) che l'art. 36 Cost. possa, di per sé, giustificare un obbligo che (...) non è limitato al riconoscimento della retribuzione minima ma investe l'intera sfera dei trattamenti economici e normativi regolati dal contratto-parametro e dei relativi obblighi, incluso quello della continuità occupazionale imposto dalle clausole di contratto collettivo in tema di passaggio di gestione*”.

<sup>84</sup> È utile segnalare che secondo alcuna giurisprudenza nel determinare le condizioni economiche da porre a base d'asta, l'Amministrazione aggiudicatrice dell'appalto sarebbe “*tenuta a garantire un livello idoneo a consentire il rispetto del costo del lavoro risultante dalla contrattazione collettiva di categoria, riferito alle imprese che esercitano ordinariamente l'attività che costituisce oggetto dell'appalto*”. L'obbligo di assicurare parità di condizioni a tutti i partecipanti impedisce, infatti, di allestire un bando di gara “*che lasci liberi i concorrenti di formulare l'offerta facendo riferimento ad un contratto collettivo di lavoro di propria scelta*”. Cfr. TAR Roma, Sez. III quater – Sentenza del 7 aprile 2010 n. 5759 e TAR Torino, Sez. I – Sentenza del 27 ottobre 2008 n. 2687.

<sup>85</sup> Per un commento alla direttiva, si veda ALLAMPRESE-ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, 2014, p. 169.



*cuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X". Ebbene, in linea con il dettato del considerando n. 39, il rispetto dei contratti collettivi (individuati dall'Ente pubblico affidante) potrebbe per l'appunto essere contenuto in clausole inserite "negli appalti pubblici". Clausole che, se disattese dall'operatore economico, potrebbero comportare "l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico".*

### **Abstract**

Il contributo verte sulle implicazioni di carattere sociale connesse alla trasformazione dei servizi pubblici, in particolare a livello locale. Dopo un'introduzione sul concetto di servizio pubblico a livello europeo e sulla nozione di missione di interesse generale, l'Autore evidenzia brevemente le peculiarità del lavoro prestato nel settore dei servizi pubblici, tali da impedirne una completa equiparazione con il lavoro privato. La seconda parte del saggio si concentra poi sui profili dinamici e statici dei processi di c.d. privatizzazione dei servizi pubblici in Italia. Segnatamente sotto il profilo c.d. dinamico il contributo analizza l'attuale portata applicativa dell'art. 31 del d.lgs. 165/2001 nonché il frequente fenomeno della reinternalizzazione dei servizi. Dal punto di vista "statico" il saggio si conclude con una breve riflessione sul trattamento contrattuale applicabile ai rapporti di lavoro, successivamente all'affidamento ad enti privati, e sulla possibilità per un ente pubblico di incidervi.

The essay focuses on the social implications related to the transformation of public services especially at a local governments level. After a short introduction on the meaning of public services and of mission of general interest from a European point of view, the Author tries to explain which are the distinguishing features of employment in public services compared to employment in private sector. The second part of the essay analyses the so called privatization of public services from a dynamic and static perspective. This part is dedicated, indeed, to the application of art. 31 d.lgs. 165/2001 to outsourcing phenomenon in public sector but also to the opposite transfert of services and workers, the public "insourcing". The essay ends with some considerations about the possibility of Public Authorities to condition employment relationship regulation, for instance through social clauses in public procurement.

### **Key words**

Servizi pubblici, privatizzazione, esternalizzazione, diritto del lavoro, conseguenze.

Public services, privatization, outsourcing, employment law, effects.

## notizie sugli autori

### **Carla Acocella**

*Ricercatore di diritto amministrativo, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

### **Alessandro Auletta**

*Dottore di ricerca in diritto amministrativo*

*Magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli Nord*

### **Pal Belenyesi**

*Dottore di ricerca in diritto ed economia della concorrenza*

*Docente di Business Administration and Economics alla John Cabot University*

### **Marco Calabrò**

*Professore associato di diritto amministrativo, Seconda Università di Napoli*

### **Marcello Clarich**

*Professore ordinario di diritto amministrativo, Università Luiss Guido Carli di Roma*

### **Fiorenzo Liguori**

*Professore ordinario di diritto amministrativo, Università Federico II di Napoli*

### **Fortunato Gambardella**

*Ricercatore di diritto amministrativo, Seconda Università di Napoli*

### **Marta Giaconi**

*Assegnista di ricerca in diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano Bicocca*

### **Biagio Giliberti**

*Dottore di ricerca, abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia di diritto amministrativo*

### **Giulio Napolitano**

*Professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Roma Tre*

**Giuseppe Piperata**

*Professore associato di diritto amministrativo, Università IUAV di Venezia*

**Raffaello Santagata de Castro**

*Ricercatore di diritto del lavoro, Seconda Università degli Studi di Napoli*

**Franco Gaetano Scoca**

*Professore emerito di diritto amministrativo*

**Renata Spagnuolo Vigorita**

*Professore associato di diritto amministrativo, Università Federico II di Napoli*

**Silvia Tuccillo**

*Ricercatore di diritto amministrativo, Università Federico II di Napoli*

**Enrico Zampetti**

*Dottore di ricerca, abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia di diritto amministrativo*

# abbreviazioni

## **Normativa**

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</i>	contratto collettivo nazionale quadro
<i>cod. civ.</i>	codice civile
<i>cod. pen.</i>	codice penale
<i>cod. proc. civ.</i>	codice di procedura civile
<i>cod. proc. pen.</i>	codice di procedura penale
Cost.	Costituzione
<i>d.d.l.</i>	disegno di legge
<i>d.g.r.</i>	delibera giunta regionale
<i>d.i.</i>	decreto interministeriale
<i>dir.</i>	direttiva della Comunità europea
<i>dir. P.C.M.</i>	direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.l.</i>	decreto legge
<i>d.lgs.</i>	decreto legislativo
<i>d.lgs.lgt.</i>	decreto legislativo luogotenenziale
<i>d.m.</i>	decreto ministeriale
<i>d.P.C.M.</i>	decreto Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.P.R.</i>	decreto Presidente della Repubblica
<i>gu</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>guc</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>gue</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>jo</i>	Journal Officiel
<i>l.</i>	legge
<i>l.cost.</i>	legge costituzionale
<i>l.d.</i>	legge delega
<i>l.p.</i>	legge provinciale
<i>l.r.</i>	legge regionale
<i>pl</i>	Public Law
<i>racc.</i>	raccomandazione della Comunità europea

<i>r.d.l.</i>	regio decreto legge
<i>reg.</i>	regolamento della Comunità europea
<i>St. lav.</i>	Statuto dei lavoratori
<i>Statutes</i>	Statutes at Large
<i>Supp.</i>	Supplement
<i>Tratt. ce</i>	Trattato delle Comunità europee
<i>t.u.</i>	testo unico

### **Giurisprudenza e altre Autorità**

<i>Caa</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cassazione
<i>Cass. Pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. Sez. Un.</i>	Cassazione Sezioni Unite
<i>App.</i>	Corte d'Appello
<i>C. Conti</i>	Corte dei Conti
<i>C. Cost.</i>	Corte Costituzionale
<i>Comm. Gar.</i>	Commissione di Garanzia
<i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i>	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato
<i>Cons. St., Ad. Plen.</i>	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
<i>C. Eur. Dir. Uomo</i>	Corte europea dei diritti dell'Uomo
<i>C. Giust.</i>	Corte di Giustizia delle Comunità europee
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>Ta</i>	Tribunal administratif
<i>Tar</i>	Tribunale amministrativo regionale

### **Commentari, enciclopedie e trattati**

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani

<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone
<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

### **Riviste**

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>ADP</i>	Archivio di Diritto Pubblico
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>AGE</i>	Analisi Giuridica dell'economia
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AJIM</i>	American Journal of Industrial Medicine
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>ALR</i>	Administrative Law Review
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali

<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegorganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>BT</i>	Bollettino tributario
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&amp;CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de informacion sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CLR</i>	Connecticut Law Review
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies



<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEcl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&amp;G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>Diz DP</i>	Dizionario di Diritto Pubblico
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLoro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTr</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social

<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EGI</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>EGL</i>	Enciclopedia giuridica del lavoro
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWST</i>	the European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ES</i>	Economia dei servizi
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EurLR</i>	European Law Review
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana

<i>GA Sicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>IJPL</i>	Italian Journal of Public Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILR</i>	International Labour Review
<i>LRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper

<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISE</i>	Istituzioni e sviluppo economico
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>LAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review

<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JJ</i>	Jurimetrics Journal
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&amp;G</i>	Legge&Giustizia: <a href="http://www.legge-e-giustizia.it">www.legge-e-giustizia.it</a>
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi

<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova Rassegna
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NT</i>	Nuove tutele
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGI</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice

<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PM</i>	Persona e mercato
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QF</i>	QQaderni fiorentini
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RARI</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rivista amministrativa della Repubblica Italiana

<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RassP</i>	Rassegna pubblica
<i>RCDP</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>Rdeta</i>	Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente
<i>RDF</i>	Rassegna di diritto farmaceutico
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDT</i>	Rivista di Diritto tributario
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Rivista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe



<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGEd</i>	Rassegna giuridica dell'edilizia
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RIMP</i>	Rivista infortuni sul lavoro e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RLav</i>	Rassegna lavoro
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica

<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RQSP</i>	Rivista Quadrimestrale sui Servizi Pubblici
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelyke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica
<i>SPA</i>	Servizi pubblici e appalti
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>TDA</i>	Trattato di diritto amministrativo
<i>TDA</i>	Trattato di diritto amministrativo europeo
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza

<i>TP</i>	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics
<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <i>www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</i>
<i>WP</i>	Olympus I Working Paper di Olympus
<i>WSIM</i>	wsi - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZAF</i>	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Finito di stampare  
nel mese di ottobre 2015  
dalla Vulcanica Print - Torre Del Greco (NA)