

## SOMMARIO DEL NUMERO 3/2013

### **Editoriale**

ALDO SANDULLI, *La città metropolitana e la debolezza di Atlante* ..... v

### **Saggi**

MARCO DUGATO, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia* ..... 439

FABIO GIGLIONI, *La sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica. Il caso delle smart grid* ..... 463

ELISABETTA MORLINO, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi* ..... 497

PAOLO MICHIARA, *Il terzo settore come munus* ..... 537

### **Articoli**

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, *Le fatiche dello Stato regolatore: efficacia e fallimenti del controllo degli assetti* ..... 591

ALESSANDRA SALVATO, *Lo scorporo dei servizi accessori e la separazione strutturale della rete di telecomunicazioni* ..... 631

ALFREDO MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio* ..... 669

SERGIO MAROTTA, *Né mercato, né Stato, né società: il caso Alitalia* ..... 721

NOTIZIE SUGLI AUTORI ..... 733

INDICE DELL'ANNATA ..... 735



TABLE OF CONTENTS – NO. 3/2013

**Editorial**

ALDO SANDULLI, *Metropolitan Cities and Atlante's Weakness* ..... v

**Essays**

MARCO DUGATO, *Legal Regulation and Economic Relations According to the Italian Constitutional Court: A Strange and Complex Theogony* ..... 439

FABIO GIGLIONI, *The Challenge of Innovation to Public Regulation. The "Smart Grid" Case*..... 463

ELISABETTA MORLINO, *The New Project Financing for Sports Facilities* .... 497

PAOLO MICHIARA, *The Third Sector as Munus* ..... 537

**Articles**

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, *The Efforts of the Regulatory State: Effectiveness and Failures of State Supervision over Companies' Ownership Structures* ..... 591

ALESSANDRA SALVATO, *The Separation of Ancillary Services and The Structural Separation of The Telecommunications Network* ..... 631

ALFREDO MOLITERNI, *The Award of Services Concessions Contracts between General Principles and Specific Rules* ..... 669

SERGIO MAROTTA, *Neither the Market, nor State, nor Society: the Alitalia Case* ..... 721

LIST OF CONTRIBUTORS ..... 733

ANNUAL INDEX ..... 737



## **EDITORIALE**

### LE CITTÀ METROPOLITANE E LA DEBOLEZZA DI ATLANTE

SOMMARIO: 1. A cosa serve la città metropolitana. – 2. Che tipo di riforma. – 3. Che tipo di città metropolitana. – 4. Il rapporto con le altre riforme.

#### **1. A cosa serve la città metropolitana**

Qual è la finalità della città metropolitana?

Se si dovesse giudicare dal dibattito pubblico degli ultimi mesi, sembrerebbe che l'istituzione delle città metropolitane abbia la finalità di consentire più che altro risparmi di spesa e, cioè, sia un modello organizzativo strettamente collegato alla soppressione delle province o allo svuotamento delle funzioni provinciali, nell'ottica della *spending review*.

In alternativa, si potrebbe pensare che l'istituzione di tale livello di governo locale rivesta valenza strategica, sul piano politico congiunturale, costituendo un messaggio per l'Europa circa l'attivazione del più volte sbandierato e mai attuato processo di riforma istituzionale.

Si rischia di perdere, in tal modo, il senso più profondo della istituzione della città metropolitana. Che è quello della costruzione di un progetto istituzionale per le generazioni future, ma anche, più nell'immediato, di volano per la ripresa economica del Paese.

Quasi la metà del PIL mondiale si produce nelle quaranta regioni metropolitane più produttive del pianeta. Lo spazio metropolitano risulta il più adeguato a cogliere le opportunità della tecnologia della conoscenza. Ed è il fondamentale e dinamico crogiuolo nel quale l'eccellenza dei servizi, delle infrastrutture, dello sviluppo territoriale attraggono idee, innovazione, ricchezze. Tra le venti aree metropolitane più produttive del pianeta c'è soltanto Milano e si prevede che ne possa uscire nei prossimi anni.

Guardando al tema da questa angolazione, si comprende come la pluridecennale questione della istituzione delle città metropolitane debba essere trattato allontanandosi dalla contingenza derivante da esigenze di carattere finanziario e vada affrontato, invece, in un'ottica progettuale di medio-lungo periodo, al fine di costruire un assetto organico degli enti locali, che possa fornire il suo contributo alla ripresa economica.

## 2. Che tipo di riforma

La necessità di un disegno organico di lungo periodo è stata implicitamente richiamata anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 220/2013, che, come noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della riforma delle province, operata dal Governo Monti, sul rilievo che una significativa riscrittura della disciplina delle autonomie locali non possa essere disposta con decreto-legge.

Ovviamente, la Corte ha analizzato il problema dal punto di vista della fonte di produzione e, cioè, dell'uso del decreto-legge per la riforma degli enti locali, richiamando l'esigenza di una riforma istituzionale non prodotta dalla contingenza.

La strada maestra indicata dalla Corte, sembra intendersi, è quella della riforma costituzionale, cui dovrebbe seguire un intervento legislativo del Parlamento. E tuttavia l'attuale esecutivo ha seguito un'altra direzione, avviando la riforma istituzionale anche per via di legislazione primaria, con l'intento di produrre un effetto domino che prenda le mosse proprio dagli enti locali. Ora, il disegno di legge ordinaria (A.S. n. 1212, che sta procedendo parallelamente a quello costituzionale), pur seguendo un percorso parlamentare, è caratterizzato da un tasso di contingenza elevato, come si evince, ad esempio, dal meccanismo di non adesione dei comuni alla città metropolitana (art. 3, c. 9, del d.d.l.).

In sostanza, si istituisce un ente, che inizia a predisporre le modalità di funzionamento, con successiva facoltà, data a una parte dei comuni, almeno un terzo, di fuoriuscire da esso.

La necessità di produrre risultati politici in tempi brevi condiziona, dunque, in senso negativo e contingenziale, il processo di riforma, finendo per indebolire in partenza il nuovo ente che si va ad istituire. E con risparmi di spesa quantomeno incerti, poiché alla provincia che esce dalla porta è data la possibilità di rientrare dalla finestra.

Senso di debolezza dell'ente che è accentuato dalla circostanza che il disegno di legge costituzionale di revisione del Titolo V, attualmente all'esame del Parlamento, non riconosce autonomia propria alla città metropolitana.

Si tratta, pertanto, di un processo di riforma che non va nella direzione auspicabile, in base a quanto si è detto in precedenza: quella di realizzare una città metropolitana forte e autonoma, sia funzionalmente sia politicamente, anziché un vaso di coccio tra Regione e comuni, debole soprattutto nei riguardi del comune capoluogo.

### 3. Che tipo di città metropolitana

Il disegno di legge ordinaria, pur nella vaghezza dei suoi contenuti, conferisce funzioni di grande rilievo alle città metropolitane, che pongono serie questioni interpretative. Percepire a pieno i confini delle funzioni fondamentali della città metropolitana; “pesare” l’effettiva eredità delle funzioni fondamentali delle province; valutare quali siano le funzioni di area vasta anche al fine di verificare quali funzioni debbano “scendere” dalla Regione e quali “salire” dai comuni alle città: si tratta di questioni di grande rilievo, che danno l’idea della complessità e dell’articolazione del quadro funzionale di cui dovrebbe farsi carico la città metropolitana.

Le funzioni fondamentali individuate dall’art. 1, c. 2, e dall’art. 8 del disegno di legge hanno un rilievo evidente nell’assetto territoriale: la pianificazione strategica, cercando di comprendere il confine da tracciare tra la pianificazione della città metropolitana e quelle spettanti ai comuni; la promozione e la gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di telecomunicazione (trasporti, rifiuti, servizi idrici, ecc.); la mobilità e la viabilità; organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito metropolitano. Ai quali si aggiungono le funzioni fondamentali della provincia di cui all’art. 15 del disegno di legge. Si tratta delle nervature principali della vita di una metropoli. Si ha così piena contezza dell’importanza strategica di questo nuovo ente locale nel quadro ordinamentale del riparto di funzioni.

All’enorme peso funzionale non corrisponde una eguale forza strutturale. Come se a reggere il mondo sulle spalle Zeus avesse posto un Atlante magrolino e rachitico. Il disegno di legge dà vita a una istituzione debole, forse ancor più debole dell’attuale provincia.

Innanzitutto, il disegno di legge ne individua troppe: ha senso la città metropolitana di Reggio Calabria, che, tra l’altro, non è neppure capoluogo di regione? Ha senso prevedere che i capoluoghi delle regioni a statuto speciale possano, in potenza, divenire città metropolitana (e ciò anche nel caso di città e province di estensione limitata, quali quelle di Cagliari e Trieste)?

Se non bastasse, vi è poi il surreale art. 2, c. 2, del disegno di legge, che prevede la possibilità di istituire nuove città metropolitane per le province che abbiano una popolazione residente superiore a un milione di abitanti oppure per due province che contino complessivamente più di un milione e mezzo di abitanti: insomma il solito e inveterato circo equestre italico, stavolta applicato alla c.d. riforma degli enti locali.

Vi sono, poi, altri tre profili di debolezza strutturale.

Il primo è già stato segnalato in precedenza e concerne l’incertezza

dell'estensione e della composizione dell'ente: cioè, il fatto che si istituisce lo stesso, dando però la possibilità successiva ai comuni di fuoriuscirne.

Il secondo riguarda il modello organizzativo. Il disegno di legge conferisce assoluta prevalenza a quello dell'intercomunalità (sulla falsariga dell'esperienza spagnola), con la naturale conseguenza per cui il comune capoluogo funge da traino e da guida di un ente di secondo livello. Il modello dell'elezione diretta degli organi di governo (sulla scorta, ad esempio, dell'esperienza londinese) riveste invece rilievo residuale. L'elezione diretta è sì rimessa alla potestà statutaria, ma il legame molto stretto e privilegiato con il comune capoluogo rende questa strada impervia: perché tale soluzione dovrebbe passare per lo smembramento del territorio del comune capoluogo in più comuni, ma su proposta del comune capoluogo, successiva delibera dello stesso e previo referendum popolare in seno alla città metropolitana. Insomma, una sorta di *via crucis* dell'elezione diretta: un susseguirsi di accadimenti piuttosto difficile da realizzare.

Il terzo concerne la previsione (art. 4, c. 4, d.d.l.) di una "diarchia asimmetrica" per le città metropolitane superiori ai tre milioni di abitanti: «In alternativa a quanto previsto dai periodi precedenti, per le sole città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti, è condizione necessaria, affinché si possa far luogo ad elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che lo statuto della città metropolitana preveda la costituzione di zone omogenee (...) e che il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, in coerenza con lo statuto della città metropolitana». Dal tenore dell'intero art. 4 sembra implicitamente ricavarci che tale articolazione territoriale non implichi il venir meno del sindaco del comune capoluogo, ma che esso si affianchi al sindaco metropolitano, in un'inutile duplicazione di funzioni.

Insomma, il disegno di legge sembra scontare due principali difetti strutturali: da un lato, i tempi stretti hanno dato luogo a distorsioni attuative e notevoli incongruenze, annacquando la finalità iniziale di *spending review*; dall'altro, l'eccessivo sbilanciamento verso il modello intercomunale, con l'aggravante del forte condizionamento determinato (sia a regime sia, soprattutto, nella fase transitoria) dal sindaco del comune capoluogo causa una intrinseca debolezza strutturale dell'ente, che nasce con ginocchio di cristallo.



#### 4. Il rapporto con le altre riforme

In base a quanto detto, pur riconoscendo che il disegno di legge ordinaria è comunque migliorato nel passaggio parlamentare rispetto alla versione originaria, il giudizio è sin qui negativo.

Anche per l'ambito limitato di estensione del progetto riformatore.

La scelta a monte, che è stata fatta dall'esecutivo, è stata quella, nel tentativo di produrre un effetto domino, di avviare il processo di riforma istituzionale dalle province e dalle città metropolitane, lasciando sullo sfondo il resto, regioni e Stato.

Il punto cruciale è se il processo di riforma (ove dovesse riuscire ad andare avanti) si fermerà qui o investirà finalmente, non soltanto ai fini della *spending review*, le regioni e, soprattutto, l'amministrazione periferica dello Stato: sia per il profilo economico e finanziario sia per il riordino delle funzioni, è questo nodo cruciale.

Anche perché molto si è parlato, negli ultimi anni (e non senza ottime ragioni), di fallimento del regionalismo: ma accanto alle indubbie responsabilità delle regioni va certamente sottolineato l'atteggiamento molto poco collaborativo dello Stato e una tendenza naturale a trattenere funzioni e competenze al centro, ben prima che deflagrasse la crisi economica (atteggiamento sostenuto e avallato dalle pronunce della Corte costituzionale).

Insomma, è venuto il momento, dopo un quarto di secolo di inutili tentativi, di istituire le città metropolitane: ma evitando che esse divengano il nuovo vaso di coccio tra regione e comuni.

In assenza di una città metropolitana autonoma e forte strutturalmente, funzionalmente e politicamente il rischio che si corre è di veder eclissarsi prima ancora della sua nascita uno tra gli strumenti di sviluppo e di innovazione, nonché di ripresa economica, più efficaci a disposizione.

L'esigenza di agire in tempi rapidi, dunque, va coniugata, come ha fatto capire la Corte costituzionale, con quella di licenziare un progetto di riforma istituzionale di medio-lungo periodo. Per far questo, Atlante va sottoposto, in sede parlamentare, a una drastica cura ricostituente.

*Aldo Sandulli*



MARCO DUGATO

LA LEGGE DEI RAPPORTI ECONOMICI  
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE:  
UNA STRANA E COMPLESSA TEOGONIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I conflitti istituzionali. La nuova frontiera. Contendenti, vinti e vincitori. – 3. Le società a partecipazione pubblica nelle sentenze n. 199/2012 e n. 229/2013. – 4. La disciplina delle società regionali e locali. L'organizzazione amministrativa delle regioni e il limite dell'ordinamento civile. La pretesa regionale a legiferare sulle società partecipate degrada ad interesse occasionalmente protetto. – 5. La sintesi. Gli enti locali e l'autonomia di Filottete.

**1. Introduzione**

Mai come nel caso della pronuncia della Corte costituzionale n. 229/2013 la lettura può in astratto seguire due differenti vie, entrambe di sicuro interesse. La prima, classica, è quella dell'analisi del caso, dei presupposti di diritto e del commento al contenuto della sentenza, giungendo così ad apprezzarne o a criticarne l'iter logico e la soluzione prospettata. La seconda è quella che, prendendo le mosse dal tema trattato nella decisione e procedendo induttivamente, consente all'autore di prospettare una nuova sistemazione di istituti e materie. Credo che, con buona pace del rigore del ragionamento scientifico, sia questo il caso in cui è meglio procedere intrecciando le due ottiche e i diversi profili. La perdita di nitidezza e la maggiore complessità della lettura dovrebbero, almeno nelle mie intenzioni, essere compensate da una descrizione più originale, sincretica, che spero non sia del tutto priva di utilità.

L'occasione è offerta dalla fondata sensazione che, prima ancora che dall'adesione alle soluzioni prospettate dalla Corte o della loro confutazione, le suggestioni più interessanti possano nascere dalle conseguenze non tratte direttamente nella pronuncia. Ciò che m'interessa, in altri termini, è quel che la sentenza non dice piuttosto che quello che espressamente afferma.

È ovviamente il contesto in cui è resa e su cui è chiamata a incidere a disegnarne gli esatti contorni e a dover essere indagato. I contesti, sarebbe

meglio dire, poiché accanto al disegno generale dell'azione amministrativa economica e dello spazio che spetta alla legge statale nella regolazione dell'attività pubblica di diritto privato, la sentenza finisce per ridefinire il rapporto tra legge statale, legge regionale e potestà normativa degli enti locali. La nuova costruzione, peraltro, non mi pare del tutto lineare ed è in buona misura distonica rispetto a quella tratteggiata nella precedente decisione n. 199/2012. Conviene però procedere con ordine. Pertanto, dopo alcune considerazioni generali utili per fare emergere problemi e dubbi, tenterò di analizzare alcuni passaggi della sentenza, mettendoli in relazione con altri, di poco precedenti, resi nella sentenza che abrogò l'art. 4, d.l. n. 138/2011. Infine, concluderò con un'illustrazione di quello che mi pare il più plausibile degli scenari.

L'opera non è affatto semplice. La scena, infatti, si popola di numerosi protagonisti, il cui ruolo concreto raramente corrisponde perfettamente a quello che l'ordinamento ha in teoria disegnato; di regole di interazione che mutano continuamente e che sono rappresentate in modo diverso dai personaggi; da strumenti giuridici di interrelazione che vengono scomposti e ricomposti continuamente. Più che ad una tragedia classica, rigorosamente stretta dall'unità e da un andamento confinato entro limiti codificati, la realtà che si presenta all'interprete è più simile a quella di una teogonia stratificata, confusa, dalle mille rappresentazioni possibili, il cui unico tratto unitario è costituito da deità supreme (l'Unione europea, la concorrenza, la Costituzione), che tuttavia agiscono in modo sempre diverso (consentendo ciò che poco prima avevano impedito e viceversa), e da decine di dei minori o di semidei (il principio di funzionalizzazione, i principi dell'organizzazione, l'autonomia degli enti locali). Il fatto che uno di questi dei, la Corte costituzionale, sia anche il narratore rende certamente più complesso il racconto e impone qualche cautela nell'interpretazione delle sue parole.

## **2. I conflitti istituzionali. La nuova frontiera. Contendenti, vinti e vincitori**

La prima considerazione dalla quale partire investe proprio il ruolo della Corte, autorevolmente descritto da Sabino Cassese<sup>1</sup>. Della sua funzione

<sup>1</sup> S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 605 ss; Id., *The will of the people and the command of the law constitutional Courts, democracy and justice*, in *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, Napoli, E.S.I., 2012, 17 ss.

## la legge dei rapporti economici

di giudice della legittimità delle leggi, un tempo non astratta, è rimasto poco più che la veste, mentre quella di giudice degli equilibri tra istituzioni si è certamente amplificata. Il dato è reso evidente dalla proporzione tra le pronunce rese in seguito a ricorsi in via incidentale e quelle a conclusione di ricorsi in via diretta. Soltanto un osservatore distratto, poi, si fermerebbe al dato dell'oggetto formale. Ciò che viene davvero in considerazione, infatti, non è costituito soltanto dalla relazione, per così dire "statica", tra legge statale e legge regionale l'ambito in cui la Corte è chiamata a dare equilibrio. La posta in gioco è invece rappresentata dalla definizione del grado in cui Stato e regioni concorrono nel dare assetto all'ordinamento generale. Del resto, la riforma costituzionale del Titolo V del 2001, nell'individuazione delle competenze legislative, affiancando ad una tradizionale elencazione per materie l'indicazione di valori (tali sono le cosiddette "materie trasversali"), ha fatalmente assegnato allo Stato un ruolo di orientamento e vigilanza sull'azione normativa regionale, comprimendola fin dall'origine.

La compressione è andata via via facendosi più forte col progressivo espandersi del rilievo del principio della concorrenza, ormai dominante ben oltre il suo tradizionale ambito di applicazione. A ciò si aggiunga che la "societarizzazione" dell'azione amministrativa, sostituendo i tradizionali strumenti pubblicistici di organizzazione ed attività (di certo aiutata dal sempre più opprimente peso delle ragioni della finanza pubblica), ha finito per consegnare al dominio del principio della concorrenza e della legge statale interi ambiti (questi sì, "materie") in precedenza ampiamente disponibili alle regioni. Così, se la trasformazione urbana rientra pacificamente nella competenza legislativa regionale come strumento del governo del territorio, nel momento stesso in cui si decida di darvi corso per mezzo degli strumenti societari ideati dal legislatore statale (società di trasformazione urbana; società per l'alienazione del patrimonio immobiliare pubblico), si finisce per consegnarla alle norme di tutela della concorrenza. Come avrò modo di chiarire più avanti, la sentenza n. 229 ne costituisce un esempio paradigmatico. Infatti, non è tanto la dichiarazione di incostituzionalità di alcune delle norme statali censurate ad essere rilevante, quanto invece la motivazione attraverso la quale la Corte vi è giunta, che evidenzia come l'incostituzionalità non discenda dall'insussistenza del titolo di legittimazione dell'intervento statale (la tutela della concorrenza), bensì da un'illogicità interna alla nuova disciplina; dall'imperfezione di quest'ultima e dalla contraddizione tra lo scopo dichiarato e lo strumento usato.

In definitiva, quel che la Corte rimprovera alla legge statale non è davvero l'aver occupato il terreno dell'organizzazione regionale, ma l'averlo fatto male; il non essersi accorta che l'effetto prodotto dalle nuove regole

conduceva ad un risultato contrario a quello voluto<sup>2</sup>. Il sindacato è molto più simile a quello sull'eccesso di potere legislativo che non a quello sulla competenza. La questione, quindi, riguarda lo Stato e la Corte più che lo Stato e le regioni. Quest'ultime beneficiano dell'effetto della pronuncia ma non sono i loro gli interessi tutelati.

Quel che se ne può dedurre, con buona pace dell'apparente tenore della decisione, è che non è affatto vero che la materia (l'organizzazione delle regioni) ha attratto lo strumento (le società regionali). Lo Stato ha sbagliato non per invasione della sfera legislativa regionale, ma per illogicità e per la non corrispondenza tra l'effetto dichiarato e quello in concreto realizzato dalle norme. Nel suo passaggio centrale, la sentenza lo afferma espressamente: «la disciplina dettata dai c. 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, tuttavia, lungi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato "beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione" (sentenza n. 326/2008), colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo».

In tal senso, l'affermazione successiva secondo la quale le previsioni abrogate «precludono anche alle regioni, titolari di competenza legislativa residuale e primaria in materia di organizzazione, costituzionalmente e statutariamente riconosciuta e garantita, la scelta di una delle possibili modalità di svolgimento dei servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali», perde buona parte del suo contenuto diretto, dal momento che se la legge statale fosse stata coerente con la premessa dichiarata, la riconosciuta competenza organizzativa non avrebbe protetto le regioni.

È tutt'altro che azzardato supporre che se la legge statale avesse davvero avuto coerenza con l'obiettivo di regolare la concorrenza, non sarebbe incorsa in alcuna censura<sup>3</sup>.

Chi ne voglia conferma, potrà trovarla nella sentenza n. 199/2012,

<sup>2</sup> In questo caso, portando agli estremi le considerazioni di F. Fracchia, la Corte sembra riconoscere che l'amministrazione non è un ostacolo *ex se* alla concorrenza, ma che è il legislatore a costruirla irragionevolmente come tale (il riferimento è a F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. dell'economia*, 2013, 367 ss.

<sup>3</sup> L'incoerenza della disciplina del 2012, poi, non è soltanto intrinseca o derivante da un difficile rapporto con il d. l. n. 223 del 2006. È invece ben rappresentata nei tentativi dottrinali di trovare un'interpretazione sistematica con tutte le altre fonti statali in materia. Si veda, ad esempio, L. Passeri, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*, in *Munus*, 2012, 543 ss. (spec. 563 ss.).

## la legge dei rapporti economici

nella quale l'unica ragione dell'abrogazione della disciplina statale fu dalla Corte rinvenuta nella violazione degli esiti referendari, senza che fosse data alcuna soddisfazione ai rilievi in merito all'invasione della competenza legislativa delle regioni.

È soltanto in apparenza più scontato lo svuotamento di attribuzioni regolative degli enti locali. In verità, la soluzione adottata ingarbuglia ancor di più la matassa. Nei suoi passaggi argomentativi, infatti, la sentenza passa dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 nella parte in cui tratta delle società regionali alla sua sostanziale conservazione nella parte dedicata alle società comunali senza gravarsi dell'onere di una particolare motivazione. Il ragionamento non è lineare. Posto che il fondamento della competenza statale esclusiva non può rinvenirsi nella definizione delle funzioni fondamentali dei comuni (tale non essendo la scelta del modello organizzativo privatistico della gestione di attività meramente economico-strumentali) e posto che la Corte stessa ha riconosciuto che l'art. 4 era contraddittorio rispetto alla dichiarata volontà di tutelare la concorrenza (quel che vale per le società regionali non può non valere per quelle degli enti locali), l'origine del percorso argomentativo mi pare debba essere trovata al di fuori dei rigidi parametri della legittimazione costituzionale.

L'organizzazione delle attività economiche degli enti locali, con riferimento alla quale l'unico dato certo è l'irrelevanza dell'autonomia normativa di questi ultimi, parrebbe un settore del campo di battaglia dello scontro istituzionale Stato-regioni, che rende ancor più evidente come si sia superato l'assetto "per materie". Si tratta, nel pensiero della Corte, di definire un nuovo assetto, che privilegi la relazione complessiva, normativa ed amministrativa, in luogo di quella che il disegno rigoroso degli artt. 117 e 118 ha in teoria dipinto. La definizione delle competenze non appare più come un mosaico frastagliato in cui l'attribuzione delle funzioni è verificata caso per caso, conflitto dopo conflitto, ma piuttosto come una carta geografica, in cui è tratteggiato un confine rigido tra i territori, all'interno dei quali l'uno e l'altro contendente hanno pieni poteri.

Del resto, il conflitto Stato-regioni non è l'unico ambito di espressione di un modello relazionale tra istituzioni in cui il principio di leale collaborazione appare l'unico canone silente della Costituzione. È proprio l'ambito del partenariato pubblico-privato e delle società pubbliche a mostrare chiaramente come le istituzioni tendano a ricostruire i rapporti reciproci non più sulla base di un (almeno formale) richiamo alle norme sulle attribuzioni e sulle competenze, bensì su quello dell'invasione e della resistenza. Emblematico è il caso della giurisdizione della Corte dei conti nella materia della responsabilità degli amministratori delle società a partecipa-

zione pubblica<sup>4</sup>. Come è noto, a partire dal 2011, la Corte di cassazione ha da un lato costruito un preciso limite soggettivo alla giurisdizione contabile (che non può conoscere degli atti posti in essere dagli amministratori di un soggetto formalmente privato); dall'altro, e la cosa appare ancor più rilevante, un quadro rigoroso entro cui è confinato il limite oggettivo del danno erariale, che non può riguardare il patrimonio di un soggetto privato (la società partecipata, appunto). Il giudice della legittimità ha in tal modo provveduto a ricostruire un sistema razionale, in cui gli amministratori della società partecipata rispondono in via civile dei danni causati alla società e all'ente pubblico socio e i vertici politici di quest'ultimo rispondono invece per danno erariale tutte le volte in cui non abbiano esercitato verso gli amministratori e la società le azioni che il codice civile rende disponibili all'azionista.

Così, si è affermato che non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in controversie che abbiano ad oggetto la responsabilità per *mala gestio* imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, ove il danno di cui si pretende il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, cioè ad un patrimonio che, non potendosi quello della società confondere con quello dei soci, appartiene alla società medesima, la quale non diviene essa stessa un ente pubblico solo per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico (Cass., sez. un., 3 maggio 2013, n. 10299). Si è poi rafforzato il concetto, chiarendo che la controversia riguardante l'azione di responsabilità a carico degli amministratori o dipendenti di una società per azioni a partecipazione pubblica, anche se totalitaria (si trattava di Poste italiane S.p.A., i cui amministratori erano stati condannati in via erariale dalla Corte dei conti<sup>5</sup>), è assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice contabile, atteso che, da un lato, l'autonoma personalità giuridica della società porta ad escludere l'esistenza di un rapporto di servizio tra amministratori, sindaci e dipendenti e pubblica amministrazione e, dall'altro, il danno cagionato dalla *mala gestio* incide in via diretta solo sul patrimonio della società, che resta privato e separato da quello dei soci<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sul punto, A. Sau, *La responsabilità degli amministratori di responsabilità pubblica: recenti orientamenti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 111 ss. In precedenza, M. Dugato, M.G. Cavallari, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. Castiglione e A. Pizzoferrato, Padova, Cedam, 2009, 91 ss.

Il riferimento bibliografico più organico in materia resta quello di M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>5</sup> Corte conti, sez. giurisd. Lazio, 11 giugno 2012, n. 603.

<sup>6</sup> Cass., sez. un., 9 marzo 2012, n. 3962; Cass., sez. un., 1 febbraio 2012, n. 1419.



## la legge dei rapporti economici

Per quanto attiene poi agli amministratori dell'ente pubblico socio che non abbiano agito nei confronti degli amministratori della società con gli strumenti offerti dal codice civile, essi sì, rispondono del danno erariale direttamente causato al valore della partecipazione pubblica ed al patrimonio dell'ente<sup>7</sup>. Né si deve ritenere che la cassazione abbia smentito con la recente sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2013, n. 26283, la costruzione descritta. In essa, infatti, la Corte, è giunta all'affermazione della responsabilità per danno erariale degli amministratori delle società *in house*, proprio riaffermando la correttezza dei principi affermati nelle sentenze precedenti e ritenendoli non conferenti alle sole ipotesi delle *in house*, che «hanno della società solo la forma esteriore ma, come si è visto, costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetto giuridici ad essa esteri e da essa autonomi»<sup>8</sup>.

In un quadro così assestato, la Corte dei conti, che certo non ignora il segno tracciato dalla cassazione, sembra intenzionata a confermare la propria, dissonante, interpretazione. Continua, ad esempio, ad affermare la giurisdizione contabile con riferimento al danno all'immagine arrecato da un amministratore di una società a totale partecipazione pubblica, ritenendo la natura privatistica del soggetto irrilevante, tenuto conto che l'interesse pubblico e l'utilità sociale possono notoriamente essere perseguiti e realizzati anche con strumenti giuridici di natura privatistica<sup>9</sup>.

Ancora, sarebbe interessante indagare la relazione tra alcune autorità amministrative indipendenti ed il giudice amministrativo. Nelle procedure di evidenza pubblica accade non di rado, ad esempio, che il provvedimento di esclusione di un concorrente per difetto dei requisiti sia impugnato e sospeso (o annullato) dal tribunale amministrativo regionale. Al contempo, giuntale la segnalazione, l'Autorità di vigilanza conclude il proprio proce-

<sup>7</sup> Cass. sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940 e 20941, con riferimento alle quali, si veda il commento di L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 323 ss.

<sup>8</sup> La progressiva (ed ormai compiuta) attrazione delle società *in house* nella sfera organizzativa propriamente pubblicistica mi pare contrasti con le preoccupazioni che stanno alla base di quella che A. Massera felicemente descrive come “parabola riduzionista dell'*in house providing* come modello ordinario” (*Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, Pisa University Press, 2011, 133. Ancor più, mi sembra inefficace come strumento di attuazione di un indirizzo, che personalmente condivido «funzionale a limitare l'area dei pubblici poteri e a tutelare così le libertà economiche di stabilimento» (B. Marchetti, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 152).

<sup>9</sup> Corte conti, sez. I giurisd. app., 12 giugno 2013, n. 375.

dimento con un provvedimento sanzionatorio, indipendentemente dal tenore della sentenza sul medesimo oggetto. Non è tanto l'aspetto pratico della vicenda ad interessare in questa sede<sup>10</sup>, quanto la consapevolezza, in capo agli attori, del conflitto istituzionale in cui la loro azione si colloca, che anzi sembra fermamente voluto.

Il panorama descritto restituisce all'interprete l'evidenza di un riposizionamento funzionale delle differenti istituzioni, che sempre più di malavoglia accettano i limiti posti dall'ordinamento positivo. È in atto, se mi è consentito, una battaglia per la ridefinizione dei ruoli, in cui le stesse regole d'ingaggio non sono ben definite: delle vecchie, rappresentate nelle norme costituzionali e primarie, si è persa la precettività; le nuove non si sono ancora affermate. Si va invece delineando la nuova fonte soggettiva di quelle regole: la Corte costituzionale, in evidente ruolo di supplenza della legge.

È proprio nell'ottica descritta che si comprendono le considerazioni svolte sul contenuto della sentenza n. 229, che assolve alla nuova funzione di regolatore degli ambiti funzionali delle istituzioni più che a quella di custode dei limiti della competenza legislativa di Stato e regioni.

### **3. Le società a partecipazione pubblica nelle sentenze n. 199/2012 e n. 229/2013**

Si è avuto modo di anticipare alcune delle considerazioni centrali della sentenza n. 229. La Corte era stata investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. n. 95/2012, promossa da alcune regioni con riferimento a molti dei suoi commi dedicati alle società a partecipazione pubblica.

Oggetto principale delle censure era il previsto obbligo di procedere allo scioglimento delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni che avessero conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, ovvero all'integrale liquidazione delle partecipazioni pubbliche nelle stesse. Gli intenti perseguiti dal legislatore erano in effetti due. Il primo, espressamente annunciato e che già in prece-

<sup>10</sup> Per quanto, non dovrebbe ritenersi privo di interesse sul piano dell'analisi di sistema il cortocircuito che si genera con l'ulteriore impugnazione del provvedimento sanzionatorio avanti al Tar del Lazio, che sostanzialmente si trasforma in un giudizio sulla sentenza del precedente giudice di primo grado che si era pronunciato in ragione della competenza territoriale sul provvedimento di esclusione.

## la legge dei rapporti economici

denza aveva animato importanti interventi normativi (primo tra tutti, l'art. 13 d. l. n. 223/2006), era quello di evitare l'alterazione della competizione tra imprese pubbliche ed imprese private. Il secondo, meno emergente, era quello di rimettere sul mercato degli appalti pubblici, in un momento di sfavorevole contingenza economica molti dei servizi svolti dagli enti pubblici per mezzo della propria organizzazione indiretta. La formulazione del primo comma e le eccezioni introdotte dal terzo comma avevano mostrato come la volontà fosse quella di garantire la capacità delle amministrazioni di autoproduzione con riferimento all'ambito dei servizi e delle funzioni amministrative, colpendo invece la loro azione meramente economica.

Se è vero che l'art. 4 non rappresentava che l'ultimo intervento di limitazione dell'uso dello strumento societario da parte degli enti pubblici, è anche vero che il contenuto appariva di particolare rigore. Nella disciplina dettata dalle finanziarie del 2006 e del 2007 (l. n. 296/2006 e l. n. 244/2007), che rappresenta il momento di brusco passaggio tra il *favor* e l'aperta ostilità per le società pubbliche, quel che preme al legislatore è limitarne i costi, l'eccessiva proliferazione e l'eterogeneità d'azione rispetto ai fini istituzionali dell'ente socio. Nell'art. 13 del decreto Bersani (d.l. n. 223/2006), l'azione è volta a scongiurare quella commistione tra l'azione strumentale e l'azione imprenditoriale delle società pubbliche che da molte voci era stata additata come fonte di inaccettabile alterazione competitiva. In sé, dunque, le nuove regole non incidono in modo radicalmente nuovo e negativo sull'azione di diritto privato delle amministrazioni, richiamandosi o ad un rigoroso rispetto del principio di funzionalizzazione o al canone comunitario di *fair competition*.

Il decreto n. 95, invece, ha segnato un cambiamento profondo dell'ottica regolativa, che non si fondava più sui principi propri dell'azione amministrativa, ma sulla modificazione del loro rilievo e della loro precettività. L'obbligo di dismissione della partecipazione o dello scioglimento della società conseguiva non allo svolgimento di un'attività non consentita, ma al dato della natura dell'attività svolta e della finalità ultima della stessa (produzione di beni o servizi in favore di committenti pubblici). Con l'attenuazione della capacità di diritto privato degli enti pubblici, veniva invece colpita l'autoproduzione di beni e servizi *in se*, indipendentemente dalla qualità, dai costi e dal rispetto dei principi comunitari che la regolano.

Che le regole fossero in grado di centrare l'obiettivo dichiarato di favorire la concorrenza era stato fin dall'origine dubbio. In primo luogo, già l'art. 13 del decreto n. 223/2006 aveva impedito che fossero confuse nella competizione pubblico-privato le risorse provenienti da affidamenti pubblici con quelle conseguite con l'azione imprenditoriale, impedendo che le

rendite di monopolio o di posizione si tradussero in uno sbilanciamento di potere concorrenziale. In secondo luogo, la ragione di alcuni degli elementi costitutivi dell'obbligo di dismissione non appariva né evidente né comprensibile. Perché l'obbligo colpiva le società che solo nel 2011 avessero realizzato un fatturato per servizi resi in favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, lasciando sopravvivere società che avessero costantemente superato negli anni precedenti quella soglia e punendo società che solo in quell'anno avessero superato il limite? Perché disporre l'obbligo di dismissione senza vietare la nuova costituzione di società strumentali, rendendo assai facile il lecito aggiramento della disposizione? L'impressione che si ebbe al momento dell'entrata in vigore dell'art. 4 era che la vera intenzione del legislatore statale fosse quella di arricchire con gli appalti pubblici un mercato gravemente inciso dalla crisi economica, offrendo nuove occasioni di profitto agli operatori economici privati. Intento, questo, legittimo e forse anche lodevole, a cui la tecnica utilizzata non rendeva però onore. Quel che più conta è però che una siffatta *ratio* non fu mai dichiarata, avendo il legislatore preferito invocare il taumaturgico potere del principio di concorrenza, di fronte al quale nessuno avrebbe esitato a sacrificare l'autonomia organizzativa delle regioni e degli enti locali o la capacità di autoproduzione di beni e servizi, pur riconosciuta come regola dall'ordinamento comunitario.

La Corte costituzionale ha preso sul serio l'invocazione della legge statale. Ha considerato che davvero la sua intenzione fosse quella di evitare alterazioni competitive e con quel parametro ha misurato la ragionevolezza e l'efficacia delle disposizioni censurate dalle regioni. Il risultato dell'analisi è stato impietoso e, sotto questo aspetto, ineccepibile.

Il dato da cui il ragionamento della Corte ha preso le mosse è costituito dall'art. 13, d.l. n. 223/2006, con il quale si erano colpite le società pubbliche che svolgevano tanto attività per il mercato, quanto attività strumentali per le amministrazioni, potendo così utilizzare risorse pubbliche per volgere a proprio vantaggio la competizione con gli operatori privati. Si era così imposto alle società di dismettere le attività svolte per committenti differenti dagli enti costitutori, partecipanti o affidanti e di trasformarsi in uno strumento di rigorosa autoproduzione di beni e servizi. È dunque logica l'affermazione secondo la quale le disposizioni dell'art. 4, «lungi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pub-

## la legge dei rapporti economici

blica amministrazione, colpiscono proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo». Se nel 2006 il legislatore ha ritenuto che, per non alterare il mercato, le società pubbliche dovessero operare soltanto per gli enti soci, non è ragionevole che oggi egli punisca proprio le società che hanno ottemperato a quell'obbligo<sup>11</sup>.

Si è già avuto modo di osservare che il nocciolo della questione sta proprio qui. L'analisi compiuta dalla Corte poggia proprio sull'esame della razionalità della disciplina oggetto di giudizio. Il parametro di riferimento, si badi, non è costituito dalla potestà legislativa riconosciuta dalla Costituzione alle regioni nell'ambito della propria organizzazione (la Corte vi fa riferimento in via, per così dire, residuale e soltanto dopo aver constatato l'inefficacia della disciplina statale sotto il profilo della garanzia della concorrenza) e non è costituito nemmeno dal generico richiamo alla materia della "tutela della concorrenza". Deve invece considerarsi nella concorrenza in se stessa; nel valore che la Corte le riconosce di principio assoluto e dominante. Principio che è pre-costituzionale ed esiste prima e al di sopra dell'attribuzione della materia in via esclusiva allo Stato. Nel ragionamento condotto nella sentenza non è difficile leggere che le norme statali sarebbero state ritenute legittime qualora fossero state davvero utili all'attuazione del corretto assetto concorrenziale e che la caducazione consegue non tanto all'esercizio esorbitante del potere legislativo, quanto all'imperfezione delle regole e alla loro contraddittorietà rispetto agli obiettivi dichiarati ed alla legislazione precedente.

La lettura proposta, che mi pare non forzata, rafforza la tesi di fondo illustrata in principio. Il ruolo di cui la Corte si sente investita non attiene al controllo delle sfere legislative di competenza dello Stato e delle regioni, bensì alla tutela di principi supercostituzionali (talvolta extracostituzionali), da cui consegue tuttavia un assetto istituzionale diverso da quello rigidamente costituzionale. In questo assetto, ancora in fase di definizione, gli attori sono quelli di sempre ma sono chiamati a giocare ruoli diversi ed è in atto uno scontro (di forza prima che di diritto) volto a determinare i confini di attribuzioni.

L'analisi delle pronunce della Corte sulla disciplina delle società pubbliche più interessante è quella che si muove in questa ottica ed è proprio

<sup>11</sup> Certo, sarebbe opportuno che prima o poi il legislatore amministrativo facesse chiarezza in merito al rapporto tra la partecipazione pubblica in società di capitali e lo scopo di lucro. Al momento, parrebbe invece essere terreno di tenebre e incertezze, come ben dimostra F. Goisis, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. dell'economia*, 2013, spec. 69 ss.

per questo che m'interessa non tanto il giudizio sulla correttezza astratta delle conclusioni, quanto quello sugli effetti sostanziali che ne traggono origine.

Il primo elemento d'interesse attiene alla riconduzione delle società all'organizzazione dell'ente socio. Ora, indipendentemente dal dibattito sulla loro natura<sup>12</sup>, quel che sembra certo è che la Corte immagina le società strumentali delle regioni come strutture organizzative di queste ultime. L'affermazione, scontata se riferita alle società *in house*, lo è invece meno quando si tratti di società a partecipazione mista. L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 4, c. 1, infatti, era quello delle società "controllate direttamente o indirettamente" dalle amministrazioni pubbliche, così da ricomprendere potenzialmente anche società con partecipazione pubblica diretta di minoranza, ancorché sottoposte a controllo pubblico indiretto. Nell'individuare il parametro costituzionale sul quale fondare la declaratoria di incostituzionalità, con tutte le cautele che già si sono descritte e tenendo ferma l'esclusione delle regioni dall'ambito dell'ordinamento civile, la Corte si è espressamente riferita alla "organizzazione amministrativa" di cui al quarto comma dell'art. 117. Così facendo, a mio avviso, ha inteso compiere un passo avanti nel solco della definizione sostanziale dei soggetti giuridici ed ha certamente compiuto un passo indietro nella storia della giurisprudenza sulle società pubbliche.

Sotto il primo aspetto, ha certamente pesato il parametro dell'attività prestata in misura largamente prevalente per le amministrazioni pubbliche (il novanta per cento del fatturato del 2011), che potrebbe aver indotto la Corte a ritenere il discorso confinato entro i limiti delle società serventi l'ente costituente. In realtà, per come era formulato, al primo comma dell'art. 4 erano anche riconducibili le società a controllo pubblico indiretto che avessero conseguito il novanta per cento del loro fatturato a seguito di prestazioni svolte per amministrazioni pubbliche diverse da quelle socie e magari in seguito ad aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica. Ne consegue che nel ragionamento del giudice costituzionale sono le società partecipate nel loro insieme a costituire uno strumento organizzativo delle regioni (e più in generale degli enti pubblici).

Si dirà che la conclusione non è né sorprendente né originale. In verità, la lettura delle sentenze e dei lavori dottrinali degli ultimi anni offre un panorama differente. Se la letteratura e la giurisprudenza degli anni Novanta e dei primi anni di questo secolo avevano mostrato di considerare l'intera galassia delle società partecipate come un'espressione unica dell'organizza-

<sup>12</sup> Con riferimento al quale sia consentito il rinvio a M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 505 ss.

## la legge dei rapporti economici

zione amministrativa privatistica<sup>13</sup>, in cui la delibera di costituzione della società e l'affidamento di attività e compiti a questa rendevano effettivo il legame funzionale e organizzativo, a partire dalle sentenze della Corte di giustizia del 2005 il percorso delle società *in house* e quello delle società miste si dividono, via via assumendo caratteri sempre più distanti<sup>14</sup>. Le prime vengono progressivamente attratte all'organizzazione pubblica in senso proprio, acquisendo tratti peculiari rispetto ai tipi societari del codice civile e vedendosi esteso gran parte dello statuto dell'ente pubblico; le seconde diventano al contrario uno strumento di vera e propria esternalizzazione delle attività pubbliche, così che la *partnership* diviene un veicolo di trasferimento al privato della gestione più che un modo di "fare insieme"<sup>15</sup>. È significativa, al riguardo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato a partire dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 1/2008, dalla cui descrizione della gara per la scelta del *partner* privato emergono con chiarezza il ruolo di quest'ultimo come solitario gestore delle attività affidate e la funzione della società mista come mero strumento di continuità che consente il dolce passaggio da una gestione all'altra<sup>16</sup>.

È nel panorama descritto che si collocano le sentenze della Corte n. 199/2012 e n. 229/2013. A parte le considerazioni che si sono già svolte e prima ancora di analizzarne più compiutamente gli effetti, ciò che *prima facie* emerge è che esse non hanno alcuna ambizione di definire un quadro complessivo dei limiti e dei contorni dell'uso amministrativo che il legislatore fa dello strumento societario. La scelta, che si deve ritenere consapevole, può ricondursi a due intenzioni: quella di non interferire con la duttilità della società di capitali (virtù riconosciuta ormai più dalle leggi amministrative

<sup>13</sup> M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999; Caia, *Le società a prevalente capitale pubblico come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2002, 1232 ss.; Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001.

<sup>14</sup> M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 14.

<sup>15</sup> M. Roversi Monaco, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2013, 89 ss. (si vedano specificamente le osservazioni sul vincolo funzionale svolte alle pp. 95 ss.).

<sup>16</sup> Il passaggio da un modello originariamente immaginato per l'organica collaborazione tra pubblico e privato ad un altro di sostanziale esternalizzazione delle attività pubbliche non è privo di conseguenze sul piano delle garanzie e delle tutele. Al riguardo, F. Mastragostino, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 113 ss.

che non da quelle di segno privatistico), evitando ogni rigidità che potrebbe vanificare futuri processi di privatizzazione formale, e quella di affrontare *ex professo* la questione dei limiti imposti dalla costituzione al legislatore regionale nel dettare le regole delle società partecipate. Di certo, questa scelta non è priva di conseguenze negative. La prima è il quadro di incertezza futura che rende facile pronosticare futuri conflitti e incerte pretese. La seconda, più seria e a cui dedicherò qualche considerazione in seguito, è costituita dal difficile coordinamento tra le sentenze del 2012 e del 2013 e la giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta sul limite imposto al legislatore regionale nella disciplina del diritto privato; giurisprudenza, questa, mai citata e mai smentita dalle pronunce più recenti.

Il dato non è di poco conto. In primo luogo, perché mi pare che il giudice costituzionale abbia perso un'importante occasione per ridisegnare quel limite dopo la riforma del 2001. In secondo luogo perché è lasciata del tutto indefinita la parte più sostanziale ed importante della materia. Un conto è affermare (peraltro con eccessiva rapidità) che sussiste potestà legislativa delle regioni nella regolazione delle loro società; altro conto è chiarire fin dove possa spingersi quella potestà. Può il legislatore regionale disporre dello strumento societario per privatizzare, quantomeno formalmente, ogni propria funzione? Incontra forse il solo limite della disciplina interna delle società e dei loro organi? Può disporre assetti variabili nelle relazioni tra regione e società partecipata coi soli vincoli dei requisiti dell'*in house*? La giurisprudenza sui limiti del diritto privato dell'ultimo decennio del secolo scorso era stata per certi versi generosa con la legge regionale, sostanzialmente precludendole la definizione dell'organizzazione interna delle società. In quel solco si sono mosse anche alcune sentenze chiamate qualche anno fa a definire i contorni del nuovo limite dell'ordinamento civile dello Stato. Nel silenzio attuale della Corte si può davvero ritenere che le regole d'ingaggio siano oggi le stesse o piuttosto che si siano ristrette, sacrificate sull'altare della nuova divinità della concorrenza (ed ancora una volta testimoniando la compressione dell'autonomia regionale a fronte di una riforma che l'avrebbe voluta più forte ed estesa)?

Non si tratta di una sterile critica dottrinale. È invece un rilievo di centrale importanza e di ordine pratico. Può la legge regionale, nel rispetto dei canoni europei e dell'interpretazione che ne ha fatto la giurisprudenza comunitaria, scegliere di regolare in modo specifico per le proprie società il requisito del controllo analogo, imponendo, ad esempio, accordi amministrativi extrasocietari tra amministrazioni socie per l'imposizione delle linee strategiche di azione o procedimentalizzando l'individuazione degli amministratori? Può regolare in modo originale ed autonomo il rapporto tra



## la legge dei rapporti economici

l'amministrazione regionale e gli amministratori della società di nomina pubblica? Il potere legislativo regionale non è in alcun modo esteso alla regolazione delle società partecipate dagli enti locali?

La sentenza n. 199 non dà alcuna indicazione, nemmeno la più indiretta, che aiuti a ricostruire principi sistematici. Nessuna tra le censure mosse dalle regioni in merito alla definizione del potere statale di disciplinare le società partecipate dagli enti locali è stata esaminata nel merito: «posto che l'esigenza di una adeguata motivazione a sostegno della impugnativa si pone in termini perfino più pregnanti nei giudizi diretti che non in quelli incidentali, nella specie l'assoluta genericità ed indeterminatezza delle censure proposte con riguardo alla pretesa violazione di principi comunitari, anch'essi genericamente invocati, non consente di individuare in modo corretto i termini della questione di costituzionalità della stessa».

La sentenza n. 229 fornisce invece qualche elemento in più. Sebbene la Corte non abbia fatto espressi riferimenti direttamente utili alla soluzione delle questioni che ho prospettato, il dato emergente è però quello che si è precedentemente rappresentato. Ribadito il fatto che la sostanza disciplinata dall'art. 4, d.l. n. 95/2012 atteneva interamente alla relazione regioni – società regionali, il percorso logico compiuto nella sentenza è semplice e di facile ricostruzione: posto che l'invocazione delle ragioni di tutela della concorrenza è vanificata dalla contraddittorietà interna delle norme statali (quelle censurate finiscono per negare quelle precedentemente emanate nel 2006, producendo un sostanziale effetto anticoncorrenziale), non resta che ricondurre il caso alla materia dell'organizzazione e funzionamento della regione, lasciata dall'art. 117 alla competenza legislativa residuale regionale.

Quel che se ne deve dedurre è che, ove il legislatore statale avesse meglio e più ragionevolmente disposto, nessun rilievo avrebbe impedito di considerare legittime le disposizioni statali, di fatto escludendo radicalmente ogni intervento regionale diretto a regolare i rapporti tra la regione e le sue società. Il che, a mio avviso, non può in linea di principio soddisfare l'interprete. Un conto, infatti, è affermare che la tutela della concorrenza può imporre limiti e condizioni nel ricorso alla forma societaria e nell'azione delle società partecipate; altro è ammettere che il legislatore statale può integralmente attrarre a sé ogni aspetto dell'organizzazione regionale in forma privatistica. Se le società *in house* rappresentano un modello di autoproduzione di beni e servizi ordinariamente disponibile secondo i principi comunitari (un modello eminentemente organizzativo, dunque), consentire al legislatore statale di precludere a quello regionale di disciplinare il ricorso all'*in house* della regione non significa tutelare la concorrenza, ma disegnare il dettaglio dell'organizzazione regionale.

È poi il caso delle società degli enti locali a chiarire ancor meglio come il richiamo alla materia dell'organizzazione regionale sia in realtà pretestuoso. Infatti, prendendo per buono l'*iter* argomentativo della Corte (le norme censurate non tutelano la concorrenza e quindi debbono trovare un differente riferimento costituzionale: l'organizzazione e il funzionamento delle regioni), se ne dovrebbe dedurre la necessità di trovare, con riferimento alle società degli enti locali un altro aggancio nell'art. 117 per stabilire se davvero spetti al solo legislatore statale regolarle ovvero non vi sia uno spazio significativo riconosciuto anche alla legge regionale (e, nel caso, dichiarare illegittimo l'art. 4 anche con riferimento alle società locali). Orbene, nessuna delle materie di competenza statale esclusiva consente di escludere un potere normativo regionale al riguardo. Fuori gioco la tutela della concorrenza (che, esclusa per l'irragionevolezza intrinseca del contenuto delle norme reclamate con riferimento alle società delle regioni, non può certo essere invocata per le società locali), non soccorrono né la materia delle funzioni e degli organi fondamentali degli enti locali né quella dei livelli essenziali delle prestazioni (trattandosi, per espressa ammissione della legge e della Corte di società strumentali e non di società esercenti servizi di interessi economici generali). Ed allora, a quale titolo al legislatore statale è dato regolare con norme non *pro* ma *anticorcorrenziali* l'organizzazione in forma privatistica degli enti locali?

La sola risposta che mi pare plausibile è quella che dall'inizio adombro come vero filo conduttore dell'azione della Corte. La ragione che anima la decisione è quella della censura di illogicità interna della legge statale, di per sé onnipotente se ben formulata, a nulla rilevando per davvero il riconoscimento costituzionale della potestà legislativa residuale. Il solo interlocutore della Corte è lo Stato, dunque, che la prima chiama a ben regolare, garantendogli in cambio protezione dai fastidi e dagli intralci delle competenze regionali e dalle pretese delle autonomie locali. Come si disse in avvio, è questa buona parte del nuovo assetto istituzionale.

#### **4. La disciplina delle società regionali e locali. L'organizzazione amministrativa delle regioni e il limite dell'ordinamento civile. La pretesa regionale a legiferare sulle società partecipate degrada ad interesse occasionalmente protetto**

Quasi vent'anni fa si poteva affermare che «rispetto agli altri limiti costituzionali alla potestà legislativa regionale, il limite del diritto privato ha subito un'evoluzione forse più profonda, che non ha riguardato soltanto

## la legge dei rapporti economici

l'estensione del principio e i suoi più o meno elastici confini, ma anche la natura stessa della sua definizione giuridica»<sup>17</sup>. Così si voleva salutare il passaggio da una giurisprudenza costituzionale di radicale esclusione del campo del diritto privato dalla competenza legislativa regionale ad un nuovo orientamento, ispirato alla distinzione tra le regole sulle società a quelle sul rapporto tra l'ente regione e le sue società. Se, con riferimento alle prime, si doveva ancora ritenere inammissibile una «organica legislazione regionale di diritto privato»<sup>18</sup>, la sentenza n. 35 del 1992 della Corte costituzionale aveva invece messo in discussione che il limite del diritto privato potesse in radice impedire al legislatore regionale di regolare il rapporto tra la regione e le sue società. La Corte aveva affermato che non poteva escludersi l'intervento del legislatore regionale nella «area dei rapporti intercorrenti tra la società privata e l'amministrazione regionale, nella misura in cui prevale la connotazione relativa alla strumentalità della società stessa alle finalità pubbliche che la Regione persegue».

Mantenendo rigido il principio in ragione del quale la disciplina dei rapporti e dei soggetti privati non può che appartenere allo Stato al fine di assicurare «su tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento di rapporti legati allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite ... ed al correlativo requisito costituzionale del godimento di tali libertà in condizioni di formale eguaglianza», si era correttamente distinto tra norme di regolazione dei rapporti interni alla struttura societaria, riservate alla legge dello Stato, e norme espressive della destinazione della società alle finalità pubbliche perseguite dalla regione, in parte disponibili al legislatore regionale<sup>19</sup>.

Certo, in sentenze successive la Corte, preoccupata per una possibile frammentazione eccessiva di regole e del formarsi di pericolose antinomie, nonché facendo propri i timori della migliore dottrina<sup>20</sup>, aveva riaffermato

<sup>17</sup> M. Dugato, *Potestà legislativa regionale e disciplina civilista delle società*, in *Dir. amm.*, 1995, 418. L'affermazione direttamente evocava il carattere di "mobilità" del limite descritto da V. Tondi della Mura, *Regioni e persone giuridiche private*, Padova, Cedam, 1995, 3 ss.

<sup>18</sup> L. Paladin, *Diritto regionale*, 1992, p. 85.

<sup>19</sup> M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e legislatori nazionali nella sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1993, II, 13 ss.

<sup>20</sup> M. Cammelli, *S.p.a. a partecipazione regionale: la Corte chiude un problema ma se ne aprono altri*, in *Le Regioni*, 1991, p. 212, aveva manifestato preoccupazione di fronte all'asseriva affermazione secondo la quale la relazione tra ente pubblico e società può regolarsi in modo del tutto indipendente dalla disciplina dei due soggetti. In tal senso, l'A. aveva avvertito che «in luogo della estensione delle potestà pubblicistiche, infatti, abbiamo il formale ri-

la solidità del limite, condizionando in modo assai rigido l'espressione della potestà legislativa in materia. L'avvertimento era dato: la strumentalità della società rispetto alle finalità pubbliche dell'ente poteva giustificare l'intervento del legislatore regionale soltanto quando fosse scongiurata in senso assoluto l'incidenza delle regole locali anche sui più minuti profili dei diritti e dell'organizzazione dei soggetti privati<sup>21</sup>.

In buona sostanza, però, il giudice costituzionale aveva riconosciuto che il limite del diritto privato non poteva giustificare l'impossibilità per il legislatore regionale di dettare regole di natura organizzativa delle relazioni tra regioni e società organicamente finalizzate alla soddisfazione diretta dei fini pubblici istituzionali assegnati alle prime.

Nemmeno le pronunce della Corte costituzionale rese fino al 2008 nel compito di descrizione del nuovo limite dell'ordinamento civile dello Stato uscito dalla riforma del 2001, sebbene fortemente contenitive dell'espansione della legislazione regionale in tema di società partecipate, avevano inteso mettere in discussione i principi affermati ed ora descritti. Infatti, la sentenza n. 326/2008, che pure aveva affermato che «la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale», che essa «comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato» e che «in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica», aveva comunque giustificato (più in teoria che in pratica, ad onor del vero) la disciplina regionale quando questa attenga alla materia dell'organizzazione amministrativa perché rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa.

Se nella giurisprudenza sinteticamente descritta la Corte aveva alternato momenti di apertura alla disciplina regionale delle società a momenti di conservazione, è anche vero che l'aveva fatto mantenendo in apparenza fermi i principi e rigorosamente agendo da giudice delle leggi. Nelle sentenze n. 199 e n. 229, invece, essa non teme di contraddire quei principi e sostanzialmente non si cura di agire entro i limiti della definizione del riparto di competenze legislative. È il presupposto stesso dell'intervento e della decisione ad essere cambiato: non è più costituito dallo scontro tra le pretese legislative a venire in questione, bensì la definizione di un nuovo assetto istituzionale, in cui i protagonisti non sono lo Stato e le regioni, ma lo Stato e la Corte. Quest'ultima riconosce al primo una potestà legislativa as-

conoscimento della indeterminatezza di quelle privatistiche e la consacrazione della forte asimmetria, nello stesso ente, tra regime di diritto pubblico e capacità di diritto privato».

<sup>21</sup> Il riferimento è alla sentenza 23 dicembre 1994, n. 441.

## la legge dei rapporti economici

solutamente generale, i cui confini sono rappresentati non dalla competenza regionale ma dalla logicità intrinseca e dalla efficacia delle norme; logicità ed efficacia su cui la Corte esercita un sindacato privo sostanzialmente di limiti. Le regioni, in un quadro di tal fatta, beneficiano della sentenza abrogativa soltanto in via indiretta ed occasionalmente. Del resto, il tutto ha una sua coerenza: se ciò su cui la Corte esercita il suo controllo è la ragionevolezza della disciplina statale, la competenza legislativa regionale degrada ad interesse occasionalmente protetto. La pretesa a legiferare della regione diviene, mi si perdoni l'impropria similitudine, un interesse legittimo<sup>22</sup>.

### 5. La sintesi. Gli enti locali e l'autonomia di Filottete

Un primo elemento costitutivo del quadro di sintesi a giustificazione della tesi che ho dall'inizio sostenuto mi sembra rappresentato proprio dall'occasionalità dell'accoglimento delle pretese regionali. L'oggetto della decisione, si è detto, non è il limite imposto alla potestà legislativa statale dalle competenze regionali, ma il limite "intrinseco" alla legge statale, rappresentato dal rispetto dei principi a cui la Corte assegna il rango di principi sovrani. Il principio sovrano è, nel caso delle società partecipate, quello della concorrenza, che, nella graduazione del giudice costituzionale, prevale sulle ragioni della finanza pubblica, sui contorni del principio della libera iniziativa economica e certamente sull'assetto dei poteri legislativi dell'art. 117 Cost.

È in quest'ottica (quella della concorrenza, appunto), che viene giudicata (e negata) la ragionevolezza della disciplina abrogata, secondo un percorso logico del tutto simile a quello che il giudice amministrativo svolge nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa<sup>23</sup>. I parametri sono quelli noti: dapprima quello del rigido vincolo del fine, rappresentato dalla corretta tutela della concorrenza; quindi, quelli della comparazione rispetto agli

<sup>22</sup> La contaminazione linguistica mi pare rifletta in modo non scorretto la contaminazione degli istituti. Sul punto, mi sento confortato dalle considerazioni, assai meglio argomentate, di G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, Jovene, 2012, 18 ss.

<sup>23</sup> È di estremo interesse, al proposito, lo studio di F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., nel quale è analizzato il rapporto tra il principio di concorrenza economica e quello fatto proprio dall'ordinamento comunitario ed applicato dai giudici. L'A. illustra bene, trattando del *test* di proporzionalità, come i meccanismi propri della giurisprudenza comunitaria siano sempre quelli della definizione della congruità delle misure adottate rispetto alla loro destinazione nell'intero territorio nazionale. Non mi pare dubbio che la Corte costituzionale ne faccia il presupposto, ma vada oltre, giudicando anche la qualità delle misure adottate dal legislatore, in ciò rendendo la propria azione meno "tecnica" e assai più "politica".

atti normativi precedenti (l'art. 13, d.l. n. 223/2006). Nel giudizio della Corte, l'art. 4, d.l. n. 95/2012, da un lato, viola il vincolo del fine, non tutelando in modo proprio la concorrenza; dall'altro, appare in contraddizione rispetto al segno dei precedenti interventi normativi<sup>24</sup>.

Il riferimento alla potestà legislativa delle regioni nell'ambito della propria organizzazione non è al centro del giudizio, come onestamente dimostra il testo della sentenza. Viene invece dopo ed alla fine, a mo' di clausola di stile o per rinvio tradizionale. Il successo delle regioni è occasionale, come si è detto. La pretesa da esse azionata, in altri termini, trova una sua funzione in chiave di legittimazione attiva a ricorrere, ma non rappresenta l'oggetto diretto della tutela. Se la legge statale fosse stata ragionevolmente orientata alla soddisfazione del megaprincipio della concorrenza, la potestà regionale in tema di organizzazione non l'avrebbe in alcun modo limitata: si può dire che le regioni vincono soltanto perché perde lo Stato.

Il secondo elemento del quadro di sintesi è rappresentato dai pericoli, già evidenziati in avvio, del ricorso regionale e locale al modello organizzativo in forma privatistica. Se la concorrenza, infatti, rappresenta il principio supercostituzionale di riferimento, ogni volta in cui si ricorre allo strumento societario, si finisce per doverne accettare dominio e confini, accettando che la legge dello Stato rappresenti l'unica fonte normativa, così che le ragioni dell'organizzazione finiscono per cedere a quelle della concorrenza, senza alcun effetto protettivo da parte dei titoli di legittimazione della potestà legislativa riconosciuti dall'art. 117 Cost. Invertendo il segno dell'assunto celebre di Galgano<sup>25</sup>, sono le regole del soggetto ad attrarre le regole dell'og-

Il dato è particolarmente significativo se applicato al campo delle società pubbliche. Come giustamente afferma F. Cortese, *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 9, «la collaborazione tra pubblico e privato potrebbe anche configurarsi come un obiettivo di natura in primo luogo politica, rispetto al quale l'ordinamento prefigura, caso per caso, l'utilizzo di principi e regole che, pur essendo potenzialmente strumentali a quella stessa ispirazione condivisa, si proiettano effettivamente in direzioni più specifiche e risentono così delle peculiarità tipiche dell'oggetto che sono chiamati a curare».

<sup>24</sup> Sotto il profilo del vincolo del fine, poi, le società pubbliche, poiché le norme che le riguardano sono giudicate essenzialmente con riferimento al fine concorrenziale, finiscono esse stesse per essere finalizzate a quello scopo e non tanto all'interesse istituzionale dell'ente che le partecipa. Al riguardo, M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012, 219 ss.

<sup>25</sup> F. Galgano, *Diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 2004, 18 ss., secondo il quale le regole del soggetto diverrebbero irrilevanti, attratte da quelle dell'oggetto e della funzione esercitata.

## la legge dei rapporti economici

getto. Un oggetto, questo, senz'altro particolare, dal momento che nel ricorso alla società partecipata si fondono organizzazione ed attività amministrativa fino a divenire indistinguibili<sup>26</sup>.

In tal modo, attività e organizzazione delle regioni sono in buona parte lasciate sotto il dominio della legge statale, mentre il controllore (la Corte costituzionale) ha sostanzialmente sostituito i vecchi con nuovi limiti, di carattere, per così dire, meno “geografico” e più funzionale.

Nel quadro descritto, vi è poi un altro aspetto da considerare e riguarda la condizione degli enti locali nel nuovo assetto istituzionale che mi pare costituire lo sfondo presupposto delle sentenze costituzionali. Si è detto che nella pronuncia della Corte n. 229/2013 si giunge, con la pretesa di ragionevolezza, ad una soluzione giuridicamente irragionevole. L'art. 4, d.l. n. 95/2012 è dichiarato incostituzionale nella sua applicazione alle regioni e non con riferimento alle società degli enti locali. Ciò, si rammenti, non tanto perché esso invade una competenza legislativa riservata alle regioni, ma in ragione del fatto che non realizza lo scopo che in teoria dichiara (la tutela della concorrenza). Ora, è quantomeno singolare che una disciplina dichiarata incostituzionale perché irragionevole riguardo alle società regionali sfugga alla stessa censura se considerata nell'ambito delle partecipazioni degli enti locali. Né mi pare sia di aiuto il riferimento al titolo di legittimazione del potere legislativo. Chiarendo meglio, se l'art. 4, non tutelando effettivamente la concorrenza, non può richiamarsi alla materia della tutela della concorrenza quale titolo di potestà legislativa esclusiva dello Stato, l'intervento statale rimane privo di copertura *in se stesso* e non con riferimento alla competenza regionale. Ciò, seguendo il rigore del metodo giuridico, anche con riferimento alle società dei comuni, dal momento che non è dato trovare altro titolo legittimante la potestà legislativa esclusiva statale.

Qual è, dunque, l'origine dell'assunto secondo il quale la legge irragionevole per le società regionali è invece ragionevole per le società degli enti locali? Un primo dato interpretativo è offerto dall'attenzione che la sentenza dedica alle società degli enti locali. Anche ad una prima lettura emerge con evidenza la laconicità dei passaggi dedicati al punto. Trattando delle norme contenute nei c. 4 e 5 dell'art. 4 (dedicate alla composizione degli organi amministrativi delle società partecipate), la Corte ne dichiara la legittimità in ragione della «evidente attinenza con i profili organizzativi degli enti locali, posto che esse coinvolgono le modalità con cui tali enti perseguono, quand'anche nelle forme del diritto privato, le proprie finalità

<sup>26</sup> Nel quadro dei principi costituzionali, come descritto da V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011 (spec. 3 ss. e 24 ss.).

istituzionali» e, ricorda ancora la Corte, spetta al legislatore statale disciplinare i profili organizzativi degli enti locali<sup>27</sup>.

Ora, il ragionamento è in sé ineccepibile. I profili organizzativi dell'ordinamento degli enti locali sono riservati alla legge dello Stato (o delle regioni a statuto speciale). Mi pare, tuttavia, che essi non costituiscano il corretto riferimento al caso trattato. Che i limiti numerici alla composizione dei consigli di amministrazione e l'obbligo di comporli prevalentemente con dipendenti dell'ente controllante attengano ai principi organizzativi degli enti locali è interpretazione iperbolica. Un conto è regolare il ricorso agli strumenti organizzativi privatistici da parte degli enti locali, altro è dettare norme minute relative alla composizione dei consigli di amministrazione o addirittura definire, a setticamente e aprioristicamente, chi deve essere destinato dagli enti soci a comporli<sup>28</sup>. È curioso che, in questo modo, il potere regolamentare riconosciuto dall'art. 118 Cost. agli enti locali appaia più compresso quando all'organizzazione si provveda con strumenti societari di quanto non accada con riferimento agli strumenti organizzativi di diritto pubblico<sup>29</sup>. Circostanza, questa, che fa invero ritenere che l'intenzione della Corte non sia affatto quella dichiarata, bensì ancora una volta quella di riservare allo Stato ogni profilo che non è costretta a riconoscere alle regioni.

Resta comunque il dato più contraddittorio, che si riferisce non alle norme sui consigli di amministrazione ma all'intero disposto dell'art. 4: una disciplina dichiarata irragionevole per alcune società è fatta salva con riferimento ad altre società, quasi che il vizio genetico si sani in ragione di chi fronteggia l'ammalato. Non vedo altra interpretazione possibile se non quella della pretestuosità del riferimento alle materie dell'art. 117 e del sostanziale disinteresse per le ragioni degli enti locali. In altri termini, la pre-

<sup>27</sup> Per un'analisi del rapporto tra le ragioni sottese al controllo del corretto utilizzo delle risorse pubbliche e l'efficacia di previsioni quali quelle dettate dall'art. 4 del decreto n. 95 ora descritte, si veda R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 337 ss.

<sup>28</sup> Si badi: il tema non è irrilevante. Cercare di minimizzare ed ottimizzare i costi degli organi amministrativi è operazione lodevole e necessaria. Ciò, però, richiederebbe un sistema di valutazione economica "sul campo" e non la riserva alla legge statale di disciplinare assetti statici con norme di dubbia applicabilità in concreto. Al riguardo, A. Boitani, *Considerazioni economiche in tema i proprietà pubblica e privata nelle utilities*, in *Munus*, 2011, 523.

<sup>29</sup> Si ripropone, in un ambito contiguo, il problema dei vincoli alla scelta organizzativa proprio dell'ambito dei servizi pubblici locali. Sul punto, C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus*, 2011, 143 ss.; G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 ss.



## la legge dei rapporti economici

occupazione della Corte è quella di cristallizzare un assetto istituzionale in cui lo Stato è l'unico soggetto di riferimento, la cui azione è limitata da un illimitato controllo della Corte costituzionale sulla ragionevolezza. Le regioni beneficiano degli errori dello Stato; gli enti locali, nemmeno di quelli.

Gli enti locali appaiono come Filottete, abbandonato ferito sulla spiaggia. Servono, come serve l'arco di Filottete, ma solo per fare ciò che Ulisse non può compiere senza di loro.

### *Abstract*

*Legal Regulation and Economic Relations According to the Italian Constitutional Court: A Strange and Complex Theogony*

*The most recent Italian Constitutional Court rulings on State-owned companies, contrary to what one might believe, make clear that the whole matter is now regulated mainly by the legislative power of the State, being competition the fundamental benchmark criteria used in such rulings. The judicial review of State laws is not in fact carried out by the Court with reference to Article 117 of the Constitution, but rather as a judgment on the internal reasonableness of such laws. In this way, the legislative power of the Regions plays a mere residual role, coming into consideration only when State laws prove to be unreasonable or unable to meet the primary objective, i.e. competition. In the proceedings concerning the constitutionality of State laws, Regions appear to be entitled only of indirectly protected interests.*

*The analysis of such rulings raise two further points. The first is the far-reaching reform of the previous constitutional doctrine on private law as a limit to regional laws. Now such limit appears to be deeply strengthened. The second is the new role played by the Constitutional Court which is no longer limited to reviewing the constitutionality of the laws, but appears to be much closer to that of a body regulating the new institutional framework. Indeed the Court aims at drawing new boundaries to local authorities and their powers and grants to the State greater room of action than what the reform of Title V of the Constitution and Articles 117 and 118 of the Constitution seem to suggest.*



FABIO GIGLIONI

LA SFIDA DELL'INNOVAZIONE  
SULLA REGOLAZIONE PUBBLICA.  
IL CASO DELLE *SMART GRID*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impegno delle varie aree del mondo sulle *smart grid*. – 3. I nodi della regolazione pubblica. – 4. La definizione del livello di governo ottimale. – 5. La regolazione basata sui risultati. – 6. Servizi e prodotti a valore aggiunto. – 7. I riflessi sul servizio pubblico. – 8. La regolazione cognitiva. – 9. La tutela della riservatezza dei dati. – 10. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Gli studi sulle istituzioni dimostrano ampiamente quanto le trasformazioni politiche e sociali siano spesso connesse con scoperte scientifiche o con applicazioni tecnologiche ad alto impatto nella vita di ogni persona. Nel corso di questi processi i cambiamenti vengono vissuti nella speranza che si realizzino grandi prospettive, ma anche nel timore di dover affrontare molte incognite e anche gravi rischi. Qualcosa di simile pare siamo destinati a vivere con la diffusione delle *smart grid* che – secondo alcuni analisti – potrebbero avere un impatto simile a quello che ha avuto *internet* per restare ai tempi più recenti<sup>1</sup>. Le *smart grid*, traducibili con l'espressione “reti intelligenti”, riguardano il segmento energetico della distribuzione e permettono di trasformare le attuali reti, unidirezionali e rigide, in reti bidirezionali e flessibili attraverso la possibilità di convogliare nella rete energia prodotta in modo diffuso e non programmato consentendone così un uso efficiente<sup>2</sup>. In

\* Il presente contributo è il frutto di un lavoro generato dagli stimoli sollecitati dal prof. Mauro Renna, cui devo la scoperta di questo tema. Ringrazio anche il dott. Giulio Bollaffi per il contributo dato nella fase di ricerca.

<sup>1</sup> In un rapporto pubblicato dal *Department of energy* degli Stati Uniti d'America è stabilito che le *smart grid* trasformeranno ogni aspetto della generazione, distribuzione e fruizione dell'energia modificando anche consuetudini sociali consolidate alla stregua di quanto accaduto con *internet*. Cfr. US DOE, *Smart Grid System Report*, 2009, in <http://energy.gov/sites/prod/files/2009%20Smart%20Grid%20System%20Report.pdf>.4.

altri termini, attraverso la combinazione di tecnologie informatiche con le infrastrutture energetiche di distribuzione, produttori, consumatori e consumatori-produttori, c.d. *prosumer*<sup>3</sup>, sono in grado di disporre e di immettere sulla rete dati, informazioni ed energia autoprodotta in tempo reale così che l'utilizzo dell'energia sia efficiente, a elevata qualità e con ridotti sprechi.

Si delinea una filiera energetica che diventa così più complessa perché la produzione non è più concentrata ma disseminata venendosi a trovare anche in prossimità della rete di distribuzione con cui si collega direttamente. Le *smart grid*, dunque, connettono punti di generazione diffusa, espressione da preferire a quella di generazione distribuita che si legge nei documenti ufficiali, con sistemi distributivi che consentono l'utilizzo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. Per questo le *smart grid* non sono semplicemente una delle componenti delle politiche dedicate alle energie alternative, che già conoscono ampi riconoscimenti sia a livello nazionale che internazionale, ma un'occasione che modifica totalmente la fruizione di energia da parte degli utenti ponendoli direttamente in connessione con i produttori.

Ancorché non vi sia una definizione universalmente valida di *smart grid*, quella che – almeno in ambito europeo – è utilizzata maggiormente è quella tratta dalla Commissione europea che – a sua volta – ha accolto la proposta di *European Regulatory Group for Electricity and Gas* (d'ora in poi, ERGEG) secondo cui le *smart grid* sono «an electricity network that can cost-efficiently integrate the behavior and actions of all users connected to it – generators, consumers and those that do both – in order to ensure economically-efficient, sustainable power systems with low losses and high levels of quality and security of supply and safety»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Una sintesi efficace delle maggiori novità introdotte dalle *smart grid* si trova in J.P.Tomain, 'Steel in the Ground': *Greening the Grid with iUtility*, in *Environmental Law*, 2009, 951, il quale sottolinea come la nuova rete favorisce la conservazione di energia a fronte dell'incentivo al consumo della vecchia; efficienza contro inefficienza; generazione diffusa e di piccolo taglio contro generazione concentrata e soggetta a programmazione; produzione da fonti alternative contro produzione da fossili. Si veda anche M. Oro Nobili, *Le smart grids*, in *Rass. giur. en. el.*, 2011, 215 ss.

<sup>3</sup> A proposito di questo nuovo soggetto che sintetizza il ruolo di consumatore con quello di produttore (anche se indipendente dall'influenza delle *smart grid*) si veda A.M. Benedetti, *Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello «scambio sul posto»*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, il Mulino, 2013, 189 ss.

<sup>4</sup> Cfr. ERGEG, *Position Paper on Smart Grids*, 2009. Tale definizione è stata ripresa nella prima nota della Comunicazione della Commissione europea, 12 aprile 2011, COM(2011)202,

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

Lo scopo di questo elaborato è quello di render conto delle implicazioni giuridiche e istituzionali che questo obiettivo sta determinando e mettere in luce le sfide che il processo indotto produce anche per la regolazione pubblica. Le considerazioni che saranno sviluppate naturalmente richiedono cautela nell'approccio in quanto gli scenari a cui possono aprire queste innovazioni tecnologiche sono ancora imprevedibili<sup>5</sup> così come in fondo il loro stesso successo<sup>6</sup>. Come sarà visto più avanti, anche per le *smart grid*, come per ogni trasformazione sociale dovuta all'impatto di nuove applicazioni tecnologiche, ci sono dei rischi che spesso si ripercuotono sul godimento delle libertà e non è detto che queste minacce non possano perfino costituire un freno a tali trasformazioni. In questo contesto, dunque, di ancora piena incertezza, è opportuno procedere nella riflessione secondo il metodo del «cigno nero»<sup>7</sup>, avendo l'impegno, cioè, di mettere in conto l'ignoto per predisporre nel noto le misure che consentano di affrontare le sfide future nel miglior modo possibile<sup>8</sup>.

*Reti intelligenti: dall'innovazione all'introduzione*, che nella versione italiana considera le *smart grid* «come reti elettriche capaci di tener conto in modo efficiente dei comportamenti e delle azioni di tutti gli utenti che vi sono collegati – produttori, consumatori e produttori-consumatori – allo scopo di assicurare un sistema elettrico efficiente in termini economici e sostenibili, che registri perdite ridotte e livelli elevati di qualità e di sicurezza dell'approvvigionamento».

<sup>5</sup> Cfr. R. Brownsword, M. Goodwin, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century*, Cambridge, University Press, 2012.

<sup>6</sup> Lo ricordano opportunamente L.J. Makovich, *The Smart Grid – Separating Perception from Reality*, in *Issues in Science and Technology*, <http://www.issues.org/27.3/makovich.html>, 2011; J.B. Eisen, *Smart regulation and federalism for the smart grid*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2013, 37, 28; G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, in *Forthcoming 5 Law, Innovation and Technology*, 2013, 9-11.

<sup>7</sup> La teoria del “cigno nero” è riferita a un saggio di grande successo editoriale: N.N. Taleb, *The Black Swan*, London, Penguin, 2007. Secondo questa teoria la vita sociale è influenzata e determinata da episodi rari e imprevedibili che – una volta prodotti – inducono vanamente gli uomini e le loro organizzazioni sociali a tentare di darne una dimostrazione razionale che rassicuri, fino a quando – appunto – non si verrà a conoscenza, come è avvenuto con la scoperta dell'Australia, che i cigni non sono tutti bianchi e che dunque quelle assicurazioni fornite dagli esperti dovranno essere riconsiderate. Il saggio quindi invita a riflettere sull'ignoto oltre che sul noto al fine di fronteggiare al meglio i rischi dovuti all'incertezza che domina la vita sociale.

<sup>8</sup> Le attenzioni dei giuristi al tema dell'ignoto tecnologico sono oramai piuttosto sviluppate. Per fermarsi ad alcuni studiosi della scienza giuspubblicistica si ricordano in modo particolare: F. Stella, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in Aa.Vv., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, Giuffrè, 2002, 3 ss.; F. de Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè,

Dopo aver dato sinteticamente conto di alcuni piani di sviluppo in corso nelle varie aree economiche, il campo di osservazione si restringe sulle implicazioni giuridiche ed istituzionali di queste trasformazioni ponendo l'attenzione sui principali nodi problematici.

La tesi di fondo è che le *smart grid*, ma anche altre innovazioni tecnologiche simili in corso che sono ricomprese sinteticamente nella locuzione di *smart regulation*, rappresentano per la regolazione pubblica un'occasione simile a quella che si determinò negli anni ottanta al momento in cui le telecomunicazioni passarono da un sistema analogico a uno digitale: allora, questo passaggio tecnologico consentì l'evoluzione dalla regolamentazione pubblica alla regolazione pubblica<sup>9</sup>; in questo caso quello che si profila è una

2006, II ed.; M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard: elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, ES, 2010, spec. 57-80; B. Marchetti, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, 149 ss.; M. Passalacqua, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012, spec. 1-59. Sia consentito rinviare anche F. Giglioni, *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir., Annali VI*, 2013, 44 ss.

<sup>9</sup> Al di là della variazione semantica il passaggio dalla regolamentazione alla regolazione pubblica ha prodotto implicazioni istituzionali ben note negli studi giuridici, dovute sostanzialmente alla trasformazione del regime giuridico dei mercati da un sistema monopolistico a uno concorrenziale. Mentre la regolamentazione presuppone un rapporto vischioso tra regolatore e operatore dominante (se non unico) del mercato, connotando in termini soggettivi l'attività dell'autorità pubblica, la regolazione, invece, prevede una separazione netta tra chi regola e gli operatori denotando in termini oggettivi l'attività dell'autorità pubblica. Nel passaggio dalla regolamentazione alla regolazione ha un rilievo importante anche la crescita della dimensione sovranazionale della regolazione. Su questi temi si vedano i contributi di R. Miccù, *Lo stato regolatore e la nuova costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, Jovene, 2011, spec. 142-8; L. Giani, *I diversi volti dell'azione amministrativa. Brevi osservazioni della regolazione amministrativa*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, Jovene, 2011, 189 ss.; G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011, 1-3; G. Napolitano, *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, in Aa.Vv. (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 220-4; N. Rangone, *Le programmazioni economiche*, Bologna, il Mulino, 2007; D. Sorace, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 1 ss.; N. Rangone, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, IV, 5057 ss.; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 1138 ss.; L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002; S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002, 266-8; M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, 171 ss.; S. Cassese,

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

regolazione pubblica che, anziché essere tutta concentrata sulla definizione *ex ante* delle regole, si fonda principalmente sui risultati conseguiti, favorendo quelle iniziative che hanno un impatto significativamente positivo sulla generalità dei consociati. È una regolazione svolta sempre da un'autorità terza ma che non è più neutrale, perché incentiva e favorisce chi è in grado di dare risultati concreti positivi per l'efficienza energetica.

### 2. L'impegno delle varie aree del mondo sulle *smart grid*

Per il contrasto ai cambiamenti climatici è oramai in atto una corsa agli investimenti nelle principali aree economiche del pianeta a favore dell'innovazione tecnologica per la produzione energetica da fonti alternative e per l'efficienza energetica. Per una panoramica complessiva dei finanziamenti e delle risorse investite in questi anni per favorire la diffusione e l'istallazione delle *smart grid* in Europa – includendo quindi nello stesso conto sia i programmi nazionali che quelli promossi dalle istituzioni europee – può essere interessante anche un breve confronto con le esperienze di altre aree del mondo. Secondo il *Report* del Pike Research, per il periodo 2010–2020 è previsto un investimento di 56,5 miliardi di euro in tecnologie relative alle *smart grid* e l'istallazione di oltre 240 milioni di “*smart meter*”<sup>10</sup> nei 27 Paesi membri (il rapporto, ovviamente, non considerava ancora la Croazia tra i paesi membri)<sup>11</sup>. Per il 2020 l'UE conta di poter coprire l'80% della popolazione con i nuovi strumenti di misurazione<sup>12</sup>. Ad oggi, sono circa 45 milioni i contatori elettronici già operativi, a fronte di investimenti superiori ai 5,5 miliardi di euro. L'importanza di questi numeri è posta in risalto se confrontata con quella degli Stati Uniti dove, secondo il *JRC Reference Report*, è prevista una spesa di 400 miliardi di dollari per rin-

*Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, 17-9; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>10</sup> Per la diffusione delle *smart grid* e per il loro pieno sfruttamento è indispensabile l'introduzione di contatori intelligenti, gli *smart meter* appunto. Per questa ragione, dunque, la diffusione delle *smart grid* è accompagnata, e spesso anticipata, dalla diffusione degli *smart meter*. Non a caso ad essi l'UE ha dedicato un'attenzione particolare attraverso l'emanazione della raccomandazione 9 marzo 2012, 2012/148/UE, *sui preparativi per l'introduzione dei sistemi di misurazione intelligenti*.

<sup>11</sup> Cfr. E. Woods, B. Gohn, *Smart Grids in Europe*, Pike Research, 2011.

<sup>12</sup> L'obiettivo è contenuto nella dir. 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

novare le infrastrutture elettriche – più vecchie di quelle europee – ma dove solo 8 milioni di *smart meter* sono stati installati a fronte di una previsione di appena 60 milioni per il 2020<sup>13</sup>. Anche in Cina sono previsti importanti investimenti per il miglioramento della rete elettrica e lo sviluppo di una rete intelligente. Principale attore di questa “rivoluzione energetica” è la *State Grid Corporation of China* che, si stima, investirà circa 423 miliardi di euro, di cui 71 solo per lo sviluppo della tecnologia delle *smart grid*. In questo senso è rilevante notare come solo nel 2010 la Cina abbia investito oltre 5.1 miliardi di euro a tal fine. Il differente grado di maturità della rete elettrica cinese fa sì che gran parte dei finanziamenti previsti saranno destinati allo sviluppo delle infrastrutture di reti primarie, sebbene nell’ambito del progetto di sviluppo della tecnologia *smart* è prevista entro il 2020 la distribuzione di oltre 360 milioni di *smart meter*.

L’esperienza della Gran Bretagna assieme a quella dell’Italia è tra le più avanzate in materia di *roll out* degli *smart meter* in Europa. Come riporta lo *European Smart Metering Report*<sup>14</sup> pochi altri Paesi hanno adottato dei programmi simili che prevedono la distribuzione a tutti gli utenti di questi sistemi di rilevazione entro il 2020.

Tale asimmetria dell’avanzamento dei piani di attuazione per lo sviluppo delle *smart grid* in Europa produce una differenziazione regolamentare tra i diversi ordinamenti che rallenta la costituzione di una rete intelligente integrata. A tal proposito possono essere distinti due gruppi di paesi. I primi che fanno riferimento ai 15 stati base dell’UE, che hanno già compiuto importanti investimenti ed avviato piani di *rolling out* dei sistemi di misurazione, all’interno dei quali spiccano le posizioni dell’Italia e della Gran Bretagna. I secondi, invece, raggruppano i nuovi paesi membri in cui, salvo il caso della Estonia e Malta, lo sviluppo delle *smart grid* è ancora a un livello embrionale. Un rischio posto in evidenza è che una tale differenziazione nell’avanzamento e nella maturità dei programmi di sviluppo delle reti intelligenti possa costituire una barriera per la futura integrazione tra i diversi *network* europei con effetti sulla realizzazione della strategia europea energetica<sup>15</sup>.

In questo contesto l’Italia si distingue positivamente perché ha ese-

<sup>13</sup> Si veda V. Giordano, F. Gangale, G. Fulli M-S. Jimenez, *Smart Grids projects in Europe*, in *JRC-European Union*, Luxembourg, 2011, 13.

<sup>14</sup> Si veda Austrian Energy Agency, *European Smart Metering Landscape Report 2012*, Vienna, 2012.

<sup>15</sup> Tale aspetto preoccupa molto la Commissione europea che considera tale differenza di avanzamento nel progresso della realizzazione di politiche per l’efficienza energetica l’ostacolo principale allo sviluppo di un mercato dell’energia elettrica unico. Cfr. l’atto di comunicazione *Rendere efficace il mercato interno dell’energia*, COM(2012) 663 final.



## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

guito già dal 2006, attraverso il piano *Telegestore* promosso da ENEL, un massiccio ricambio dei contatori elettrici tradizionali con gli *smart meter* che costituiscono il presupposto essenziale per lo sviluppo delle *smart grid*, ponendo il nostro paese all'avanguardia in questo settore e al primo posto al mondo per percentuale di popolazione raggiunta. I nuovi contatori elettronici, infatti, consentono di rilevare più precisamente e adeguatamente i consumi giornalieri e rendono possibile adattare l'offerta dei servizi ai bisogni effettivi dell'utenza "personalizzando" il servizio. Allo stesso modo consentono di registrare le immissioni di energia autoprodotta in eccesso nella rete favorendo quel processo di trasformazione dei consumatori – già descritto – da soggetti passivi a soggetti attivi<sup>16</sup>. Sotto la vigilanza dell'AEEG, che in proposito ha costituito una specifica commissione di selezione e valutazione<sup>17</sup>, sono in atto diversi progetti di sperimentazione da parte delle società che controllano le reti di distribuzione elettrica e i primi risultati di alcune importanti sperimentazioni dovrebbero essere resi noti alla fine del 2013, anche se la stessa Autorità ha dovuto ammettere che la realizzazione di questi progetti appare ancora in ritardo rispetto ai tempi previsti<sup>18</sup>. Il decreto interministeriale 8 marzo 2013<sup>19</sup>, che ha adottato la nuova Strategia Energetica Nazionale (d'ora in poi SEN), pone lo sviluppo delle *smart grid* e della generazione diffusa da fonti alternative tra le priorità da conseguire nei prossimi anni. E la conferma proviene da un recente studio pubblicato da Assoelettrica che prevede nei prossimi anni un investimento dedicato al potenziamento del settore energetico tra i 15 e i 60 miliardi di euro, di cui una quota consistente, tra i 9 e i 15 miliardi, sarà concentrata sull'ammmodernamento della rete di distribuzione<sup>20</sup>. Il primato dell'Italia è anche con-

<sup>16</sup> Da questa novità – ovvero, dei consumatori che diventano produttori – è stato perfino coniato il termine di *prosumer*, quale crasi delle parole *producer* e *consumer*.

<sup>17</sup> Le sperimentazioni sono state incentivate dall'AEEG con la delib. 25 marzo 2010, ARG/elt 39/10, che ha previsto la costituzione di una commissione di esperti che, dopo aver selezionato i progetti di sperimentazione, è ora impegnata nel monitoraggio e valutazione dei risultati.

<sup>18</sup> Cfr. la *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta* presentata dall'AEEG il 31 marzo 2013.

<sup>19</sup> Si fa riferimento al decreto dei Ministri dello sviluppo economico e dell'ambiente che ha appunto approvato il nuovo piano strategico per l'energia nazionale, adottato dopo ampia consultazione di istituzioni, associazioni di categoria e parti sociali. Sul ruolo programmatico di questo documento si veda F. De Leonardi, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, il Mulino, 2013, 131 ss.

<sup>20</sup> I dati sono tratti dallo studio di Energy&Strategy Group, *Smart Grid Executive Report*, marzo 2012.

fermato dal ruolo di coordinamento che ha esercitato presso ISGAN<sup>21</sup>, la rete intergovernativa internazionale per la cooperazione allo sviluppo delle *smart grid* sorta nell'ambito dell'Agenzia internazionale per l'energia (IEA).

### 3. I nodi della regolazione pubblica

Lo sviluppo delle “reti intelligenti” potrebbe modificare nei prossimi anni significativamente le dinamiche del mercato elettrico e ciò inevitabilmente si ripercuoterà anche sugli strumenti di regolazione. Tracce essenziali di questa esigenza si trovano sia nella disciplina comunitaria sia in quella nazionale di livello primario<sup>22</sup>, ma ancor di più sono rilevanti le determinazioni assunte dalle autorità tecniche di regolazione e, per quanto riguarda l'Italia, dall'AEEG in modo particolare. L'AEEG, infatti, ha definito regole per la promozione delle *smart grid* anche prima dell'esplicito potere attribuito dall'art. 17, c. 3, d.lgs. 28 del 2011. Emerge, pertanto, già da una prima elementare ricognizione, che, su una materia ancora molto indefinita, le autorità di regolazione amministrativa assolvono un compito disciplinare molto rilevante in ragione della natura altamente tecnica della materia, anche in presenza di norme primarie che si caratterizzano per essere poco cogenti. Dall'analisi di questo limitato quadro normativo sono almeno sei i principali nodi che si riscontrano.

Il primo emerge con chiarezza da quanto già delineato succintamente nel paragrafo precedente circa la disomogeneità dei piani di sviluppo delle reti intelligenti: esiste, infatti, un'esigenza di integrazione delle reti e del loro funzionamento che pone al centro di ogni considerazione il tema di quale sia il livello di governo più idoneo a stabilire la disciplina adeguata. Non si tratta, peraltro, solo di definire il punto di riferimento della competenza principale ma anche quello di comprendere quale sia la tecnica di governo più adatta, se quella che impone dall'alto un processo di uniformità o quella più morbida che si limita a indicare obiettivi pur attenta alle differenziazioni territoriali e locali.

Il secondo nodo riguarda l'inefficacia della regolazione *ex ante*. Come è noto la regolazione *ex ante* presuppone che vi sia un'autorità terza che definisca, in osservanza del principio della “parità delle armi”, le condizioni

<sup>21</sup> Più precisamente si tratta dell'*International Smart Grid Action Network*; cfr. <http://www.iea-isgan.org/c/1>.

<sup>22</sup> L'evoluzione normativa della disciplina in materia di *smart grid* è tracciata in M. Oro Nobili, *Le smart grids*, cit., spec. 223-39.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

preventive affinché lo scambio tra i vari attori del mercato abbia luogo. Il regolatore, in questo caso, non si preoccupa di accertare quali beni siano commerciati, né se lo scambio realizzato avvantaggi qualche soggetto in modo particolare; ciò di cui ci si interessa è evitare che le condizioni di partenza dei soggetti che realizzano scambi siano asimmetriche cosicché i vantaggi e gli svantaggi prodotti siano l'esito di posizioni strutturali di mercato che sono diseguali dal principio<sup>23</sup>. Si confida nel fatto che squilibri determinati dal libero scambio siano momentanei e producano da sé le spinte necessarie a ristabilire le condizioni in cui le differenze siano appianate. Per le *smart grid* il ruolo del regolatore è diverso: l'efficienza e la produzione da fonti rinnovabili sono esternalità positive a cui il regolatore non può restare indifferente essendo in gioco interessi più ampi dei soli attori di mercato. Ne deriva che al regolatore è conferito il ruolo di agevolare e favorire i soggetti che utilizzano le "reti intelligenti" visto che questo consente di conseguire rilevanti interessi pubblici.

Il terzo nodo per la regolazione si collega al rinnovamento di servizi e prodotti che le *smart grid* producono. In effetti l'innovazione tecnologica delle reti non resta limitata al segmento della distribuzione elettrica; ad essa si accompagnano nuovi prodotti e servizi, quali le ricariche dei veicoli elettrici, l'automazione domestica, la diffusione di batterie per immagazzinare le produzioni in eccesso e per regolare i flussi al fine di garantire la costanza e la sicurezza delle forniture. Rispetto a questi beni e servizi aggiuntivi esiste un'esigenza che è quella di favorire quanto più la loro diffusione.

Un altro nodo è quello relativo al servizio pubblico. Il servizio di distribuzione è soggetto ai relativi obblighi per garantire forniture continue, economiche e diffuse sul territorio ed è – anche per questo – gestito sotto forma di monopolio locale. Le *smart grid* appaiono in grado di mettere in crisi questo assetto di regolazione senza però far venir meno l'esigenza di servizio pubblico che è sottesa. Rispetto a questo profilo, dunque, le autorità di regolazione sono chiamate a individuare nuove modalità che assicurino il conseguimento di finalità pubbliche in presenza di un'attività che è intrinsecamente insuscettibile di essere programmata.

Il quinto aspetto consiste nell'assegnare al regolatore un compito davvero inedito che è riferito all'importanza che per il pieno impiego delle "reti intelligenti" ha la consapevolezza degli utenti. In altre parole, l'adatta-

<sup>23</sup> Entro la misura in cui le condizioni di partenza sono asimmetriche tra le imprese è concesso all'AEEG di adottare a sua volta regole asimmetriche temporanee per fronteggiare la disuguaglianza di fatto. In questo senso va inteso l'art. 43, c. 5, d.lgs. 93 del 2011, che ha recepito le direttive del 'terzo pacchetto energia' emanato dall'UE.

mento dell'offerta alla domanda implica una crescita della responsabilità degli utenti capace di adeguare i propri comportamenti per riuscire non soltanto a esercitare comportamenti virtuosi, ma per soddisfare appieno le potenzialità riconducibili alle "reti intelligenti". Tra i compiti del regolatore, dunque, deve essere compreso anche quello di promuovere attività finalizzate alla responsabilizzazione dei consumatori.

Ultimo nodo riguarda, infine, la definizione di regole che rendano compatibile l'utilizzo delle *smart grid* con la tutela della riservatezza dei dati. L'adattamento dell'offerta a una domanda che diviene quasi "personale" richiede lo sfruttamento di dati personali su comportamenti e preferenze degli individui da parte di soggetti terzi con forti interessi commerciali. Questo inevitabilmente esige la ricerca di un nuovo equilibrio tra diritti di libertà, diritti collettivi e interessi economici.

#### **4. La definizione del livello di governo ottimale**

Il largo dispiegamento delle *smart grid* dipende enormemente dallo sviluppo delle innovazioni tecnologiche e dalle loro applicazioni. Questa relazione stretta con l'innovazione tecnologica produce esigenze diverse dal punto di vista regolativo.

Le sperimentazioni possono essere, innanzitutto, avviate dai soggetti che si trovano nella condizione di esercire servizi di distribuzione il che richiederebbe un approccio regolativo favorevole allo sviluppo locale basato sulla libertà d'azione delle imprese. La capacità di investire, la conoscenza dei territori e delle esigenze degli utenti, nonché le analisi di rendimento delle innovazioni possibili sono tutti elementi che consiglierebbero preferibile garantire uno spazio autonomo rimesso alle libere valutazioni degli operatori realizzando così anche un contesto di mercato altamente competitivo. Al contrario una regolazione che provenga da un centro e dall'alto rischierebbe di ingessare questi processi col pericolo che le regole giuridiche così poste delineino un assetto prefigurato che potrebbe essere presto superato dalle direzioni ancora imprevedibili che possono provenire dalle innovazioni tecnologiche.

Allo stesso tempo, però, uno sviluppo rimesso alle forze e alle dinamiche locali presenta due svantaggi rilevanti che potrebbero al contrario favorire la definizione di un centro regolativo unitario e terzo rispetto agli operatori. Da un lato, infatti, la facilitazione degli operatori locali significa anche il consolidamento di chi già è sul mercato in una posizione di forza soprattutto in un segmento di mercato, quale quello della distribuzione elet-

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

trica, scarsamente elastico finora. Il rischio è che si produca un effetto contrario a quello considerato positivamente in precedenza, ovvero la limitazione della concorrenza e della competizione del sistema. Dall'altro lato, inoltre, lo sviluppo delle reti locali secondo valutazioni differenziate e legate alle capacità degli operatori nonché al contesto territoriale indebolisce la possibilità di rendere interoperabili le reti e di sfruttare le condizioni che rendono il settore nel suo complesso altamente competitivo in una dimensione più ampia di quella solo locale<sup>24</sup>.

In questa dinamica trova spazio anche la tensione che nell'ordinamento nazionale si registra tra stato e regioni in materia di energia in considerazione delle non univoche attribuzioni legislative che si desumono dall'art. 117 Cost., anche se nei conflitti finora registrati il tema della concorrenza è stato utilizzato relativamente per definire le competenze in materia energetica<sup>25</sup>, lasciando spazio piuttosto ad altre prevalenti 'leve' di centralizzazione che derivano dalla materia della tutela dell'ambiente e dal sistema della 'chiamata in sussidiarietà'<sup>26</sup>.

In altre parole, a seconda del rilievo che si attribuisce agli aspetti appena menzionati, si può preferire un assetto di governo più o meno federale e su questi profili si è cimentata anche l'UE<sup>27</sup>, cui naturalmente deve es-

<sup>24</sup> Sugli aspetti positivi e negativi di un approccio federalista alla regolazione si veda J.B. Eisen, *Smart regulation and federalism for the smart grid*, cit., 21-3.

<sup>25</sup> Così sostiene anche G. de Vergottini, *Il governo delle energie rinnovabili fra Stato e regioni*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, il Mulino, 2013, 17 ss. Si veda anche R. Lombardi, *Il riparto di competenze tra stato, regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *Giust. amm.*, 2005, 337 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Il governo delle reti tra Unione europea, stato e regioni*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, il Mulino, 2012, 26-28; L. Ammannati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2011, 3, 12-7; C. Buzzacchi, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, Giuffrè, 2010, 5 ss.; F. Donati, *Il riparto delle competenze tra stato e regioni in materia di energia*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 35 ss.; B. Caravita, *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 232-9; M. Renna, *L'allocazione delle funzioni normative e amministrative*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2008, 144-58; G. Manfredi, *Tre modelli di riparto delle competenze in tema di ambiente*, in *Ist. fed.*, 2004, 509 ss.

<sup>27</sup> Per un confronto di questi approcci in comparazione con gli USA si vedano D. Coll-Mayor, *Future Intelligent Power Grids: Analysis of the Vision in the European Union and the United States*, in *Energy Policy*, 2007, 35, 2453; J.B. Eisen, *Smart regulation and federalism for the*

sere rivolto lo sguardo quando si tratta di occuparsi delle reti, visto che è da questo livello che si è sviluppato un concetto moderno in termini giuridici<sup>28</sup>.

Per quanto concerne l'UE si può notare che il metodo di intervento è stato rigido nella forma, ma flessibile nella sostanza. I riferimenti essenziali alle *smart grid* sono infatti contenuti in atti giuridici vincolanti per gli stati membri e in particolare in tre direttive<sup>29</sup>: la direttiva sul mercato interno dell'energia elettrica<sup>30</sup>, la direttiva sulla promozione delle energie rinnovabili<sup>31</sup> e la direttiva sull'efficienza energetica<sup>32</sup>. Tuttavia, le norme dedicate alle "reti intelligenti" non dispongono obblighi a carico degli stati membri, limitandosi a richiamare l'incoraggiamento al loro sviluppo e le condizioni per il loro pieno sfruttamento<sup>33</sup>. Ne risulta così un quadro regolativo a livello europeo che è teso solamente a sostenere le iniziative degli stati membri senza imporre specifici obblighi giuridici. Inoltre, la Commissione ha programmato, in una recente comunicazione<sup>34</sup>, l'emanazione di una serie di linee guida e atti volti ad accompagnare questo processo di diffusione delle *smart grid* e dei sistemi di *smart metering*.

*smart grid*, cit., 1; G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 1.

<sup>28</sup> È ampiamente dimostrato questo negli studi di F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, *passim*. Si vedano in questo senso anche gli studi contenuti in A. Predieri, M. Morisi (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli, 2001 e, in questo ambito, in modo particolare per l'energia, il contributo di F. Donati, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, 111 ss. In senso critico rispetto al ritardo della cultura giuridica italiana a sviluppare un concetto moderno di 'rete', cfr. G. Della Cananea, *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, in *Munus*, 2011, 103 ss.

<sup>29</sup> Questo studio è strettamente limitato al tema dell'energia elettrica, ma sulle *smart grid* può essere considerata anche la direttiva 2010/31/UE emanata dal parlamento europeo e dal consiglio il 19 maggio 2010 sulla prestazione energetica nell'edilizia.

<sup>30</sup> Ci si riferisce alla direttiva 2009/72/CE emanata dal parlamento europeo e dal consiglio il 13 luglio 2009.

<sup>31</sup> Ci si riferisce alla direttiva 2009/28/CE emanata dal parlamento europeo e dal consiglio il 23 aprile 2009.

<sup>32</sup> Ci si riferisce alla direttiva 2012/27/UE emanata dal parlamento europeo e dal consiglio il 25 ottobre 2012.

<sup>33</sup> Così anche A.S. Vanwisem, *Smart Grids: Legal Growing Pains*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2012, 142 ss. Con accenti diversi più tesi a sottolineare il carattere vincolante delle direttive si vedano M. Swora, *Intelligent Grid: Unfinished Regulation in the Third EU Energy Package*, in *Journal of Energy & Natural Resource Law*, 2010, 28, 465; G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 16.

<sup>34</sup> Si tratta della menzionata comunicazione *Rendere efficace il mercato interno dell'energia*, COM(2012) 663 final.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

È invece sul piano amministrativo e tecnico che l'impegno dell'UE assume una forza omologante, indubbiamente superiore a quella che si ottiene sul piano normativo. A sostegno della promozione e diffusione delle tecnologie intelligenti è stata istituita sin dal 2009 una *Task Force* sulle *smart grid* (d'ora in poi, TFSG) che ha il compito di fornire pareri sulle politiche e sugli strumenti di regolazione oltre che di occuparsi della prima fase di attuazione delle direttive del terzo pacchetto energia. Si tratta, dunque, di una struttura amministrativa molto rilevante con poteri esecutivi ampi, sebbene esercitati in termini di ausilio per la Commissione e per gli stati membri. La TFSG è composta, infatti, da un'ampia gamma di soggetti coinvolti a vario titolo nel settore e quindi: autorità di regolazione, comprese quelle per la protezione dei dati personali, consumatori, società di produzione, trasmissione e distribuzione elettrica, organizzazioni private per la definizione degli standard di prodotti e reti, fornitori di servizi e prodotti nel campo delle telecomunicazioni. La costituzione di un centro di comunicazione e condivisione delle politiche pubbliche sulle "reti intelligenti" a cui partecipano i soggetti più direttamente interessati è capace di esercitare una forza conformativa sui vari attori che non appare trascurabile. La TFSG è inoltre presieduta dalla Commissione europea e si avvale, oltre che di uno *Steering Committee* a cui partecipano i regolatori e i principali attori di mercato, di cinque gruppi di lavoro dedicati a specifici temi<sup>35</sup>, che a loro volta si avvalgono di ulteriori gruppi di esperti tecnici per i loro lavori.

Tali gruppi di lavoro hanno prodotto i primi documenti tecnici capaci di produrre un certo grado di omogeneità nello sviluppo tra le "reti intelligenti" in Europa. Dal punto di vista giuridico, anche questi documenti sarebbero non cogenti ma, come è già capitato in altri processi di costituzione dei mercati interni, la convenienza spingerà gli stati membri ad adottare le prescrizioni tecniche adottate. Il riferimento è in modo particolare alla prima serie di indicatori standard per le *smart grid* che è stata approvata alla fine del 2012, accompagnata peraltro dalla definizione dell'architettura di riferimento delle *smart grid* che precisa una serie di soggetti chiamati a fornire valutazioni e pareri per uno sviluppo coerente dell'*European Conceptual Model* che è teso ad adattare al contesto europeo le indicazioni tecniche di natura internazionale<sup>36</sup>. Si tratta di misure impor-

<sup>35</sup> I cinque *Working Group* della TFSG sono: quello della definizione degli standard, quello per la protezione dei dati personali, quello per il dispiegamento delle reti, quello sulle infrastrutture e, infine, quello sulle politiche industriali.

<sup>36</sup> Si vedano in modo particolare i documenti: CEN-CENELEC-ETSI Smart Grid Coordination Group, *First Set of Standards*, november 2012, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_](http://ec.europa.eu/energy/gas_)

tanti che tuttavia non annullano del tutto l'autonomia degli stati membri e la differenziazione locale giacché le soluzioni adottabili restano molteplici sebbene selezionabili all'interno di alcuni standard che sono stati predefiniti. Le indicazioni degli standard, infatti, tengono conto di una prima analisi di casi di studio esaminati da ulteriori gruppi di esperti il cui monitoraggio consiglia continui adattamenti e aggiornamenti degli standard<sup>37</sup>.

Accanto a questo processo si registrano altri gruppi influenti per la regolazione che sono costituiti dai principali attori privati, tra cui il *Network of Transmission System Operators for Electricity*, l'associazione degli operatori europei per la trasmissione elettrica, istituita nel 2008 per armonizzare l'accesso alla rete e garantire un adeguato sistema di programmazione e di investimenti al fine di prevenire i *blackout*, e la *European Distribution System Operators for smart grids* (d'ora in poi, EDSO), che raggruppa i distributori europei per le *smart grid*. A integrazione di questi soggetti più strettamente coinvolti, c'è anche *Eurelectric*, l'associazione che raccoglie gli operatori elettrici su scala europea, che ugualmente sostiene la diffusione delle *smart grid* presso l'UE<sup>38</sup>.

Quello che si delinea a livello europeo è dunque un sistema di governo federale delle *smart grid* teso a garantire soprattutto l'interoperabilità delle reti e a potenziare la competitività degli operatori di mercato sia nel settore energetico che in quello delle comunicazioni<sup>39</sup>. Tale intervento federale però non è volto a sostituire le discipline degli stati membri ma opera soprattutto a supporto fornendo una serie di strumenti preselezionati, comunque sottoposti a costanti adeguamenti tecnici; si tiene conto, d'altra parte, che le implicazioni concrete delle innovazioni tecniche sono ancora incerte. Le *smart grid* sono intese in sede europea come “sistema di sistema delle reti” già esistenti e questo spiega il carattere incrementale dell'inter-

*electricity/smartgrids/doc/xpert\_group1\_first\_set\_of\_standards.pdf*; CEN-CENELEC-ETSI Smart Grid Coordination Group, *Smart Grid Reference Architecture*, november 2012, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/smartgrids/doc/xpert\\_group1\\_reference\\_architecture.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/smartgrids/doc/xpert_group1_reference_architecture.pdf).

<sup>37</sup> Si vedano così ancora il documento CEN-CENELEC-ETSI Smart Grid Coordination Group, *Sustainable Processes*, november 2012, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/smartgrids/doc/xpert\\_group1\\_sustainable\\_processes.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/smartgrids/doc/xpert_group1_sustainable_processes.pdf) e lo studio di V. Giordano *et al.*, *Smart Grid Projects in Europe: Lessons Learned and Current Developments*, JRC, 2011, <http://www.jrc.ec.europa.eu>.

<sup>38</sup> Il documento più importante prodotto da Eurelectric in materia di “reti intelligenti” è *Regulation for Smart Grid*, pubblicato nel 2011.

<sup>39</sup> Conformemente G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 18.



## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

vento scelto dall'UE<sup>40</sup>, particolarmente focalizzato fino a questo momento sugli aspetti tecnici. Si osservi in conclusione che tale struttura della regolazione privilegia il coinvolgimento diretto degli operatori rispetto al ruolo dei soli regolatori ed è significativo in questo senso lo scarso ruolo esercitato dalla nuova Agenzia di coordinamento dei regolatori nazionali in materia energetica, nota con l'acronimo ACER.

### 5. La regolazione basata sui risultati

L'impatto più significativo introdotto dalle *smart grid* sembra consistere, tuttavia, nella ridefinizione del ruolo dei regolatori. Pur mantenendo i tratti di indipendenza, che anzi risultano rafforzati a seguito della dir. 2009/72/CE, le autorità di regolazione sono impegnate a individuare nuove soluzioni per rispondere al meglio ai fini assegnati, sulla base del presupposto che il conseguimento degli interessi connessi alle "reti intelligenti", all'efficienza energetica, alla sicurezza nazionale e alla produzione da fonti energetiche compatibili con l'ambiente, non sia semplicemente rimesso alle forze di mercato ma sia un obiettivo che le autorità devono contribuire a ottenere. Ciò induce le autorità di regolazione a dismettere il carattere di neutralità rispetto agli interessi, senza tuttavia perdere il ruolo di terzietà.

In questa condizione il compito dell'autorità diventa promuovere gli investimenti sulle *smart grid*, innanzitutto, e predisporre un piano di indicatori delle *performance* da cui far dipendere il sostegno attivo<sup>41</sup>.

In sede europea nel *Conclusion Paper on Smart Grid*, emanato dal gruppo ERGEG, si sottolinea come la sfida più importante per la regolazione su cui il gruppo dei regolatori è chiamato a svolgere un ruolo di primo piano sia l'indicazione di parametri di riferimento per il sostegno alle attività svolte dalle imprese. Come è stato correttamente osservato, tutto questo trasforma la regolazione pubblica che – da condizionale e preventiva, influenzata per lo più dai costi d'impresa – diventa correlata ai risultati e com-

<sup>40</sup> Così ancora G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 25-8.

<sup>41</sup> Cfr. M. Swora, *Smart grids after the third liberalization package: current developments and future challenges for regulatory policy in the electricity sector*, in [mpra.ub.uni-muenchen.de/34897/](http://mpra.ub.uni-muenchen.de/34897/), 2011, 16, il quale evidenzia che la regolazione delle *smart grid* può avvenire secondo due modelli: quello della regolazione minima che definisce alcuni parametri di riferimento o quello fondato sui risultati. Solo quest'ultimo, però, appare in grado di cogliere gli elementi davvero innovativi dello sviluppo delle *smart grid*. Si veda anche G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 11.

misurata intorno a indici di efficacia per il raggiungimento degli interessi pubblici del sistema elettrico. In un recente studio richiesto dalla Commissione europea è stato pubblicato un rapporto<sup>42</sup> fondato sull'analisi costi/benefici delle varie soluzioni che possono essere introdotte attraverso le *smart grid*, da dove emerge una gamma ampia di condizioni favorevoli allo sviluppo delle *smart grid* in cui l'elemento relativo ai costi rappresenta solo una delle variabili da prendere in considerazione. Altri elementi, quali l'impatto sociale delle "reti intelligenti" o le esternalità positive, vengono considerati necessari per valutare il sostegno da assicurare nei confronti delle varie sperimentazioni e in questo senso sono delineate alcune linee guida messe al servizio dei regolatori.

Nell'attesa della migliore definizione di questo quadro delle regole innovative l'AEEG, che comunque è giuridicamente non vincolata alle decisioni dei regolatori europei, ha anticipato alcune misure che vanno nella direzione ricordata (si noti che questo anticipo è anche rispetto al preciso mandato che il legislatore ha attribuito all'AEEG con l'art. 18, d.lgs. 28 del 2011). In via transitoria ha garantito un tasso maggiorato di rendimento per il capitale investito nello sviluppo di "reti intelligenti", nonché un adeguamento del meccanismo del *price-cap* favorevole ai nuovi investimenti con la delibera n. 348/07<sup>43</sup>. Similmente e sempre in una prospettiva di favorire il dispiegamento delle nuove reti sono da ricordare gli incentivi per le sperimentazioni deliberate con la delibera ARG/elt 39/10. Ma, soprattutto, nella delibera n. 348/07 l'Autorità ha stabilito di abbandonare il sistema delle opzioni tariffarie rimesse alle imprese di distribuzione per la costruzione di un sistema di indicatori di efficacia su cui commisurare compensi e penalità corrispondenti a effettivi risultati di efficienza. Per questo fine ha dato avvio a un procedimento aperto al confronto con gli operatori e le associazioni di riferimento nell'intento di individuare anche condizioni che consentano di realizzare un equilibrio finanziario di settore (art. 6).

Si profila pertanto una regolazione che è modulare e adattiva secondo i risultati che vengono conseguiti: terza rispetto agli interessi degli operatori, ma parziale con riferimento agli obiettivi da raggiungere. In questo senso anche la regolazione in sé diventa 'intelligente' perché segue i risultati in-

<sup>42</sup> Lo studio sulle *smart grid* per valutare, secondo il metodo di analisi costi-benefici, i vantaggi delle reti "intelligenti" è il *Report JRC* a cura di V. Giordano, I. Onyeyi, G. Fulli, M. Sánchez Jiménez, C. Filiou, *Guidelines for a cost-benefit analysis of a Smart Grid projects*, JRC Reference Reports, 2012. In questo rapporto particolari attenzioni vengono prestate alle esternalità positive non monetizzabili delle sperimentazioni.

<sup>43</sup> Cfr. AEEG, 29 dicembre 2007, n. 348/07, relativa al periodo di regolazione 2008-2011.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

vece di affidarsi ad astratti obiettivi rimessi agli equilibri di mercato<sup>44</sup>. L'intelligenza della regolazione si commisura anche con gli indicatori di efficacia che si prendono in considerazione che riguardano gli interessi di una platea molto ampia di soggetti non limitata ai soli operatori del settore energetico e quindi più attenta agli equilibri complessivi di sistema.

In questo si rintracciano gli elementi di una nuova forma di regolazione che può essere definita – a sua volta – intelligente (*smart regulation*): le autorità sostengono i comportamenti ecologicamente compatibili dei vari soggetti protagonisti nello scambio di mercato in modo che il conseguimento di specifici interessi generali si saldi con gli interessi privati di ciascuno<sup>45</sup>. È una regolazione poco invasiva ma non indifferente ai risultati conseguiti.

Affianco a questi strumenti nuovi di regolazione, per le *smart grid* è naturalmente possibile enucleare anche un'ulteriore varietà di misure più tradizionali e, in particolar modo, le misure di incentivazione. A questo fine possono essere, infatti, applicati gli art. 21 e 23 reg. 800/2008/CE, che disciplinano le condizioni per le quali gli aiuti di stato per l'efficienza energetica per la produzione da fonti alternative sono considerati compatibili con l'ordinamento europeo. Benché non vi sia un esplicito collegamento tra queste due norme e le *smart grid*, non pare dubbio che il *favor* riconosciuto dall'UE nei confronti delle *smart grid* consenta di utilizzare anche la leva degli aiuti di stato entro i limiti definiti dal regolamento citato<sup>46</sup>. Ne deriva, pertanto, che il ruolo assegnato ai regolatori pubblici è quello di sostenere attivamente lo sviluppo di queste reti anche in deroga a quelli che sono i naturali equilibri di mercato. Si ricorda, infatti, che il reg. 800/2008/CE persegue l'obiettivo di definire un quadro certo preventivo di compatibilità con cui promuovere, alla stregua dell'art. 107, p. 3, lett. c), TFUE, certe atti-

<sup>44</sup> Si manifesta così un modello che sembra scontare una certa diffidenza verso i meccanismi supposti automatici prodotti dalle liberalizzazioni dei mercati, non credendo evidentemente alla 'scommessa' degli effetti benefici ricondotti a questi processi; su questo scetticismo si vedano anche le riflessioni di B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in Aa.Vv., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, in AIPDA, *Annuario 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, 335-7.

<sup>45</sup> Si veda in proposito lo studio condotto sulle forme di incentivo "intelligenti" per le *smart grid* di R.F. Mann, *Smart incentives for the smart grid*, in *New Mexico Law Review*, 2013, 43, 127 ss.

<sup>46</sup> Il considerando n. 27 della dir. 2009/72/CEE recita infatti così: «Gli stati membri dovrebbero incoraggiare la modernizzazione delle reti di distribuzione, ad esempio attraverso l'introduzione di reti intelligenti (*smart grids*) costruite in modo da favorire la generazione decentrata e l'efficienza energetica».

vità di interesse generale che altrimenti sarebbero vietate ai sensi dell'art. 107, p. 1, TFUE.

Sempre in questa prospettiva si può richiamare anche il recente reg. 733/2013/UE che, in modifica del precedente reg. 994/98/CE, ha ampliato lo spettro dei settori in cui la Commissione europea è abilitata a individuare gli aiuti di stato compatibili con l'ordinamento europeo a precise condizioni. Tra questi sono ora ricomprese i finanziamenti per la costituzione delle infrastrutture necessarie al conseguimento degli obiettivi della *Strategia Europa 2020*, tra cui è ricompresa sia l'efficienza energetica sia la produzione da fonti alternative. È da ritenere pacificamente che tra queste possano rientrare proprio le "reti intelligenti".

Si noti appena che la direttiva sull'efficienza energetica, dir. 2012/27/UE, che dovrà essere recepita dagli stati membri entro il 5 giugno 2014, incoraggia gli stati membri attraverso le autorità di regolazione a favorire gli operatori di rete che siano in grado di fornire servizi che realizzino miglioramenti dell'efficienza energetica «nel quadro del continuo sviluppo delle reti intelligenti» (art. 15) con misure tariffarie e regolamentari di sostegno. E, a questo scopo, pur nel rispetto della disciplina degli aiuti di stato<sup>47</sup>, è consentita l'istituzione di un apposito fondo per promuovere politiche nazionali di efficienza. C'è dunque da parte dell'UE un sostegno attivo nella promozione di queste reti.

Lo stesso legislatore nazionale, attraverso il d.lgs. 28 del 2011, ha autorizzato l'adozione di misure di incentivo per i gestori della rete di distribuzione in piena aderenza con il quadro di favore che è stato appena descritto a proposito dell'UE.

## 6. Servizi e prodotti a valore aggiunto

La diffusione delle "reti intelligenti" si riflette anche sull'offerta di beni e servizi dal momento che è in grado di arricchire l'offerta in termini innovativi. L'intreccio tra mezzi di telecomunicazione e le infrastrutture energetiche consente innanzitutto un miglioramento della qualità dei servizi e nuove opportunità che si riflettono su settori industriali collaterali di rilevante importanza. L'introduzione delle *smart grid*, infatti, coinvolge lo svi-

<sup>47</sup> L'art. 20, p. 1, dir. 2012/27/UE, peraltro, ammette l'attivazione di strumenti finanziari non solo di nuova istituzione, ma anche quelli già esistenti a dimostrazione della possibilità di collegare gli strumenti di finanziamento con la disciplina consolidata degli aiuti di Stato.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

luppo delle *utility*, delle società di comunicazione, dei costruttori di impianti per fonti rinnovabili e dei dispositivi intelligenti di controllo, dei costruttori di veicoli elettrici, nonché di quelli delle batterie elettriche e rinnova la produzione degli impianti di riscaldamento domestico e, più in generale, i programmi e i progetti che puntano a trasformare i contesti urbani in modo che siano efficienti e compatibili con la salvaguardia dell'ambiente<sup>48</sup>. Un effetto indiretto è anche sulla ricerca, dal momento che nel nuovo SEN i piani di ricerca per lo sviluppo delle *smart grid* costituiscono una priorità nazionale.

Il coinvolgimento di altri settori manifatturieri e di nuovi servizi richiama il rispetto di principi consolidati tanto dalla Commissione europea, quanto dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (d'ora in poi, AGCM) secondo cui l'innovazione dell'offerta dovuta allo sviluppo e all'applicazione delle tecnologie deve essere incoraggiata con misure che limitino quanto più possibile ogni condizionamento alla libertà d'impresa. Dunque si tratta di settori in cui politiche di liberalizzazione appaiono particolarmente adatte a consentire lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi costringendo le autorità amministrative a limitare l'uso di autorizzazioni preventive. Sono così ammessi investimenti e interventi in settori affini a quelli dove le imprese già presenti sul mercato hanno conseguito il diritto a distribuire l'energia elettrica. È, infatti, noto l'indirizzo delle autorità di garanzia per il mercato che ammette ampliamenti dell'offerta se questi sono rivolti a produrre servizi innovativi su cui s'innestano nuovi mercati caratterizzati da un alto tasso di dinamicità e capacità di innovazione tecnologica: si ritiene, infatti, che questa rapidità di ridefinire gli assetti del mercato consenta di riassorbire eventuali pratiche restrittive<sup>49</sup>. Dunque nella misura in cui le *smart grid* sono in grado di creare un 'mercato nel mercato' il compito delle autorità di governo è quella di favorire tale sviluppo con la minore interferenza possibile.

Peraltro anche in questo caso, specie per l'acquisto di veicoli nuovi di trasporto che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi della *Strategia Europa 2020*, è possibile utilizzare la leva degli aiuti di stato alle condizioni fissate dall'art. 19, reg. 800/2008/CE. È in questa direzione che vanno le disposizioni speciali adottate per la sperimentazione di ricarica pubblica

<sup>48</sup> Lo stretto nesso tra *smart grid* e *smart cities* è richiamato dalla nuova SEN quale obiettivo di radicale trasformazione a cui partecipa anche l'Agenda Italia (vedi pag. 48-9).

<sup>49</sup> Cfr. AGCM, 1 dicembre 1993, n. 1614, in *Boll.* 37/1995, *Sandoz Pharma c. Gazzoni*; AGCM, 28 maggio 1997, n. 5048, in *Boll.* 22/1997, *Assicurazioni generali c. Unicredito*; AGCM, 22 dicembre 1997, n. 5602, in *Boll.* 52/1997, *Baxter c. Clark*.

dei veicoli elettrici adottate dall'AEEG con delibera ARG/elt 242/10<sup>50</sup>. Con tale provvedimento l'AEEG ha promosso la sperimentazione incentivata di rifornimento dei veicoli elettrici da siti pubblici di prelievo, stabilendo tariffe di remunerazione dei costi particolarmente vantaggiose per i soggetti disposti a intraprendere tali iniziative. Risulta interessante notare come le sperimentazioni accolgano progetti tra loro alternativi: due, infatti, sono fondati sul "modello distributore" affidando alla società di distribuzione il compito specifico di rifornimento, due sono fondati invece sul "modello del *service provider*" in esclusiva con affidamento dunque a terzo soggetto del compito specifico di fornitura e due, infine, al "modello del *service provider* in concorrenza" (art. 11). I primi due modelli sono affidati in modo da garantire una diffusione capillare sul territorio, l'altro invece presuppone la creazione di infrastrutture da soggetti diversi da quelli esercitano la distribuzione.

## 7. I riflessi sul servizio pubblico

Lo sviluppo delle "reti intelligenti" provoca una sfida importante anche per il tema del servizio pubblico. Tale nesso è evidentemente scontato dalla circostanza che la rete di cui si parla è quella di distribuzione su cui insistono in misura maggiore gli obblighi di pubblico servizio a carico delle imprese di gestione<sup>51</sup>. Non ne fanno mistero né il legislatore europeo, né quello nazionale. Nell'art. 3, p. 2, dir. 2009/72/CE si legge, infatti, che tra gli obblighi di servizio pubblico che gli stati membri possono imporre alle imprese elettriche vi sono anche quelli relativi alla tutela dell'ambiente «compresa l'efficienza energetica, l'energia da fonti rinnovabili e la protezione del clima» e, con riferimento proprio a queste finalità, si possono anche prevedere programmi a lungo termine finalizzati al conseguimento di questi obiettivi. E non è probabilmente casuale che nella disciplina nazionale che recepisce il "terzo pacchetto" dell'energia (d.lgs. 93 del 2011), il riferimento esplicito alle "reti intelligenti" è proprio nell'art. 35 dedicato agli obblighi di servizio pubblico, nel quale si prevede al comma 5 che l'AEEG stabilisce i criteri in base ai quali le imprese elettriche ottimizzano l'utilizzo

<sup>50</sup> Si tratta più esattamente della deliberazione AEEG, 15 dicembre 2010, ARG/elt 242/10.

<sup>51</sup> Per la regolazione finalizzata alla tutela degli interessi pubblici diversi da quelli della concorrenza si veda D. Sorace, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1023-6.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

dell'energia elettrica «introducendo sistemi di misurazione intelligenti e reti intelligenti»<sup>52</sup>.

Se ne ricava, pertanto, che gli investimenti tesi a migliorare la capacità e l'efficienza delle reti, come sono quelli a favore delle *smart grid*, possono costituire perfino un obbligo di servizio pubblico, date le implicazioni positive che a esse possono ricondursi per gli obiettivi di efficienza energetica<sup>53</sup>. Questa conclusione, però, non è sufficiente a esaurire il discorso sulla relazione tra le *smart grid* e gli obblighi di pubblico servizio, giacché è necessario approfondire la questione su due versanti: quali sono i soggetti su cui gravare tali oneri e quali meccanismi possono assicurare la correlazione tra diffusione delle *smart grid* e obblighi di pubblico servizio.

Rispetto al primo punto la questione riguarda l'impatto provocato dallo sviluppo delle “reti intelligenti” sul regime di gestione del servizio di distribuzione. In Italia, infatti, il servizio di distribuzione è gestito sotto forma di concessione pubblica con scadenza nel 2030; resta, dunque, da comprendere se in tale quadro l'investimento nelle *smart grid* spetti ai soli concessionari come obbligo di servizio pubblico o se, invece, sia consentito, in ragione di quanto finora evidenziato, sviluppare reti private alternative che dunque introducono anzitempo meccanismi di competizione nel segmento della distribuzione.

A sostegno della prima tesi sta l'esplicito collegamento tra le “reti intelligenti” e gli obblighi di servizio pubblico che il già citato art. 35, c. 5, d.lgs. 93 del 2011, effettua, vincolando così l'onere dello sviluppo delle “reti intelligenti” alle imprese che esercitano il servizio di distribuzione. Tale impostazione è confermata anche da una recente giurisprudenza amministrativa<sup>54</sup> la quale ha negato che la legislazione primaria ammetta la liberalizzazione delle reti di distribuzione e dunque sia possibile affiancare reti private alla rete pubblica di distribuzione. Benché in tale sentenza il riferimento non fosse alle “reti intelligenti”, il carattere generale della pronuncia sembra avere effetto anche nei confronti delle *smart grid*. In tal senso, dunque, dovrebbe considerarsi sottinteso che il gravame costituito dagli oneri per l'ammodernamento della rete di distribuzione debba essere posto a carico dei soggetti attualmente gestori.

Di contro, invece, stanno altre argomentazioni. Innanzitutto il collega-

<sup>52</sup> La disposizione recepisce l'art. 3, p. 11, dir. 2009/72/CE.

<sup>53</sup> Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Dir. econ.*, 2012, 538-40, il quale rileva come nel segmento della regolazione delle reti di distribuzione la regolazione è di carattere finalistico e non condizionale.

<sup>54</sup> Il riferimento è alla sentenza Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 13 luglio 2012, n. 6407.

mento più sfumato dell'ordinamento europeo tra *smart grid* e servizio pubblico. Nella legislazione europea l'art. 3, p. 11, dir. 2009/72/UE, prevede che l'incoraggiamento da parte delle autorità di regolazione degli stati membri nei confronti delle imprese elettriche di ottimizzare l'uso dell'elettricità sia disposto solo «ove opportuno, introducendo sistemi di misurazione e reti intelligenti». Per l'UE, dunque, lo sviluppo delle “reti intelligenti” costituisce solo uno dei mezzi per conseguire obiettivi di tutela dell'ambiente e non necessariamente ritiene che questo onere debba ricadere sugli operatori già esistenti, per quanto – come quelli di distribuzione – già incaricati di assolvere a obblighi di servizio pubblico<sup>55</sup>.

Risulta interessante a questo proposito anche la recente comunicazione *Rendere efficace il mercato interno dell'energia*, COM(2012) 663 final, punto 3.3.2., nella quale si legge che il ruolo dei gestori di distribuzione andrà riconsiderato suddividendo le attività per le quali il monopolio naturale dovrà essere valutato ancora una soluzione appropriata per soddisfare specifiche missioni pubbliche da quelle che, invece, in ragione dello sviluppo tecnologico, potranno essere sviluppare in modo concorrenziale. Dunque dall'UE arriva un invito che non esclude per gli operatori dei servizi di distribuzione un nuovo assetto regolatorio con un maggior grado di competizione che sappia calibrare meglio i regimi gestionali in ragione delle attività da garantire, discernendo in questo modo quelle per le quali il monopolio naturale costituisce un limite a forme di accesso nel mercato da quelle in cui, invece, tale limitazione non appare più giustificata. La conseguenza di queste indicazioni impedisce di considerare l'attuale assetto gestionale delle reti di distribuzione come un vincolo inamovibile.

A favore dello sviluppo di reti private di distribuzione concorrenti a quelle pubbliche, inoltre, sta un consolidato orientamento dell'AGCM che ha sempre limitato la possibilità degli *incumbent* di sfruttare la posizione di vantaggio per presidiare mercati affini attraverso il c.d. metodo della leva<sup>56</sup>. Peraltro proprio allo sviluppo delle reti private nel campo energetico è riser-

<sup>55</sup> Diversa conclusione raggiungono T. Deruytter, W. Geldhof, F. Vandendriessche, *Public service obligations in the electricity and gas markets*, in B. Delvaux, M. Hunt, K. Talus, *EU energy law and policy issues*, Cambridge, Intersentia, 2012, 77, almeno con riferimento all'introduzione degli *smart meter*. Si sottolinea, però, che anche in questo caso non sembrano rintracciabili obblighi nei confronti degli stati membri.

<sup>56</sup> Cfr. AGCM, 28 ottobre 1993, n. 1532, in *Boll.* 32/1993; AGCM, 2 maggio 1996, n. 3864, in *Boll.* 18/1996; AGCM, 29 maggio 1997, n. 5034, in *Boll.* 22/97; AGCM, 28 febbraio 2001, n. 9268, in *Boll.* 8/2001; AGCM, 15 febbraio 2006, n. 15174, in *Boll.* 5/2006; AGCM, 29 marzo 2006, n. 15310, in *Boll.* 13/2006.



## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

vata una segnalazione del 2011<sup>57</sup> dell'Autorità con la quale veniva osservato che il costo maggiorato del servizio elettrico fosse dipeso anche da una sproporzionata limitazione della diffusione di reti private. In sostanza nel diritto *antitrust* il dispiegamento delle reti private, e dunque anche delle *smart grid*, sembrerebbe pienamente liberalizzato. Si noti, peraltro, che questo potrebbe incidere in prospettiva anche sulla possibilità di considerare le reti di distribuzione soggette alla dottrina dell'*essential facility* non essendo più argomentabile l'infungibilità della rete tradizionale di distribuzione<sup>58</sup>.

La combinazione di questi elementi ben può dunque condurre a conclusioni diverse da quelle finora preferite in ambito nazionale, stimolando la diffusione di reti alternative private nel segmento di distribuzione che alteri l'attuale condizione gestionale.

Il secondo versante da approfondire in merito al rapporto tra diffusione delle *smart grid* e obblighi di servizio pubblico consiste nel verificare quali meccanismi regolativi assicurino la loro compatibilità. Il problema sorge in considerazione del rilievo che i benefici riconducibili alle *smart grid* non possono essere considerati automatici. Infatti, il collegamento con fonti di generazione non programmata rende ardua la fornitura continua, diffusa e quindi anche a tariffe abbordabili dell'energia per i consumatori. Alla luce dell'art. 25, p. 1, dir. 2009/72/CE, infatti, il gestore del servizio di distribuzione «ha la responsabilità di assicurare la capacità a lungo termine del sistema di soddisfare una domanda ragionevole di distribuzione di energia elettrica, nonché di gestire, mantenere e sviluppare nella sua zona, a condizioni economi-

<sup>57</sup> Si tratta della segnalazione dell'AGCM, AS 898 del 2011.

<sup>58</sup> In merito alla dottrina dell'*essential facilities* si vedano P. Areeda, *Essential facilities: an epic in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, 841 ss.; E. Bruti Liberati, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, 449 ss.; M. Siragusa, M. Beretta, *La dottrina dell'essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1999, 260 ss.; S. Bastianon, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, in *MCR*, 1999, 149 ss.; G. Telese, *La liberalizzazione dei servizi pubblici a rete in ambito comunitario e la disciplina del diritto di accesso alle infrastrutture: aspetti generali*, in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 159 ss.; G. Nizi, *Dalla teoria del monopolio naturale alle essential facility doctrines: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 343 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, Giuffrè, 2006, 40-74; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, Giuffrè, 2007, 76-80; F. Cintioli, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 152-161; A. Castaldo, F. Cernuto, *Essential facility doctrines: tra evoluzione e nuovi orizzonti*, Napoli, Jovene, 2013.

che accettabili, un sistema di distribuzione di energia elettrica sicuro, affidabile ed efficiente, nel rispetto dell'ambiente e dell'efficienza energetica». Dunque, se la creazione di *smart grid* può costituire anche un obbligo di pubblico servizio, la fornitura dell'energia che soddisfi pienamente le esigenze dei consumatori richiede una considerazione a parte che sappia conciliare i vantaggi ricondotti alle "reti intelligenti" con i suoi limiti naturali<sup>59</sup>.

Tale risultato sembra possa essere raggiunto in due modi. Il primo è ristabilire una connessione tra le "reti intelligenti" di distribuzione e la rete di trasmissione attraverso il coordinamento dei flussi nei servizi di dispacciamento<sup>60</sup>; in questa relazione, infatti, l'energia generata in modo diffuso viene gestita attraverso il servizio di dispacciamento entro un quadro programmato e governato di acquisto e vendita. In effetti, nel caso della generazione diffusa, l'attività di controllo e programmazione non è impossibile ma solamente difficile. Pertanto, è possibile comunque innestare un piano dei flussi, corretto – in caso di discostamento – da compensi specifici di sbilanciamento<sup>61</sup>. A questo proposito risultano interessanti i provvedimenti adottati dall'AEEG, le delib. 281/2012/R/efr e 343/2012/R/efr, che hanno disciplinato le modalità di governo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili assegnando al Gestore di Servizi Energetici (d'ora in poi, GSE) il compito transitorio di determinare le condizioni di afflusso dell'energia rinnovabile non programmata nella rete<sup>62</sup>. L'AEEG, al fine di attenuare eventuali condizioni di accentramento di potere nel GSE, ha riservato per sé in una fase iniziale un ruolo di mediazione molto penetrante<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Diversa è l'interpretazione offerta da altra dottrina secondo cui l'indeterminatezza della locuzione «soddisfare una domanda ragionevole di distribuzione» deve essere intesa come necessità che i gestori delle reti di distribuzione assicurino gli investimenti necessari a soddisfare tale esigenza, il che comporta appunto l'inclusione automatica delle *smart grid* tra gli obblighi di servizio pubblico; cfr. A.S. Vanwisem, *Smart Grids: Legal Growing Pains*, cit., 144. Questa lettura, però, non tiene adeguatamente conto delle garanzie di continuità e costo abbordabile delle tariffe.

<sup>60</sup> È necessario anche che il servizio di dispacciamento avvenga in modo coordinato con la rete di trasmissione e dunque con Terna; cfr. L. Ammannati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, cit., 22.

<sup>61</sup> Sui corrispettivi di sbilanciamento l'AEEG ha provveduto con la delibera adottata il 22 novembre 2012, n. 493/2012/R/efr.

<sup>62</sup> Un commento critico alla delibera, sebbene svolto quando ancora la stessa era sotto forma di documento presentato per le consultazioni, si trova in M. Maugeri, *L'obbligo di dispacciamento prioritario e i costi di «sbilanciamento»*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, il Mulino, 2013, 239 ss.

<sup>63</sup> Tra l'altro il provvedimento richiamato dispone anche la separazione contabile per

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

Il secondo modo per rendere compatibile l'espansione delle "reti intelligenti" con le esigenze di servizio pubblico è quello di concepire l'energia generata in modo diffuso a integrazione di quella tradizionale. Dunque le *smart grid* non sono considerate come reti che si sostituiscono a quelle tradizionali, ma le integrano al fine di rafforzare la capacità energetica e di migliorarne la qualità. In questo senso soccorre l'art. 35, p. 7, dir. 2009/72/CE, secondo il quale il gestore del servizio di distribuzione in fase di pianificazione tiene conto delle misure di efficienza energetica e di generazione diffusa che «possano supplire alla necessità di incrementare o sostituire la capacità». In altre parole, la costituzione di *smart grid* può favorire l'utilizzo dell'energia di generazione diffusa in modo da riflettere la condizione reale locale e quindi andrà considerata in relazione alle capacità presenti, alla sicurezza e al controllo dei flussi energetici<sup>64</sup>. In questo senso gli obblighi di servizio pubblico rifletteranno le condizioni reali locali e saranno disposti in base alle necessità. Anche su questo punto l'AEEG è intervenuta disponendo una serie di misure volte a garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale definendo obblighi e modalità di accesso alla rete distributiva dell'energia prodotta in modo non programmato<sup>65</sup>.

La ricaduta delle *smart grid* sugli oneri di servizio pubblico appare aperta a diverse soluzioni, dunque; pare acquisito, però, il dato che la competizione non è più considerata avversa alla soddisfazione degli obblighi di servizio pubblico, sicché la diffusione delle *smart grid* anche per mezzo di reti private appare idonea a garantirli anche se è necessario dotare in questo caso le autorità di regolazione degli strumenti necessari a soddisfare tali obiettivi<sup>66</sup>. A questo proposito si menziona l'art. 43, c. 5, d.lgs. n. 93/2011, che attribuisce all'AEEG ogni potere necessario a garantire la concorrenza effettiva e il buon funzionamento dei mercati, anche adottando misure temporanee di regolazione asimmetrica<sup>67</sup>.

l'attività che il GSE svolge nell'ambito del dispacciamento dell'energia rinnovabile non programmabile dalle altre attività.

<sup>64</sup> Si veda così C. Clastres, *Smart grids: another step towards competition, energy security and climate change objectives*, in *Energy Policy*, 2011, 39, 5404.

<sup>65</sup> Il provvedimento di riferimento è la delibera 8 marzo 2012, n. 84/2012/R/efr.

<sup>66</sup> L'intervento dell'AEEG è particolarmente auspicato da quanti, pur considerando possibile la realizzazione di reti private nel settore di distribuzione, ammettono che il quadro regolatorio in Italia è di profonda incertezza. Cfr. G. Bellantuono, *Regolazione e governance delle reti elettriche private*, eprints.biblio.unitn.it, 2013, 77-9. Sul ruolo necessario di una programmazione anche nel campo delle reti per superare l'insufficienza di quelle di trasmissione si veda F. de Leonardis, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, cit., 156-8.

<sup>67</sup> Si tratta di poteri consueti che le autorità di regolazione dispongono al fine di neu-

## 8. La regolazione cognitiva

La collocazione del tema delle *smart grid* tra energia e tutela dell'ambiente rende comprensibile il rilievo attribuito alla società civile e ai cittadini per il successo della loro diffusione e del loro buon funzionamento<sup>68</sup>. È oramai acquisito nella scienza giuridica che gli obiettivi di tutela ambientale implicano il coinvolgimento e la responsabilizzazione diretta dei cittadini e delle loro organizzazioni<sup>69</sup>. Non è diverso per il buon funzionamento delle *smart grid*. Pertanto, contrariamente a quanto avviene per altri segmenti del mercato elettrico dove i consumatori assumono rilevanza solo in relazione agli obblighi contrattuali<sup>70</sup>, nel caso delle *smart grid* è necessario che le autorità di regolazione adottino politiche pubbliche di sensibilizzazione e

tralizzare lo sfruttamento della gestione di rete che è tanto più utilizzato quanto più rileva per la libera offerta dei servizi; cr. B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., 359-63.

<sup>68</sup> In generale sulla partecipazione del pubblico alle decisioni che si ripercuotono sull'ambiente si vedano M. Occhiena, *Forza, debolezza e specialità della partecipazione ambientale*, in G. Arena, F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, Cedam, 2011, 315 ss.; L. Ammannati, *Comunicazione, partecipazione e semplificazione*, in F. Merusi, V. Giomi, (a cura di), *Principio di precauzione e impianti petroliferi costieri*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 51 ss.; D. Donati, *Partecipazione come categoria, identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Npaoli, Jovene, 2010, 141 ss.; C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato* in *Dir. pubbl.*, 2008, 277-80; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2005, 66-72; R. Montanaro, *L'ambiente e i nuovi istituti della partecipazione*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.

<sup>69</sup> Valga per tutti il noto articolo di F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 222. Recentemente si veda anche G. Mastrodonato, *Le pretese soggettive nella tutela dell'ambiente (con particolare riguardo alla diffusione di impianti di energia rinnovabile)*, in F. Merusi, V. Messerini, V. Giomi (a cura di), *Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 27 ss. Sulla legittimazione della regolazione per il perseguimento di fini non esclusivamente economici con soluzioni che vedono il coinvolgimento diretto degli *end-users* si veda anche l'analisi di N. Rangone, *Qualità delle regole e regole di qualità*, in M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011, 29-34.

<sup>70</sup> Sulle funzioni a tutela degli utenti dell'AEEG si veda, tra gli altri, G. Napolitano, *La tutela dei consumatori e la regolazione pubblica del mercato elettrico*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, 247 ss.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

responsabilizzazione perché su queste si fonda il successo delle iniziative volte a realizzare l'efficienza energetica<sup>71</sup>. Il buon funzionamento delle *smart grid*, infatti, dipende anche dalla reazione dei consumatori, dalla disponibilità a svolgere un ruolo attivo e a superare consolidate abitudini, dalla capacità di promuovere aggregazioni di utenze e dalla predisposizione ai cambiamenti: si tratta di condizioni la cui realizzazione si basa in gran parte su un uso sapiente del potere di comunicazione invece che sul potere autoritativo<sup>72</sup>. Come è dimostrato da diversi studi, i comportamenti reali non riflettono sempre le scelte razionali che sono ricondotte ad astratte valutazioni di confronto fra costi e incentivi. Da qui, dunque, la necessità che la regolazione segua un approccio cognitivo che metta in conto i difetti delle scelte reali degli individui<sup>73</sup>.

A questo proposito l'art. 12, dir. 2012/27/UE, stabilisce che per il coinvolgimento dei consumatori, oltre alle misure classiche di sovvenzione, occorrono campagne di comunicazione contestuali all'introduzione dei nuovi contatori intelligenti. Per l'Italia tali campagne sono state affidate al gestore che ha promosso il progetto di *Telegestione*, ma tale esigenza non è per questo da considerarsi esaurita. Giacché l'efficienza energetica dipende in gran parte dai comportamenti virtuosi dei consumatori deve essere ritenuto un compito pubblico quello di svolgere costanti campagne di comunicazione.

Tuttavia, l'informazione deve essere capace di dotare i consumatori di strumenti attivi e concreti per svolgere attivamente le proprie scelte<sup>74</sup>. Questo può avvenire sostanzialmente in due modi: o attraverso l'accrescimento della consapevolezza degli errori che essi possono compiere, in modo tale

<sup>71</sup> Sulla debolezza dell'approccio della regolazione ottimale si sofferma G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 5-9.

<sup>72</sup> Sul valore regolativo della comunicazione da parte delle pubbliche amministrazioni si rinvia a G. Arena, *La funzione pubblica di comunicazione*, in Id. (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2004, 31 ss. Con riferimento allo specifico tema del diritto energetico, cfr. F. Di Porto, *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 975 ss. Su un piano più sociologico si veda F. Ozzola, *Partecipazione, asimmetrie informative e comunicazione pubblica*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, Jovene, 2010, 209 ss.

<sup>73</sup> Cfr. R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, OUP, 2012, 283 ss.; N. Rangone, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 1, 151 ss.; F. Di Porto, N. Rangone, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, in *Federalismi.it*, 20/2013.

<sup>74</sup> Sul ruolo dell'informazione come strumento di regolazione si veda anche C.R. Sunstein, *Empirically informed regulation*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 2011, 78, 14349 ss.

da indurre cambiamenti spontanei, o attraverso correttivi leggeri predisposti dal regolatore che, pur non risolvendosi in obblighi, spingono i consumatori ad assumere comportamenti virtuosi<sup>75</sup>. In questo senso gli strumenti possono essere molto vari. Per esempio, l'informazione, anziché essere disposta in astratto e in termini assoluti, potrebbe essere organizzata in modo semplificato e diretto permettendo ai consumatori di fare un raffronto tra gli effetti di un comportamento innovativo e quello tradizionale. Un altro esempio può essere quello di organizzare le informazioni rendendo consapevoli gli utenti di quello che viene realizzato in altri contesti paragonabili a quelli in cui i destinatari dell'informazione sono inseriti, provocando dunque una reazione di emulazione che possa portare vantaggio per tutti i consociati. L'organizzazione dei consumatori, la creazione di gruppi d'acquisto di prodotti energetici verdi e forme di cittadinanza attiva costituiscono obiettivi che le autorità pubbliche devono promuovere sia pure nel rispetto della libertà di scelta dei consumatori<sup>76</sup>, perché anche da questo dipende il buon funzionamento delle *smart grid*.

Si tratta, dunque, di sperimentare forme di regolazione che utilizzano l'informazione non solamente a fini competitivi e di razionalità astratta delle scelte dei consumatori, ma per scopi che consentano di conseguire interessi generali che vanno oltre i meri interessi riconducibili normalmente allo scambio di parti legate da un contratto. Si è detto a questo proposito che l'informazione diventa uno strumento educativo per i consumatori mirato al rafforzamento della consapevolezza di poter influire sul conseguimento di interessi generali<sup>77</sup>. Un approccio più realistico, specie quando in gioco sono

<sup>75</sup> A proposito delle varie tecniche che consentono di adottare un approccio cognitivo nella regolazione si rinvia al saggio F. Di Porto, N. Rangone, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, cit., spec. 7-17.

<sup>76</sup> Si veda in proposito P. John *et al.*, *Nudge, Nudge, Think, Think: Using Experiments to Change Civic Behavior*, New York, Bloomsbury, 2011.

<sup>77</sup> È interessante la ricostruzione offerta da F. Di Porto, *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, cit., 988, secondo la quale – a proposito dell'uso dell'informazione per fini regolatori – nel settore energetico si possono rintracciare quattro fasi: la prima – antecedente all'istituzione dell'AEEG – è stata sostanzialmente indifferente all'informazione; la seconda, coincidente con l'istituzione dell'autorità di regolazione fino alla liberalizzazione del servizio, è consistita prevalentemente nell'utilizzo delle carte di pubblico servizio con una finalità paternalistica; la terza – c.d. di *empowerment*, che può essere fatta coincidere con la seconda fase di liberalizzazione, può essere intesa come fase di sostegno attivo in cui l'utente è concretamente nella condizione di azionare strumenti di tutela che si riverberano sui rapporti contrattuali; la quarta, infine, è quella in cui oggetto della regolazione è sensibilizzare l'utente ad adottare comportamenti virtuosi per gli interessi generali.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

valori che non riguardano solo la convenienza economica, implica l'adozione di uno schema di regolazione diverso da quello tradizionale<sup>78</sup>. In questa opera si devono considerare coinvolte non solo le autorità classiche di regolazione del settore elettrico, come l'AEEG, ma anche, e forse soprattutto, il Ministero competente e l'AGCM<sup>79</sup>. Infine, non è da sottovalutare il coinvolgimento delle autorità locali, visto che nella dimensione territoriale limitata è possibile realizzare progetti di trasformazione urbana indirizzati a rendere anche le città intelligenti con piani di sviluppo sostenibili e compatibili con l'ambiente. In questa direzione le autorità possono godere del sostegno dell'UE che a questo proposito favorisce progetti di rigenerazione urbana, come è nel caso del progetto JESSICA<sup>80</sup>.

Anche da questa prospettiva si vede il rinnovamento degli strumenti di regolazione che è indotto dalle *smart grid*: le autorità svolgono prevalentemente un ruolo di promozione e accompagnamento degli attori sociali affinché spontaneamente questi si attivino convinti che gli interessi individuali si saldino con quelli di natura generale<sup>81</sup>. Ai consumatori è chiesto in particolare di adottare comportamenti virtuosi che, se rilevati attraverso gli strumenti informatici, consentono di acquisire particolari vantaggi.

### 9. La tutela della riservatezza dei dati

La disponibilità di informazioni necessarie per adottare comportamenti virtuosi eventualmente da sostenere da parte delle autorità se, da un lato, mira a garantire proprio i consumatori e a ritagliare al meglio l'offerta

<sup>78</sup> Ancora su questo *ibidem*, 996-7.

<sup>79</sup> Si noti tuttavia che il coinvolgimento dell'AGCM non è esente da rilievi problematici essendo diversa la prospettiva con cui questa autorità interviene in merito alla tutela dei consumatori; il punto è ancora colto in *ibidem*, 1008-9.

<sup>80</sup> L'acronimo JESSICA (*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*) è un'iniziativa recente adottata dall'UE che utilizza i fondi di finanziamento per sostenere progetti di rigenerazione nelle aree urbane capaci di attivare a loro volta utilità in grado poi di autofinanziarsi. Il programma JESSICA permette agli stati membri di finanziare progetti di privati e imprese che abbiano un impatto positivo per le aree urbane. In questo senso risultano interessanti due casi coevi recentemente decisi dalla Commissione europea in sede di valutazione degli aiuti di stato; cfr. Commissione, decisione, 19 dicembre 2012, C(2012) 9446 final, *Jessica Holding Fund Bulgaria*; Commissione, decisione, 19 dicembre 2012, C(2012) 9466 final, *Jessica Holding Fund Greece*.

<sup>81</sup> Si tratta di un approccio che richiama evidentemente anche la nota teoria della "spintarella" elaborata nel saggio che ha avuto ampia diffusione di R. Thaler, C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale, YUP, 2008.

dei servizi per gli effettivi consumi, dall'altro, costituisce una minaccia per la riservatezza dei dati personali. I contatori intelligenti, infatti, sono strumenti sofisticati che consentono di raccogliere una significativa mole di dati sui consumi e sulle abitudini degli utenti, il cui utilizzo si presta a finalità eterogenee. Attraverso questi dati, infatti, si può sapere quando i consumatori sono via per vacanza o lavoro, se usano strumenti particolari elettronici, come usano il tempo libero ecc. Tutto ciò solleva interrogativi importanti per la tutela della riservatezza dei dati personali.

Quindi tra le principali sfide dell'introduzione delle *smart grid* deve essere ricompresa anche la minaccia alla riservatezza. Necessariamente questo coinvolge una nuova autorità di garanzia nella regolazione delle "reti intelligenti". Finora segnali di evidente sensibilità sono giunti soprattutto in sede europea dal Gruppo di lavoro dei Garanti europei della *privacy* il quale ha emanato il parere 12 del 2011 sullo *smart metering*. In questo parere il Gruppo di lavoro ha confermato i gravi rischi che l'introduzione dei contatori intelligenti comporta ma, al contempo, ha provato a dare alcune indicazioni per evitare, come è accaduto in Olanda, che essi frenino la diffusione delle "reti intelligenti" sacrificando paradossalmente gli stessi interessi dei consumatori.

Nel parere emanato nel 2011 il Gruppo di lavoro ha verificato che la definizione degli interessi che giustificano la raccolta dei dati, l'individuazione dei responsabili e, ancor di più, l'individuazione delle misure idonee a garantire la riservatezza dei dati sono diversificati da paese a paese e questo rende particolarmente difficile l'adozione di misure di carattere generale. Più pragmaticamente il Gruppo di lavoro ha supposto ipotesi a fronte delle quali ha indicato possibili misure da adottare in relazione anche ai vari soggetti responsabili del trattamento dei dati. Dunque anche sotto il profilo della garanzia dei dati riservati la regolazione delle *smart grid* si dimostra adattiva, flessibile e modulata a seconda delle condizioni effettive che le relazioni producono.

A ogni modo il Gruppo di lavoro, anche in un successivo *paper*<sup>82</sup>, prospetta quale soluzione migliore l'idea che la tutela della *privacy* venga considerata sin dal momento della progettazione dell'introduzione delle "reti intelligenti" e non come interesse esterno. Si ritiene, infatti, che la soluzione più garante consista nell'inserire una valutazione d'impatto sulla riservatezza dei piani di diffusione delle *smart grid* al fine di rendere possibile, senza in-

<sup>82</sup> Il riferimento è al *Working Paper* del Gruppo di lavoro sulla protezione dei dati nelle telecomunicazioni emanato il 13 settembre 2011 e avente il titolo *Privacy by Design and Smart Metering: Minimize Personal Information to Maintain Privacy*.



## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

terventi esterni, allo stesso modello elettronico la compatibilità con la tutela dei dati dei consumatori. Si registra anche in questo caso, tuttavia, la necessità di verificare periodicamente l'adeguatezza delle misure intraprese anche in considerazione della rapida evoluzione tecnologica che obbliga monitoraggi costanti.

Molte di queste indicazioni prudenziali sono state recepite nella raccomandazione 2012/148/UE<sup>83</sup>, emanata dalla Commissione europea. In particolare in questa raccomandazione si richiama l'importanza degli stati membri di adottare sistemi di valutazione d'impatto sulla riservatezza dei dati che siano ripresi da soluzioni assunte dalla stessa Commissione (p. I.5). Si precisa anche l'importanza che i dati raccolti siano resi in forma anonima e proporzionati allo scopo per cui vengono richiesti. Lo stesso contributo dell'Autorità nazionale per la protezione della riservatezza dei dati appare ancora limitato al coordinamento europeo delle misure necessarie e non risultano provvedimenti specifici *ad hoc*. Sotto questo profilo l'accentramento a livello europeo delle politiche di tutela della *privacy* appare particolarmente evidente, più che in altri aspetti della regolazione delle *smart grid*<sup>84</sup>.

Si consideri, infine, come nel contesto europeo sia poco avvertito il tema della *cyber security*, che invece riceve grande attenzione negli USA, pari alle preoccupazioni destinate dalla tutela della *privacy*. Si tratta di due approcci alla sicurezza molto differenziati<sup>85</sup>.

## 10. Conclusioni

Lo sviluppo delle “reti intelligenti” pare assicurato dai numerosi investimenti che nelle varie aree del mondo si stanno realizzando. La coniugazione tra telecomunicazioni e settore energetico è in grado di comportare grandi innovazioni sul piano produttivo ma anche su quello sociale e sulle abitudini dei consumatori. Non è ancora certo fin dove questa innovazione porterà, ma l'esame delle sfide che si sono messe in luce chiarisce abbastanza che tutto questo non potrà non avere un effetto anche sulla regolazione

<sup>83</sup> Si tratta della già citata raccomandazione 9 marzo 2012, 2012/148/UE, *sui preparativi per l'introduzione dei sistemi di misurazione intelligenti*.

<sup>84</sup> Cfr. G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 35-7, il quale osserva la profonda differenza di questa attenzione prestata in Europa rispetto agli USA.

<sup>85</sup> Sui provvedimenti di sicurezza adottati negli USA per la *cyber security* si rinvia a J.B. Eisen, *Smart regulation and federalism for the smart grid*, cit., 1; G. Bellantuono, *Comparing Regulatory Innovations for Climate Change: Smart Grids Policies in the USA and the EU*, cit., 1.

pubblica e sugli assetti istituzionali. Per utilizzare le parole di Swora: «The smart grid sets new tasks for regulators, who will have to play a leading role in the introduction of new solutions, offering within their regulatory tools price control models that define performance indicators and measure and reward outputs of regulated industries. This is to significantly include innovation and changes in the management of the modern industry grid. This task requires moving beyond the established model of economic regulation. Success will be achieved if “smart regulators” meet “smart industry” in regulatory policy»<sup>86</sup>.

I regolatori dovranno restare terzi e indipendenti ma una considerazione maggiore dovrà essere assegnata al ruolo degli operatori e dei consumatori, nei confronti dei quali le autorità di regolazione svolgeranno una funzione di sostegno. Questo è il passaggio più delicato nel cambiamento del ruolo dei regolatori: non si tratterà più di porre regole generali e astratte nella presunzione che il loro rispetto assicuri un equilibrio complessivo dei soggetti e quindi anche gli esiti ritenuti positivi della concorrenza, ma occorrerà dotarsi di strumenti che permettano di valutare l'efficacia delle scelte operative in termini di risultati attesi. È una regolazione che non si disinteressa degli effetti prodotti nella realtà ma che partecipa al conseguimento di obiettivi prefissati. Anche nei confronti dei consumatori l'approccio non sarà neutrale ma cognitivamente orientato a considerare gli errori che i comportamenti sociali reali sempre realizzano. È così una regolazione che accompagna le scelte di consumatori e produttori senza sostituirsi a esse, ma neanche senza affidarsi a meccanismi supposti automatici. Proprio per questo l'intervento del regolatore è principalmente *ex post*.

Naturalmente, negli stessi termini in cui l'avvento della regolazione economica non ha prodotto il soppianto degli strumenti classici della regolamentazione, molto più particolareggiati e indirizzati a emettere provvedimenti singolari, anche i nuovi strumenti della regolazione non comporteranno una sostituzione piena dei vecchi strumenti ma solo un loro affiancamento. La dequotazione della neutralità delle autorità di regolazione non contrasta con la permanenza dei requisiti di indipendenza: l'indipendenza è un requisito teso soprattutto ad assicurare una sfera di azione libera da ingerenze improprie sia della politica sia degli operatori di mercato e sociali, la neutralità, invece, esprime un'indifferenza ai concreti esiti dei processi economici e sociali che non sembra più conforme alle finalità che sono poste dalle più recenti norme giuridiche citate in precedenza. In qualche

<sup>86</sup> Cfr. M. Swora, *Smart grids after the third liberalization package: current developments and future challenges for regulatory policy in the electricity sector*, cit., 22.

## la sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica

modo questo cambiamento accresce la responsabilità dei regolatori in termini di *accountability* rispetto alla quale possono aprirsi anche ulteriori scenari innovativi sugli strumenti capaci di assicurarne l'effettività.

Un'altra considerazione riguarda il livello di governo più appropriato per questa regolazione e le modalità di governo. Alcuni studiosi hanno evidenziato che in Europa si segue maggiormente un approccio federale rispetto agli USA, che per economia dell'elaborato non viene qui approfondito. Tuttavia, se è vero che l'UE svolge un ruolo propulsivo per lo sviluppo delle reti, è stato evidenziato che finora la regolazione centralizzata non ha significato la cancellazione di ogni ruolo dei governi nazionali e locali, anche in considerazione dell'attuale processo di sviluppo delle *smart grid* che è ancora *in fieri*. Il ruolo svolto dall'UE sembra principalmente quello di coordinamento e di dotazione di riferimenti comuni per gli stati membri affinché la loro azione possa essere più efficiente e armonizzata possibile; in altre parole, l'UE si occupa più di fornire un *toolkit* che un *rulebook*<sup>87</sup>. Se di approccio federale si vuole parlare, certamente quello descritto sembra un modello di "federalismo stratificato"<sup>88</sup> in cui il ruolo del centro appare più di impulso e coordinamento che di regolazione omologante<sup>89</sup>. Si tratta, tuttavia, di un equilibrio instabile: da un lato, infatti, la natura delle "reti intelligenti" lascerebbe pensare che un livello di omogeneizzazione molto forte sia impossibile da realizzare, dall'altra, però, le esigenze di interoperabilità e sicurezza delle reti richiede una regolazione centralistica che potrebbe anche rafforzarsi nel futuro<sup>90</sup>.

È prevedibile, infine, anche che nuovi equilibri tra regolazione europea e regolazione nazionale si stabiliranno sul tema degli obblighi di servizio pubblico. Si è visto, infatti, come l'approccio seguito dai due livelli di governo non collimi del tutto, soprattutto per quanto riguarda la possibilità che le *smart grid* rappresentino nuove occasioni per la proliferazione di reti

<sup>87</sup> Questa distinzione è operata da J.B. Eisen, *Smart regulation and federalism for the smart grid*, cit., 52, per la realtà americana, ma non pare, a dispetto di voci contrarie, che questo sia davvero diverso da quello che si è finora impegnata a fare l'UE, pur con diverse priorità che i due ordinamenti hanno finora manifestato.

<sup>88</sup> Con tale espressione si intende far riferimento al concetto di "layered federalism" utilizzato nella dottrina americana; cfr. in modo particolare M. Babcock, *Dual Regulation, Collaborative Management, or Layered Federalism: Can Cooperative Federalism Models from Other Laws Save our Public Lands?*, in *Hastings W.-N.W.J. Env. L. & Policy*, 2008, 449.

<sup>89</sup> Sul persistente ampio potere degli stati membri insiste molto nelle sue considerazioni S. Pront-Van Bommel, *Smart energy grids within the framework of the third energy package*, in *European Energy and Environmental Law Rev.*, 2011, 44.

<sup>90</sup> Questo è altamente auspicato da una parte della dottrina; cfr. F. Delgado Piqueras, *Toward a European Regulatory Scheme for the Promotion of Green Power: Ensuring Energy Supply, Environmental Protection and Sustainable Development*, in *European Public Law*, 2012, 18, 678-9.

private. Al momento l'atteggiamento dei due regolatori sembra diverso, ma difficilmente questa differenza potrà resistere nel prosieguo e quindi è possibile che non occorrerà attendere il 2030 per vedere lo sviluppo della competizione anche nel segmento della distribuzione. Con le *smart grid*, infatti, viene meno uno dei presupposti essenziali della concessione in riserva della gestione della rete di distribuzione, ovvero la difficoltà di riprodurre reti locali di distribuzione. Gli oneri di servizio pubblico, pertanto, in analogia con quanto avviene con altre realtà di pubblico servizio<sup>91</sup>, dovranno essere riparametrati sulla base di un contesto che appare in evoluzione e per i quali diverse appaiono le soluzioni possibili.

*Abstract*

*Innovation and the Challenge for Public Regulation. The "Smart Grid" Case*

*The combination of ICT technologies and energy distribution networks brings innovations of great social impact, which was even compared to what has been achieved through the spread of Internet. The smart grid case, therefore, offers an interesting opportunity to see what are the repercussions of such phenomenon on public regulation. After discussing the definition of smart grid and describing the amount of investments that are involved in it worldwide, the Author analyses the federal-like regulatory architecture which is taking shape in the European context, the evolution of public regulation that is becoming increasingly influenced by the actual outcomes, the services and value-added goods produced by the smart grid, the impact on public services in the electricity sector, the easier use of cognitive regulation, the issues concerning the protection of privacy. The Author concludes that the smart grid, exactly as it happened in telecommunications technology with the shift from the analogue system to the digital one, will have a significant impact on public regulation. Indeed public regulation, while being entrusted to independent authorities, will be required to achieve public predetermined objectives of energy efficiency and thus to be promotional rather than neutral.*

<sup>91</sup> Sul carattere frammentato degli obblighi di servizio pubblico oramai la dottrina ha raggiunto consolidate conclusioni che possono essere riscontrati in vari scritti, tra cui vengono qui menzionati D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010; M. Lottini, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, Jovene, 2010; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 149-85; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2009; S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit. Sia consentito anche il rinvio a F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008.

ELISABETTA MORLINO

## IL NUOVO *PROJECT FINANCING* PER GLI IMPIANTI SPORTIVI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La multifunzionalità del diritto allo sport e l'offerta sportiva come servizio di interesse generale. – 3. Il diritto allo sport in concreto: l'impiantistica sportiva in Italia. – 4. I problemi del *project financing* per l'impiantistica sportiva. – 4.1. Nuovi modelli di sviluppo dell'impiantistica sportiva e bilanciamento degli interessi. – 4.2. L'impiego del *project financing* nella prassi. – 5. Le soluzioni normative: tentativi efficaci? – 5.1. L'ambito di applicazione della disciplina: una promessa mancata. – 5.2. Le nuove procedure della finanza di progetto per gli impianti sportivi: profili problematici. – 5.3. La cessione dei beni senza vincolo di strumentalità. – 5.4. I *project bonds* per il finanziamento degli impianti sportivi. – 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Introdotta con la legge Merloni Ter nel 1998 mutuando il modello anglosassone, il *project financing* consente di realizzare opere di interesse pubblico sfruttando la sinergia tra amministrazioni pubbliche e uno o più soggetti privati.

In un contesto di crisi economica, la finanza di progetto acquisisce un'importanza strategica. Se, da un lato, i tagli alla spesa pubblica limitano la possibilità di investimenti pubblici diretti; dall'altro, questi ultimi in particolare quelli per le infrastrutture, possono rappresentare un'opportunità di sviluppo e contribuire alla graduale ripresa economica. L'integrazione di capitali privati con le necessità pubbliche dovrebbe consentire, infatti, di sopprimere ai tagli della spesa pubblica e favorire la crescita del paese.

I dati sul *project financing* ne confermano il ruolo strategico e la diffusione: la quota del *project financing* sul complesso dei bandi di gara per opere pubbliche è passata dal 13,9% nel 2003 al 38,1% del 2011. Nello stesso arco

\* Ringrazio il dott. Andrea Averardi, la dott.ssa Rosella Di Cesare e l'on. Dario Nardella per gli spunti e le opportunità di approfondimento che mi hanno generosamente dato nella stesura di questo lavoro.

temporale (2003–2011) sono state bandite 3.823 gare in *project financing*. La crescita è stata pressoché costante: si è passati da un valore totale di 4.398 milioni per gare bandite nel 2003 a 10.089 milioni per gare bandite nel 2011. Anche a seguito della crisi economica, il dato complessivo (dal 2003 al 2011) mostra una prevalenza del volume monetario delle gare a iniziativa del promotore, mentre tendenze più recenti segnano un'inversione di rotta: nel 2011 le gare a iniziativa pubblica ammontano a 7.965 milioni, mentre quelle a iniziativa del promotore a 2.124 milioni<sup>1</sup>. Sono, quindi, prima di tutto i soggetti pubblici a sposare strategie di sostegno all'economia attraverso il ricorso al finanziamento privato. Questo è tanto più significativo se si considera il ridimensionamento complessivo del numero e dell'importo dei bandi di gara per lavori pubblici pubblicati negli ultimi anni.

La ristrutturazione o costruzione *ex novo* di impianti sportivi risulta essere uno degli ambiti in cui il *project financing* è stato maggiormente adoperato. A titolo di esempio, nel 2011 le due tipologie di opere più frequentemente bandite con la finanza di progetto a iniziativa pubblica sono stati gli impianti voltaici (230 bandi) e gli impianti sportivi (47 bandi) e, a iniziativa privata, i cimiteri (26 bandi) e, di nuovo, gli impianti sportivi (22 bandi).

D'altra parte, nonostante queste percentuali facciano del settore sportivo uno dei principali ambiti di applicazione della finanza di progetto, attualmente in Italia la maggior parte degli impianti sportivi si caratterizza ancora per un generale stato di arretratezza e abbandono.

Proprio il riconoscimento del ruolo strategico del *project financing* ha portato il legislatore a elaborare una serie di misure dirette a semplificare il ricorso alla finanza di progetto in tutti i settori e, in particolare, a promuovere l'uso per la ristrutturazione e costruzione di impianti sportivi.

Alle riforme adottate tra il 2011 e il 2012 con scopi di rilancio, sviluppo e crescita del paese<sup>2</sup> e che hanno riguardato la finanza di progetto in generale si è aggiunta, con la Legge di stabilità 2014<sup>3</sup>, una disciplina specifica sul *project financing* per gli impianti sportivi.

Alla luce delle specificità proprie del settore sportivo è, quindi, possibile fare un primo bilancio delle misure adottate, valutando l'idoneità delle

<sup>1</sup> I dati sono una rielaborazione di quelli contenuti nel rapporto Ance sul *project financing* in Italia. Si veda Ance, *Il mercato del project financing in Italia*, Roma, giugno 2012.

<sup>2</sup> D. l. n. 70/2011 (nel testo integrato dalla l. di conversione n. 106/2011), c.d. decreto Sviluppo; D. l. n. 1/2012 (nel testo integrato dalla l. di conversione n. 27/2012), c.d. decreto Liberalizzazioni; D. l. n. 83/2012 (come modificato dalla l. di conversione n. 134/2012), c.d. decreto Crescita.

<sup>3</sup> L. n. 147/2013, c.d. Legge di stabilità 2014, approvata il 24 dicembre 2014.

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

scelte legislative di rispondere, da un lato, agli obiettivi di sviluppo e crescita economica, dall'altro alle necessità infrastrutturali e agli obblighi di servizio legate all'offerta sportiva.

Il presente lavoro individua, in via di premessa, le peculiarità del diritto allo sport che si riscontrano nella normativa e nella giurisprudenza europee e italiana, identifica i vincoli sull'offerta sportiva che queste specificità comportano e dà conto del se e come in Italia questo diritto sia garantito in concreto.

Quindi, enuclea i problemi che si sono posti nel settore delle infrastrutture sportive – in quanto strumenti per garantire il diritto allo sport – e nell'uso della finanza di progetto per la costruzione o ristrutturazione degli impianti sportivi.

Infine, analizza le novità più rilevanti delle misure normative adottate e ne valuta l'idoneità a risolvere i problemi emersi e a contribuire a un uso più efficiente della finanza di progetto per gli impianti sportivi.

## **2. La multifunzionalità del diritto allo sport e l'offerta sportiva come servizio di interesse generale**

Fin dagli anni '90, la normativa e la giurisprudenza europee<sup>4</sup> hanno riconosciuto la funzione economica, sociale, culturale, ricreativa e di tutela della salute pubblica che lo sport svolge<sup>5</sup>. Su questa base, la promozione

<sup>4</sup> Già la Dichiarazione n. 29 del Trattato di Amsterdam del 1997 «sottolinea[va] l'importanza sociale dello sport, in particolare il ruolo che esso assume nel forgiare l'identità e nel ravvicinare le persone». La Corte di giustizia ha, peraltro, più volte ribadito questo concetto. Da ultimo, la constatazione «[dell']importanza sociale ed educativa dello sport nell'Unione europea» è stata la premessa della decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sul caso *Olympique Lyonnais* (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard, Newcastle UFC*, C-325/08, 16 marzo 2010, par. 40). La Corte si era espressa nello stesso senso già prima in id., *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, C-415/93, 15 dicembre 1995, par. 106.

<sup>5</sup> A questo proposito si è detto che la specificità dello sport sta nel suo carattere poliedrico, cfr. J. Zylberstein, *La specificità dello sport nell'Unione europea*, in *Riv. dir. econ. sp.*, 2008, vol. IV, n. 1, 59 ss. Sul punto si veda anche S. Bastianon, *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *Dir. pubbl. com.*, 2009, n. 2, 391 ss. Le diverse funzioni che lo sport assolve sono state da alcuni viste in modo antinomico: «non v'è dubbio [...] che la dimensione economica sia nulla più che una antinomia rispetto alla essenziale spiritualità dello sport; quasi si direbbe una intrusione [...], un fatto inquinante [...] rispetto a valori condivisi», così in P. Grossi, *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.*, 2012, n. 1-2, 13.

dello sport nel rispetto della sua funzione sociale, oltre che economica, è stata inserita tra i fattori che devono orientare le politiche dell'Unione e degli Stati.

Già nel 2000 la Dichiarazione di Nizza aveva previsto un ruolo attivo delle istituzioni europee nel promuovere i valori strumentali a salvaguardare il ruolo sociale dello sport<sup>6</sup>.

Il Libro Bianco sullo sport della Commissione del 2007 si è spinto fino a integrare la promozione dello sport con gli obiettivi primari dell'Unione, mettendo in luce la duplice funzione socio-economica che esso deve assolvere<sup>7</sup>.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è stato recepito quest'orientamento e inserito un titolo dedicato allo sport<sup>8</sup>. In materia l'Unione ha competenza a svolgere azioni volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri<sup>9</sup>. Non si tratta, quindi, né di competenza esclusiva<sup>10</sup>, né di competenza concorrente tra Unione e Stati membri<sup>11</sup>, ma di una forma di intervento, la c.d. competenza di sostegno, che lascia autonomia agli Stati ed è formalmente circoscritta «alla promozione dei profili *europèi* dello sport, tenendo conto delle sue specificità [...] e della sua funzione sociale ed educativa»<sup>12</sup>. A questo riguardo va, tuttavia, aggiunto che la Corte di giustizia dell'Unione europea è intervenuta attribuendosi un

<sup>6</sup> *Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa di cui tener conto nell'attuazione delle politiche comuni*, allegato IV alle Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Nizza, 7-10 dicembre 2000, in cui si stabilisce che «[l]a Comunità deve tenere conto [...] delle funzioni sociali, educative e culturali dello sport [...] al fine di rispettare e di promuovere l'etica e la solidarietà necessarie per preservarne il ruolo sociale».

<sup>7</sup> «Lo sport è un fenomeno sociale ed economico di importanza crescente che contribuisce in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione europea», così in Commissione europea, *Libro bianco sullo sport*, COM (2007) 391, 11 luglio 2007. La poliedricità dello sport come attività che presenta una dimensione sia sociale, che economica è stata successivamente ribadita dalla Commissione in una comunicazione del 2011. Sul punto Commissione europea, *Sviluppare la dimensione europea dello sport*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM (2011) 12, 18 gennaio 2011.

<sup>8</sup> TFUE, Titolo XII, Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport.

<sup>9</sup> TFUE, art. 6.

<sup>10</sup> TFUE, art. 3.

<sup>11</sup> TFUE, art. 4.

<sup>12</sup> Enfasi aggiunta. TFUE, art. 165, co. 1. Un chiarimento su cosa debba intendersi per «profili europei dello sport» è fornito dalla Commissione: «[l]'azione dell'UE è finalizzata a sostenere le azioni degli Stati membri e ad integrarle ove opportuno per affrontare sfide quali la violenza e l'intolleranza legate agli eventi sportivi o la mancanza di dati comparabili sul



ampio potere di verifica della conformità ai Trattati della regolazione pubblica e privata<sup>13</sup> dell'attività sportiva<sup>14</sup>, portando alcuni critici a sostenere la

settore dello sport nell'UE quale base per la definizione delle politiche. L'azione dell'UE può inoltre contribuire ad affrontare le sfide transnazionali dello sport europeo, ad esempio adottando un approccio coordinato al problema del doping, delle frodi e delle partite truccate o alle attività degli agenti sportivi. L'azione dell'UE contribuisce altresì agli obiettivi generali della strategia Europa 2020 migliorando l'occupabilità e la mobilità, in particolare attraverso azioni che promuovono l'inclusione sociale nello sport e attraverso di esso, l'istruzione e la formazione [...]. [L'] azione dell'UE può servire da piattaforma di scambio e di dialogo tra le parti interessate del settore dello sport, diffondendo buone pratiche e promuovendo lo sviluppo di reti europee nel campo dello sport. Parallelamente a ciò, l'azione dell'UE contribuisce alla diffusione delle conoscenze in merito alla legislazione dell'UE nel settore dello sport, garantendo così una maggiore certezza del diritto per lo sport europeo».

<sup>13</sup> L'espressione regolazione dei privati intende fare riferimento alle regole prodotte dalla federazioni sportive. Se in passato, infatti, vi sono stati tentativi di identificare le federazioni sportive come soggetti pubblici in quanto "organi del C.O.N.I." (cfr. Cass., SS. UU., 12 maggio 1979, n. 2725 e Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050; ma anche a favore della coesistenza di una natura privata e una pubblica si veda S. Cassese, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del "parastato"*, in *Riv. dir. spor.*, 1979, 117 ss., G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, in *Dir. amm.* 1993, 302 ss., A. De Silvestri, *Le qualificazioni giuridiche dello sport e nello sport*, in *Riv. dir. spor.*, 1992, 283 ss.), attualmente il legislatore ha chiarito che le federazioni devono considerarsi associazioni di enti o di persone fisiche con personalità giuridica di diritto privato (cfr. d. lgs. n. 242/1999, art. 15., co. 2).

<sup>14</sup> Secondo alcuni si sta assistendo al passaggio da una visione che limitava l'interferenza del diritto comunitario in materia sportiva agli aspetti strettamente rilevanti per il diritto della concorrenza – lasciando il resto all'autonomia statale e delle federazioni sportive – a una visione che, basandosi sul riconoscimento del carattere poliedrico dello sport (funzione economica, ma anche sociale, educativa, ricreativa ecc.), tende a sottoporre le regole connesse con l'attività sportiva, prodotte dallo Stato o dalle federazioni sportive, al test della compatibilità con i trattati nella loro interezza, e non solo con specifico riferimento alle norme sulla concorrenza. In questo senso deve essere interpretata la sentenza della Corte di giustizia sul caso Meca-Medina che ha stabilito: «[s]e l'attività sportiva di cui trattasi rientra nell'ambito di applicazione del Trattato, i requisiti per il suo esercizio sono allora sottoposti a tutti gli obblighi derivanti dalle varie disposizioni del Trattato» (in Corte di giustizia dell'Unione europea, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione*, C-519/04 P, 18 luglio 2006). Un'indicazione così generica della categoria attività sportive i cui requisiti di esercizio sono sottoposti agli obblighi del Trattato porterebbe a includere tutti gli sport professionistici e forse anche quelli dilettantistici e riguarderebbe finanche regolamenti e pratiche per l'accesso alle competizioni sportive, prodotti dalle federazioni. L'effetto che si produrrebbe sarebbe di perdita della specificità delle attività sportive e della connessa autonomia regolatoria dei soggetti competenti a disciplinare queste attività. Per una critica alla tesi sostenuta dalla Corte si vedano J. Zylberstein, *Inquietant arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Meca-Medina – Ou comment deux nanogrammes de nandrolone pourraient bouleverser le sport européen*, in «*Cahiers de droit du sport*», 2007, n. 7, 174 ss.; Id., *Collision entre idéaux sportifs et contingences éco-*

tesi della perdita di specificità del settore sportivo e della restrizione dell'autonomia regolatoria dei soggetti deputati a disciplinarlo. Il test di compatibilità è rilevante anche per la scelta della disciplina che regola le procedure di selezione del contraente per la costruzione o ristrutturazione di impianti sportivi con *project financing*.

L'ordinamento italiano ha recepito quest'orientamento sia in via di interpretazione di norme costituzionali esistenti, sia attraverso l'adozione di atti amministrativi generali e programmatici.

È sempre più diffusa l'idea che l'interesse a svolgere attività sportiva sia espressione del diritto alla salute e, come tale, debba assurgere al rango di diritto fondamentale dell'individuo<sup>15</sup> o comunque abbia copertura costituzionale<sup>16</sup>.

*nomiques dans l'arrêt Meca-Medina*, in *Cah. dr. eur.*, 2007, v. 43, n. 1-2, 213 ss.; Id., *La specificità dello sport nell'Unione europea*, cit.; G. Auneau, *L'approche contrastée de la justice communautaire sur la qualification des règles sportives*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2007, 365 ss.; P. Icard, *La spécificité du sport menacée?*, in *Rec. Dall.*, 2007, n. 9, 635 ss.; C. Miège, *Contrôle d'une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence*, in *Sem. jur.* (édition générale), 2006, vol. II 10194, 2227 ss.

<sup>15</sup> Sulla tesi dell'interesse a svolgere attività sportiva come diritto fondamentale si v. T. Pensabene Lioni, *Il diritto allo sport: tra esigenza socialmente rilevante e interesse fondamentale della persona*, in *Dir. amm.*, 2012, n. 3, 415 ss. in cui si afferma che «l'attività sportiva [...] rappresenta un'attività prodromica e necessaria all'esercizio di diritti fondamentali (diritto alla salute, libertà di associazione, diritto a non essere discriminati) i quali – pur mantenendo una loro autonoma connotazione – risultano ontologicamente connessi al fenomeno sportivo. Sicché è ragionevole ritenere [...] che l'interesse allo sport – costituendo manifestazione ed intersecazione di diritti inviolabili che ne integrano l'essenza – assurga a vero e proprio diritto fondamentale, che così trova (seppur indirettamente) riconoscimento costituzionale». Questa tesi fonda la propria premessa nella dottrina secondo cui l'art. 2 della Costituzione dovrebbe essere interpretato come una clausola di apertura alla positivizzazione di nuovi diritti. Essa sarebbe, infatti, idonea a dare qualifica di diritto fondamentale anche alle situazioni giuridiche soggettive che, pur non sono espressamente contemplate dalla Costituzione, sono deducibili in via indiretta da alcune norme costituzionali o da leggi ordinarie, da convenzioni internazionali o da dichiarazioni dei diritti (cfr. A. Barbera, *Sub. Art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 65 ss.).

<sup>16</sup> C'è chi, pur non spingendosi così in là da riconoscere l'interesse a svolgere attività sportiva come diritto di diritto fondamentale ha, tuttavia, argomentato a favore di una sua «copertura costituzionale» (cfr. G. Amato, *Problemi costituzionali connessi all'attuale disciplina del C.O.N.I.*, in *Giur. it.*, 1966, 910 ss.). Secondo questa tesi, da un lato, la qualificazione del diritto allo sport come diritto fondamentale non può essere configurabile perché «non tiene conto della categorizzazione storicamente e normativamente definita dei diritti fondamentali del nostro sistema» (*ibid.*); dall'altro, non solo lo svolgimento dell'attività sportiva, in quanto *attività lecita*, trova «tutela costituzionale nei confronti dei poteri pubblici che si manifestano in modo arbitrario» (*ibid.*) in virtù degli artt. 3 e 113 Cost., ma anche lo svolgimento di attività sportiva è «un'attività non meramente lecita» (*ibid.*), ma «raccomandata»

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

Al contempo, recependo l'orientamento comunitario, la multifunzionalità di questo "diritto del cittadino" è stata riconosciuta anche nell'ordinamento italiano: il D.p.c.m. del 28 ottobre 2011<sup>17</sup> richiama il Libro Bianco della Commissione laddove afferma che lo sport è un fenomeno sociale ed economico che contribuisce agli obiettivi di solidarietà e prosperità<sup>18</sup> e istituisce un Tavolo Nazionale per la *Governance* nello Sport (TANGOS)<sup>19</sup>, la cui composizione integra le varie aree della *governance* sportiva, in particolare società, economia, salute, sicurezza e legalità. Il diritto allo sport è, quindi, rilevante in quanto serve una molteplicità di ulteriori diritti di rango costituzionale: oltre a quello alla salute, il diritto a svolgere la propria personalità all'interno delle formazioni sociali, il diritto a non essere discriminati, la libertà di associazione, la libertà di iniziativa economica<sup>20</sup>.

È proprio questo carattere derivato e polifunzionale del diritto allo sport che porta a legare l'offerta sportiva a una serie di requisiti e condizioni, volti ad assicurare che questo diritto sia garantito nel rispetto degli altri diritti a cui esso è strumentalmente connesso. Nell'ordinamento italiano non solo gli impianti sportivi di proprietà pubblica sono inclusi dal Codice civile tra i beni patrimoniali indisponibili e assoggettati alle relative limitazioni – tra cui il vincolo di destinazione –, ma anche gli impianti sportivi di proprietà privata sono qualificati come beni privati di interesse pubblico.

Su queste basi la giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che la gestione degli impianti sportivi viene considerata un'attività di servizio pubblico e l'affidamento in gestione degli impianti come una concessione di servizio pubblico<sup>21</sup>, con tutti i requisiti procedurali che ciò comporta. Alla luce di queste motivazioni, per esempio, sono stati ritenuti

(*ibid.*) dalla Costituzione, e in particolare dall'art. 32 della Carta fondamentale che riconosce il diritto fondamentale alla salute. In generale, a favore di un'interpretazione più circoscritta della categoria dei diritti fondamentali si veda P.F. Grossi, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, Cedam, 2008, 1 ss.

<sup>17</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 ottobre 2011 di istituzione del Tavolo Nazionale per la *Governance* dello Sport.

<sup>18</sup> *Ibid.*, settimo considerando.

<sup>19</sup> Ai sensi dell'art. 1, co. del D.P.C.M. del 28 ottobre 2011, « [i]l TANGOS costituisce l'organo consultivo permanente in materia di sport per la pianificazione e la programmazione strategica, per le attività di indirizzo in ambito politico-normativo nei consessi nazionali e internazionali, nonché per contribuire al recepimento a livello nazionale delle normative europee in materia di *governance* nello sport».

<sup>20</sup> La connessione tra diritto allo sport e altri diritti costituzionalmente garantiti è messa in evidenza in T. Pensabene Lioni, *Il diritto allo sport*, cit.

<sup>21</sup> Si vedano, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385; Tar Veneto, sez. I, 10 giugno 2013, n. 797.

legittimi i vincoli gestionali imposti dall'amministrazione al privato concessionario, come l'obbligo di garantire l'accesso più ampio possibile alle infrastrutture senza discriminazioni legate al reddito, pur essendo questi esorbitanti rispetto alla conduzione di una normale attività di impresa<sup>22</sup>.

La natura polifunzionale del diritto allo sport dovrebbe concretizzarsi, quindi, in una regolamentazione della costruzione e gestione degli impianti sportivi che realizza un bilanciamento tra libertà di iniziativa economica da un lato e diritti sociali dall'altro, garantendo la prima, ma allo stesso tempo imbrigliandola in vincoli idonei a tutelare i secondi.

### **3. Il diritto allo sport in concreto: l'impiantistica sportiva in Italia**

In Italia il recente e graduale riconoscimento dell'interesse allo sport come diritto del cittadino non è andato di pari passo con uno sviluppo dell'impiantistica sportiva che in concreto abbia assicurato questo diritto.

Il primo censimento nazionale dell'impiantistica sportiva risale al 1956<sup>23</sup>, l'ultimo al 1996<sup>24</sup>. Nel 2005, sulla base di un Protocollo istituzionale sull'impiantistica sportiva, sottoscritto dal Ministro per i Beni e le Attività Culturali e il CNEL, i dati del censimento del '96 sono stati integrati e se ne è fatta una proiezione statistica al 2003<sup>25</sup>. Dati più recenti sono, invece, sporadici e non rientrano in un progetto più ampio di analisi empirica dettagliata dell'impiantistica sportiva. Emerge, così, un primo elemento nella valutazione dell'attuazione del diritto allo sport: attualmente manca una ricognizione completa ed estesa a tutto il territorio nazionale degli impianti

<sup>22</sup> *Ibid.* Tra questi, l'obbligo di consentire un accesso a queste infrastrutture il più ampio possibile e non discriminato da ragioni legate al reddito.

<sup>23</sup> Il primo censimento nazionale degli impianti sportivi fu realizzato dall'Istat (Istat, *Statistica degli impianti sportivi*, Roma, Istat, 1956) e aggiornato, sempre dall'Istat, nel 1959 (Istat, *Statistica degli impianti sportivi*, Roma, Istat, 1960). Nel 1978 il Coni realizzò un proprio censimento, pubblicato nel 1980 (Coni, *Censimento degli impianti sportivi in Italia*, Roma, Coni, 1980). Il censimento successivo del 1989 è stato frutto della collaborazione tra il Coni, l'Istat e l'Istituto di credito sportivo e utilizza criteri diversi dalle rilevazioni precedenti (Coni, Istat, Ics, *Censimento degli impianti sportivi*, Roma, Istat, 1989).

<sup>24</sup> Coni, Istat, Ics, *Censimento degli impianti sportivi*, Roma, Istat, 1996.

<sup>25</sup> Cnel, *La situazione degli impianti sportivi in Italia al 2003. Rapporto*, Roma, gennaio 2005. La conferma che questo rapporto è l'ultimo sugli impianti sportivi e che comunque si basa su proiezioni statistiche è in Presidenza del Consiglio dei Ministri, *I numeri sulla pratica dello sport, sull'attività fisica e sull'impiantistica sportiva in Italia*, Allegato al Piano Nazionale per la Governance nello Sport, 4 maggio 2012, 19.

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

esistenti e delle loro condizioni, come invece sarebbe auspicabile per la scelta di politiche infrastrutturali adeguate a garantire il diritto allo sport<sup>26</sup>.

D'altra parte, sulla base dei dati disponibili e confrontando questi con i precedenti e con i dati di altri paesi, si delinea un quadro della situazione infrastrutturale sportiva che rivela un basso grado di attuazione del diritto allo sport.

In primo luogo, per le difficoltà legate principalmente alla reperibilità di risorse per la costruzione degli impianti sportivi, in Italia il rapporto tra il numero di impianti e quello di cittadini rimane tra i più bassi in Europa: nel 2005 la Spagna contava circa 400 impianti sportivi ogni 100.000 abitanti; nel 2010 alcune regioni francesi, come la Lorena e la Piccardia, offrivano oltre 570 spazi per attività sportiva ogni 100.000 abitanti; in Italia, le proiezioni Cnel per il 2003 rivelano una diffusione degli impianti di un terzo inferiore a Spagna e Francia: una media di 264 spazi di attività sportiva ogni 100.000 abitanti<sup>27</sup>.

In secondo luogo, la distribuzione geografica degli impianti riflette una disparità netta e costante nel tempo tra regioni dell'Italia settentrionale e centrale da un lato e regioni del meridione d'Italia dall'altro: si va dai 52.330 impianti nel Nord Ovest (Piemonte, Lombardia, Liguria, Valle d'Aosta) ai soli 30.280 per la zona molto più estesa del Sud e delle isole (Campania, Abruzzo, Molise, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia, Sardegna).

In terzo luogo, si è assistito a un progressivo invecchiamento delle infrastrutture sportive pubbliche esistenti a cui non è seguito un rinnovo delle stesse, né la costruzione di nuove strutture in grado di soddisfare interessi della collettività. A livello di macrostrutture, ad esempio, i 126 stadi attualmente esistenti in Italia hanno un'età media di 67 anni, più della metà hanno una capienza inferiore ai 10.000 posti e molti non sono in linea con gli standard di sicurezza richiesti<sup>28</sup>.

In quarto luogo, i dati fanno emergere uno stato di inutilizzazione degli impianti esistenti, particolarmente accentuato nel Sud Italia. Oltre il 10% del patrimonio nazionale adibito allo svolgimento di attività sportive risulta abbandonato o in stato di sensibile degrado<sup>29</sup>. E il *trend* è andato cre-

<sup>26</sup> Per colmare questo vuoto è stato istituito l'Osservatorio Nazionale per l'Impiantiistica Sportiva che è coordinato dalla PCM-Ufficio per lo sport e che ha avviato, in collaborazione con le Regioni, gli Enti locali e le Organizzazioni Sportive, i suoi lavori nel settembre 2011.

<sup>27</sup> Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *I numeri sulla pratica dello sport*, cit., 22.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Disposizioni per favorire la costruzione e la ristrutturazione degli impianti sportivi*, Disegno di legge n. 1193, 6 novembre 2008.

scendo: se nel censimento del 1989 erano 11.715 gli impianti che risultavano abbandonati, nelle proiezioni del 2003 il numero era salito a 14.590<sup>30</sup>.

Infine, per gli impianti esistenti e attivi si scelgono modelli gestionali che tendono a valorizzarne l'impiego solo per fini sportivi ad esclusione di qualsiasi altra attività: arene, palazzetti dello sport e altre infrastrutture utilizzate per l'esercizio delle discipline sportive «sono costruiti senza requisiti di polifunzionalità, non sono integrati nel tessuto sociale, mostrano carenze sotto il profilo della gestione»<sup>31</sup>.

L'obiettivo della tutela del diritto allo sport è, quindi, parzialmente compromesso. Anzitutto la scarsità di impianti sportivi pubblici ha lasciato l'attività sportiva a circoli, palestre, piscine a gestione privata che, pur caratterizzati dall'avanguardia e dall'efficienza delle strutture e dei macchinari, hanno comportato una selezione nell'accesso alla pratica sportiva non coerente con l'idea dello sport come «bene meritorio e livello prestazionale da garantire a tutti i cittadini, di ogni strato sociale ed in ogni parte del paese»<sup>32</sup>.

Quindi, una distribuzione geografica degli impianti sportivi così sbilanciata tra Nord e Sud Italia ha creato, all'interno del territorio nazionale, un'evidente asimmetria nel godimento del diritto allo sport, che peraltro si aggiunge ed è aggravata da altre carenze infrastrutturali proprie di alcune zone del meridione d'Italia.

Ancora, l'arretratezza delle strutture, unita all'assenza dell'approccio multifunzionale, ha prodotto «una scarsa propensione all'investimento da parte delle pubbliche amministrazioni, degli investitori privati e delle stesse società sportive». Si è generato, cioè, un circolo vizioso in cui le carenze infrastrutturali, unite a modelli di sviluppo poco produttivi, hanno creato forti disincentivi agli investimenti peggiorando ulteriormente lo *status quo* e pregiudicando la piena realizzazione del diritto dei cittadini a praticare l'attività sportiva.

#### **4. I problemi del *project financing* per l'impiantistica sportiva**

A fronte di queste considerazioni, l'impiego del *project financing* è stato proposto come una modalità di azione pubblica in grado di contenere e in-

<sup>30</sup> Piano Nazionale per la Governance nello Sport, 4 maggio 2012.

<sup>31</sup> Disposizioni a favore della costruzione e della ristrutturazione degli impianti sportivi, Disegno di Legge n. 1361, Relazione introduttiva, 2.

<sup>32</sup> E. Boscolo, *La localizzazione degli impianti sportivi*, relazione tenuta in occasione del Primo Convegno annuale della *Rivista di diritto sportivo* su *Strumenti e tecniche di realizzazione degli impianti sportivi*, Roma, 6 dicembre 2012.

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

tegrare tanto le generali esigenze di crescita e sviluppo, quanto le specifiche necessità legate all'offerta di attività sportiva. Sotto questo secondo profilo, la finanza di progetto dovrebbe garantire il rinnovamento del tessuto infrastrutturale sportivo accessibile alla collettività, creare opportunità economiche per gli operatori del settore (costruttori e gestori) e, quindi, realizzare l'obiettivo primario della prestazione di un servizio pubblico che rafforzi i livelli di socialità, salute e benessere dei cittadini.

L'utilizzazione del *project financing* per la costruzione e ristrutturazione degli impianti sportivi ha, tuttavia, incontrato limiti e problemi che ne hanno ridotto l'efficacia.

### *4.1. Nuovi modelli di sviluppo dell'impiantistica sportiva e bilanciamento degli interessi*

La finanza di progetto risponde all'esigenza di azzerare o, comunque, ridurre al minimo gli oneri economici a carico dei soggetti pubblici. Questo presuppone che l'investimento da parte dei privati debba essere remunerativo affinché possa risultare anche appetibile. In Italia la realizzazione di impianti sportivi di medie e grandi dimensioni, idonei a ospitare manifestazioni di carattere nazionale o internazionale, è stata spesso dispendiosa e, a fronte della spesa, troppo poco redditizia. Gli impianti sportivi sono stati finora "opere tiepide", per le quali sebbene si sia prospettata una redditività futura, questa non è stata tale da coprire in un tempo ragionevole l'ammontare del costo dell'opera. Specularmente gli investimenti pubblici per questi impianti hanno dovuto confrontarsi con la esigua disponibilità finanziaria delle amministrazioni che si sono accollate da sole tutte le spese di realizzazione<sup>33</sup>.

Tra i motivi di questa circostanza vi è una concezione tradizionale e monolitica dell'impianto sportivo come luogo adibito esclusivamente all'offerta di attività sportiva. Gli impianti sportivi sono, infatti, "opere tiepide" principalmente a causa di una concezione di impianto sportivo che non favorisce l'integrazione di tutte le funzioni che tali luoghi potrebbero aggregare. Ad esempio, come dimostrano molte esperienze straniere, gli stadi contemporanei possono essere impianti che si prestano contemporaneamente a molteplici modalità di fruizione. Si parla a questo proposito di stadio multifunzionale in almeno due accezioni, che si integrano reciprocamente: multifunzionale nel senso che lo stadio – campo e spalti – può ospi-

<sup>33</sup> Sul punto si veda A. Barajas Alonso, P. Sánchez Fernández, *The Balanced Scorecard of Public Investment in Sport: Proposal for Change*, in *Riv. dir. econ. sp.*, 2009, vol.V, n. 1, 89 ss.

tare altri eventi di grosse dimensioni, quali concerti e festival; ma multifunzionale soprattutto nel senso che lo stadio deve essere inteso come «un complesso sportivo comprendente spazi destinati ad altre attività, diverse da quella sportiva»<sup>34</sup>. In questa seconda accezione – che non esclude la prima – attorno al nucleo principale costituito dal campo sportivo, sono previsti anche cinema, ristoranti, attività commerciali di vario genere, spazi verdi con finalità ricreative e di aggregazione sociale. L'utente dell'infrastruttura non è più solo lo spettatore, appassionato di una certa disciplina sportiva (spesso un singolo), ma chiunque voglia fruire dei servizi offerti e/o che risieda nelle aree attigue a quelle degli impianti (idealmente famiglie).

I vantaggi che derivano da un impianto sportivo così concepito sono molteplici e toccano sia i privati – tanto in qualità di utenti-cittadini che di investitori –, sia l'amministrazione pubblica.

L'idea è che questo tipo di progetti infrastrutturali possano generare una riqualificazione del territorio urbano e, in particolare, di aree periferiche degradate. Sarebbero, quindi, anzitutto, gli abitanti a trarne beneficio, oltre che per la rivalutazione degli immobili, anche in termini di sicurezza e offerta di nuove opportunità culturali, di svago e ricreative. Un esempio di particolare successo sotto questo profilo è l'Amsterdam Arena che, oltre attualmente a ospitare più di settanta eventi all'anno (di cui solo il 35% legati al calcio), ha rappresentato un importante stimolo per la crescita e lo sviluppo dell'area in cui è stato ubicato: «[l']Arena Boulevard [zona a sud-est di Amsterdam] da quartiere degradato, con un alto tasso di criminalità, è diventato un luogo dove si svolgono eventi di vario genere, cioè uno spazio per il tempo libero e l'intrattenimento»<sup>35</sup>. Ancora: al di là dei vantaggi che possono derivare agli abitanti delle zone limitrofe, un impianto multifunzionale dovrebbe essere un'opportunità per l'intera collettività cittadina per la presenza di nuovi spazi di aggregazione e ricreativi.

I vantaggi per i privati sono, però, anche di natura economica e commerciale. Anzitutto, la diversificazione dei servizi fa sì che i soggetti interessati all'investimento vengano da svariati settori commerciali e che sia maggiore e qualitativamente differenziato il numero di opportunità di investire in un progetto o porzioni di esso. In secondo luogo, la diversificazione dei servizi offerti dovrebbe dare maggiori garanzie che l'impianto sia nel complesso produttivo di un reddito permanente tale da coprire le spese di inve-

<sup>34</sup> Ministero dell'Interno, *Decreto del 6 giugno 2005. Modifiche ed integrazioni al decreto ministeriale 18 marzo 1996, recante norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi*, GU n. 150 del 30 giugno 2005.

<sup>35</sup> A. de Martini, *Gli stadi polifunzionali in Italia: dal confronto con l'Europa spunti di riflessione*, in *Riv. dir. econ. sp.*, 2012, vol. VIII, n. 2, 97 ss.



## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

stimento. Un più sicuro ritorno di utili rende l'investimento più appetibile e meno rischioso con l'ulteriore conseguenza che dovrebbe essere più probabile e più facile trovare privati disposti a investire.

All'amministrazione pubblica i benefici dell'impianto sportivo multifunzionale vengono sia in quanto soggetto istituzionale investito del dovere di offrire alla collettività opportunità di crescita e sviluppo e garantire il diritto allo sport, sia come soggetto che deve tenere conto della sostenibilità economica dei servizi offerti a fronte delle risorse interne a disposizione. Sono, cioè, vantaggi speculari, ma anche convergenti rispetto a quelli dei privati-cittadini e dei privati-investitori. L'impianto sportivo multifunzionale amplia lo spettro dei servizi offerti al cittadino e allo stesso tempo, essendo economicamente più appetibile per i privati, dovrebbe portare l'amministrazione a risparmiare sugli alti costi che progetti di questo tipo comportano.

Una simile concezione, tuttavia, porta con sé anche i rischi legati alla speculazione dei privati. L'integrazione degli impianti sportivi di medie e grandi dimensioni con esercizi commerciali e gli obiettivi di recupero delle zone limitrofe degradate per finalità residenziali possono, infatti, tramutarsi da opportunità di crescita e sviluppo in operazioni di speculazione edilizia non proporzionate alle effettive esigenze della collettività e che anzi, lungi da rappresentare un equo bilanciamento tra interessi privati e i diversi interessi della collettività (dal recupero di zone degradate al decoro paesaggistico), privilegia i primi a scapito dei secondi.

### 4.2. *L'impiego del project financing nella prassi*

Accanto però al problema dell'integrazione funzionale degli impianti sportivi e del relativo difficile bilanciamento degli interessi, è lo strumento del *project financing* e l'uso che se ne è fatto che ha in parte tradito le aspettative e ridotto i vantaggi che si attendevano dal suo utilizzo.

Studi recenti sulla finanza di progetto hanno fatto emergere un'alta percentuale di interruzioni della procedura nel passaggio dalla pubblicazione delle gare all'effettiva aggiudicazione dei contratti. Al numero sempre crescente di gare pubblicate per *project financing* non hanno corrisposto altrettante aggiudicazioni: dal 2003 al 2011 su 3.823 gare bandite sono stati aggiudicati solo 1.636 contratti; in termini di valore monetario, dei potenziali complessivi 52.458 milioni di Euro sono stati distribuiti attraverso i contratti 28.648 milioni di Euro; in termini percentuali, solo il 43% delle gare sono arrivate all'aggiudicazione per un 55% del valore<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> I dati contenuti in questo paragrafo sono frutto dell'elaborazione di dati tratti da

Alla diffusa mortalità dei progetti di *project financing* nella loro fase genetica si aggiungono criticità proprie della fase esecutiva. I tempi totali di realizzazione delle opere – comprensivi, quindi, di bando, aggiudicazione, stipulazione della convenzione, progetto definitivo, progetto esecutivo, avvio della gestione – sono mediamente molto lunghi e tali da scoraggiare il ricorso a queste modalità: si va da una media quattro anni e nove mesi per le opere di importo non superiore ai 50 milioni di Euro a una media di sei anni per le opere il cui importo supera i 50 milioni di Euro; e sono soprattutto le fasi di progettazione che risultano avere una durata eccessiva.

La mortalità o l'eccessivo allungamento dei tempi di realizzazione si spiegano, d'altronde, non solo con la dilatazione fisiologica – anche se anomala – delle fasi di progettazione, ma anche con il verificarsi di situazioni patologiche, quali l'emergere di contenziosi (nel 24,2% delle opere), i cambi di decisioni dell'ente concedente (nel 17,5% delle opere), gli adempimenti richiesti dai vincoli ambientali e gli eventuali esiti negativi dei procedimenti a essi connessi (nel 16,1% dei casi).

In particolare, i problemi del contenzioso scontano, in primo luogo, l'inadeguatezza dei processi di selezione dei contraenti e dei contenuti contrattuali: il 45,8% delle cause sono per inadempienze del concessionario e il 16,7% per ricorso degli altri partecipanti alla gara; in secondo luogo, l'insufficiente coinvolgimento dei privati interessati ai processi decisionali: 20,8% sono cause relative a espropri e il 12,5% a rivendicazioni Nimby.

Le criticità che emergono a carico degli enti concedenti, invece, sono dovute in buona parte alla incapacità di captare in modo appropriato le esigenze della collettività, anche attraverso forme di consultazione di cui si è detto: nel 47,4% dei casi si tratta di cambiamenti delle esigenze della collettività. E, per altro verso, si spiegano con una eccessiva incidenza dei mutamenti politici sull'amministrazione del territorio, così che la volatilità degli uni porta all'inefficienza dell'altra: nel 31,6% dei casi è il cambio di governo il motivo delle gare non concluse o dell'eccessivo allungamento dei tempi di realizzazione delle opere.

Vi è, infine, un problema sul fronte della disponibilità degli istituti di credito a rilasciare finanziamenti. È diffuso un approccio che, invece di tenere conto delle peculiarità proprie della finanza di progetto, applica nei confronti degli operatori valutazioni analoghe a quelle che si effettuano nei confronti di un richiedente un semplice mutuo. È la possibilità di ottenere garanzie reali e personali a determinare spesso la decisione di finanziamento

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

e non la valutazione della bontà intrinseca del progetto – anche in termini di ritorno dei capitali investiti grazie a una corretta gestione.

### 5. Le soluzioni normative: tentativi efficaci?

Comprendendo il valore strategico della finanza di progetto, anche nel settore delle infrastrutture sportive e nel tentativo di risolvere alcuni di questi problemi, il legislatore italiano ha introdotto di recente innovazioni di carattere sostanziale e procedurale nella disciplina del *project financing* in generale e del suo utilizzo per la costruzione e ristrutturazione di impianti sportivi in particolare.

Tra il 2011 e il 2012 il Decreto Sviluppo<sup>37</sup>, il Decreto Liberalizzazioni<sup>38</sup> e il Decreto Crescita<sup>39</sup> hanno inserito una serie di modifiche nel Codice dei contratti pubblici, dirette a semplificare le procedure con cui si svolge il *project financing* e incoraggiare le decisioni di investimento.

Nel solco di queste riforme di carattere generale, la Legge di stabilità 2014 ha dettato una disciplina specifica sul *project financing* degli impianti sportivi. Quest'ultima è, in realtà, il punto di approdo di un percorso ben più lungo che, iniziato nel 2008, ha visto il succedersi di vari disegni di legge *ad hoc* (l'ultimo del settembre del 2013)<sup>40</sup>, mai divenuti legge per l'assenza

<sup>37</sup> D.l. n. 70/2011 (nel testo integrato dalla l. di conversione n. 106/2011), art. 4, co. 2.

<sup>38</sup> D.l. n. 1/2012 (nel testo integrato dalla l. di conversione n. 27/2012), art. 59 *bis*.

<sup>39</sup> D.l. n. 83/2012 (come modificato dalla l. di conversione n. 134/2012), art. 3, co. 2 che ha introdotto ulteriori disposizioni che chiariscono le modalità di redazione degli studi di fattibilità da porre a base di gara da parte delle P.A. nel contesto della gara unica di cui all'art. 153, co. 1-14 del Codice dei contratti pubblici.

<sup>40</sup> Il disegno di legge S.1193, recante disposizioni per favorire la costruzione e la ristrutturazione degli impianti sportivi, ha iniziato il suo *iter* in Senato nel 2009 (S. 1193, *Disposizioni per favorire la costruzione e la ristrutturazione degli impianti sportivi*, approvato in testo unificato e trasmesso all'altro ramo del Parlamento il 7 ottobre 2009, anche disponibile all'indirizzo <http://leg16.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=326100>). Il testo si occupava principalmente della costruzione e ristrutturazione di impianti sportivi di grandi dimensioni, in particolare stadi. L'intesa era di approvare il disegno di legge, fermo restando l'impegno del Governo a sostenere anche lo sport dilettantistico, quanto meno con agevolazioni fiscali. Questo secondo aspetto si era concretato nella presentazione di un altro disegno di legge, l'S. 1813, che recava la disciplina dei piccoli impianti unitamente alle misure di sostegno fiscale a vantaggio di tutte le associazioni dilettantistiche (S. 1813, *Disposizioni per favorire le società e le associazioni dilettantistiche, anche al fine della costruzione e della ristrutturazione dell'impiantistica sportiva*, anche disponibile all'indirizzo [http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede\\_v3/Ddliter/testi/34296\\_testi.htm](http://leg16.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/testi/34296_testi.htm)). Come chiarito nella relazione di accompagnamento al disegno di legge S. 1813, si era deciso di scindere la disciplina dei

di accordo tra le varie forze politiche. La soluzione di includere nella Legge di stabilità due specifici commi sul *project financing* degli impianti sportivi ha, quindi, bypassato le difficoltà di trovare il consenso di tutte le forze politiche su un progetto di legge ordinario, che richiede una discussione aperta e articolata<sup>41</sup>, cercando allo stesso tempo di riprodurre nel testo finale le principali novità già contenute nell'ultimo disegno di legge presentato. In particolare, come chiarito dalla Relazione illustrativa, queste sono consistite, almeno negli intenti, nella semplificazione delle procedure e nella regolamentazione delle modalità di finanziamento<sup>42</sup>.

Nel complesso, quindi, le novità introdotte hanno avuto l'obiettivo di incidere sul nucleo di interessi delle tre categorie di soggetti coinvolti nel *project financing*, ossia gli utenti degli impianti<sup>43</sup>, i privati promotori<sup>44</sup> e gli in-

grandi impianti da quella delle piccole strutture. Ciò anche al fine, in primo luogo, di rendere possibile la candidatura dell'Italia ai Campionati internazionali, come ad esempio gli Europei di calcio, rispetto ai quali l'ammodernamento e la ristrutturazione degli stadi era prioritaria. E, in secondo luogo, di trovare adeguata copertura finanziaria per le agevolazioni fiscali a favore delle società sportive dilettantistiche (S. 1813, *Relazione*, 18 novembre 2009, Intervento on. Berelli). Non a caso il disegno di legge S. 1193 ha iniziato il suo *iter* a febbraio 2009, mentre l'S. 1813 a novembre 2009: l'S. 1813 ha iniziato l'esame subito dopo che nell'ottobre 2009 l'S. 1193 è stato approvato in sede deliberante al Senato.

Sull'originario S. 1193 è poi seguito un lungo esame alla Camera che ha portato a un nuovo testo (S. 1361, *Disposizioni a favore della costruzione e della ristrutturazione degli impianti sportivi*, 4 febbraio 2009). Sono state apportate numerose modifiche al testo del Senato, soprattutto sul piano delle autorizzazioni. Ciò ha, peraltro, spinto le Commissioni lavori pubblici e ambiente a sollevare un conflitto di competenza ritenendo di dover essere coinvolte nell'esame di questo "nuovo" testo. La Presidenza del Senato ha mantenuto l'assegnazione originaria, cioè solo alla 7a Commissione, ma sono comunque emersi diversi problemi. Prima di tutto, la preoccupazione del Ministero per i beni e le attività culturali, che chiedeva garanzie sul piano delle autorizzazioni rispetto alla realizzazione delle opere infrastrutturali connesse con gli impianti sportivi. Inoltre, una spaccatura del Partito Democratico: una parte del partito era contro il testo approvato dalla Camera perché troppo possibilista verso le opportunità di edificazione connesse e, quindi, suscettibile di avvallare scempi al paesaggio, in nome di una logica commerciale. Infine, una fase di stallo nel Popolo della Libertà che addirittura considerava il testo della Camera eccessivamente rigido per gli imprenditori interessati e non idoneo a creare degli incentivi.

In sostituzione di questo disegno di legge è stata depositata nel settembre del 2013 una nuova proposta, d'iniziativa dei deputati Nardella, Fossati e altri, sostenuta da un consenso bipartisan e con il placet del mondo sportivo (CONI in particolare). Questa, tuttavia, è stata superata dalla proposta del governo inserita nella Legge di stabilità 2014.

<sup>41</sup> *Supra* nota 40.

<sup>42</sup> Disegno di Legge di stabilità 2014, *Emendamento relativo all'ammodernamento e allo sviluppo dell'impiantistica sportiva*, A.C. 1685, Relazione illustrativa.

<sup>43</sup> *Infra* par. 5.1.

<sup>44</sup> *Infra* par. 5.2., 5.3, 5.4.

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

vestitori, pubblici o privati<sup>45</sup>, con risvolti per le amministrazioni stesse, in particolare sotto il profilo dei margini di discrezionalità delle decisioni amministrative.

### 5.1. *L'ambito di applicazione della disciplina: una promessa mancata*

Per capire l'effettivo impatto che le novità normative hanno avuto sui nuclei di interessi dei soggetti coinvolti e la loro efficacia rispetto agli obiettivi connessi al diritto allo sport e al rilancio economico, è necessario anzitutto individuare l'ambito oggettivo di applicazione della normativa vigente.

Le relazione di accompagnamento al disegno di legge presentato nel settembre del 2013 chiariva, in via di premessa, l'intento dei promotori: «[n]on definiamola pertanto, sbrigativamente, “legge stadi”. Non abbiamo messo a punto questa norma pensando solo agli stadi e quindi al calcio ed alla sua filiera di legittimi interessi. Abbiamo elaborato questo testo pensando a tutto il mondo dello sport, e quindi di sport meno praticati rispetto al calcio le cui strutture soffrono spesso maggiori difficoltà in termini di sostenibilità e gestione»<sup>46</sup>. Il disegno di legge prima e la legge poi dovevano contribuire a regolare e incoraggiare l'iniziativa privata non solo per grandi progetti infrastrutturali, quali quelli di ristrutturazione e costruzione degli stadi, ma anche per i progetti di recupero, ammodernamento ed eventuale edificazione di impianti di piccole e medie dimensioni che assolvessero alla fondamentale funzione di garantire un'offerta sportiva ugualmente distribuita su tutto il territorio nazionale.

La disciplina poi varata nella Legge di stabilità ha in parte disatteso queste premesse. L'ambito oggettivo di applicazione è, infatti, chiaramente individuato facendo riferimento a due categorie di impianti: quelli omologati per un numero di posti a sedere pari o superiori a 500 al coperto o a 2.000 allo scoperto e quelli omologati per un numero di posti a sedere pari o superiore a 4.000 al coperto e 20.000 allo scoperto<sup>47</sup>. Gli impianti a cui si riferisce la nuova disciplina sono, quindi, di medio-grandi dimensioni, tali da prevedere la presenza di spettatori e destinati prevalentemente all'accesso di atleti agonisti.

Rimangono fuori le molte realtà minori, spesso in stato di degrado e abbandono o del tutto assenti sul territorio, più idonee dei grandi impianti

<sup>45</sup> *Infra* par. 5.4.

<sup>46</sup> Disegno di Legge di stabilità 2014, *Emendamento relativo all'ammodernamento e allo sviluppo dell'impiantistica sportiva*, A.C. 1685, Relazione illustrativa.

<sup>47</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. c).

a garantire un uso degli impianti sportivi attivo, e non solo passivo (da spettatori), e “a dimensione” del cittadino comune, più che dell’atleta professionista.

Questo rapporto tra disciplina generale e speciale è regolato da tre passaggi della Legge di stabilità. In primo luogo, la Legge si applica «agli impianti di cui alla lettera c) del presente comma»<sup>48</sup>, ossia gli impianti omologati per un minimo di 500 posti al coperto o 2.000 allo scoperto. In secondo luogo, con riferimento alla procedura ad evidenza pubblica necessaria per realizzare questi tipi di impianti, è stabilito che per tutti gli aspetti non contemplati dalla legge «[s]i applicano, in quanto compatibili, le previsioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di finanza di progetto»<sup>49</sup>. In terzo luogo, per impianti più piccoli la disciplina applicabile è quella ordinaria e generale del *project financing*: «resta salvo il regime di maggiore semplificazione previsto dalla normativa vigente in relazione alla tipologia o dimensione dello specifico intervento promosso»<sup>50</sup>.

L’ambito di applicazione circoscritto della Legge di stabilità crea, quindi, un doppio binario nella disciplina del *project financing* degli impianti sportivi. Alle proposte di *project financing* per impianti di medie e grandi dimensioni (il limite minimo è l’omologazione per un numero di posti pari o superiore a 500 posti) si applicano le disposizioni speciali contenute nella Legge di stabilità e per gli aspetti da questa non contemplati le rilevanti norme del Codice dei contratti pubblici, come emendate dalle recenti riforme in materia.

Alle procedure di finanza di progetto relative alla ristrutturazione o costruzione di qualsiasi altro tipo di impianto sportivo si applicano le norme sulla finanza di progetto del Codice dei contratti pubblici nella versione modificata dai vari decreti che si sono succeduti dal 2011 in poi.

La portata della tanto auspicata riforma in materia di impianti sportivi è, dunque, più limitata delle attese e, d’altra parte, deve essere letta congiuntamente alle riforme generali in materia di finanza di progetto.

## 5.2. *Le nuove procedure della finanza di progetto per gli impianti sportivi: profili problematici*

Le innovazioni di carattere procedurale introdotte nel Codice dei contratti pubblici dai recenti decreti, integrate da quelle previste specificata-

<sup>48</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304.

<sup>49</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. d).

<sup>50</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. e).

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

mente in materia di impianti sportivi dalla Legge di stabilità del 2014, hanno avuto l'obiettivo principale di incoraggiare l'iniziativa privata e, quindi, in via subordinata a questo scopo, di semplificare i passaggi della procedura, fornire opportunità di investimento anche al di fuori di quelle programmate dalle amministrazioni e dare incentivi di tipo premiale agli operatori economici che assumono l'iniziativa.

Nel complesso le riforme individuano tre possibili procedure di *project financing* per gli impianti sportivi, che possono essere distinte in base ad alcuni criteri: quello dell'iniziativa, ovvero se la procedura si apre ad iniziativa dell'amministrazione o dei privati; quello della struttura, in una o più fasi; quello degli incentivi, ossia la presenza o meno di incentivi per il privato; quello dell'ambito di applicazione.

Sulla base di questi criteri è possibile individuare gli elementi principali delle varie procedure. Una prima, di base, prevista dal Codice dei contratti pubblici, è, ad iniziativa dell'amministrazione, monofasica senza incentivi derivanti dalla previsione di diritti di prelazione, e può applicarsi alla realizzazione di qualsiasi tipo di impianto sportivo, purché previsto nella programmazione triennale. Una seconda, ancora disciplinata dal Codice dei contratti pubblici e soggetta a diverse modifiche in base alle recenti riforme, è, ad iniziativa del privato, bifasica con l'annessione di diritti di prelazione, applicabile al *project financing* di infrastrutture sportive non previste nella programmazione, purché omologate per un numero di posti inferiore a 500 al coperto e 2000 allo scoperto o che non prevedono del tutto posti a sedere. Infine la procedura *ad hoc*, introdotta dalla Legge di stabilità, è iniziata su impulso del privato, si articola in tre fasi, prevede diritti di prelazione a favore del proponente, ma anche limiti derivanti dalla tutela dell'ambiente e del territorio, viene utilizzata per la realizzazione o l'ammodernamento di impianti sportivi omologati per un numero di posti uguale o superiore a 500 al coperto e 2.000 allo scoperto.

### A) *La procedura di base*

La procedura di base del *project financing* è disciplinata dall' art. 153, co. 1-18 del Codice dei contratti pubblici, e si caratterizza per la necessaria previsione dell'intervento nel programma triennale<sup>51</sup>, per l'iniziativa dell'amministrazione nell'elaborazione dello studio di fattibilità<sup>52</sup> per la successiva

<sup>51</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 1.

<sup>52</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 1, 2, 2-bis, 3, 7.

valutazione<sup>53</sup> e aggiudicazione<sup>54</sup> da parte della stessa amministrazione delle proposte presentate in gara. In sintesi l'amministrazione affida una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità che essa stessa ha redatto per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, ad esempio la costruzione di un impianto sportivo, e sceglie attraverso una procedura ad evidenza pubblica un promotore che dovrà aver presentato un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione<sup>55</sup>.

B) *Oltre la programmazione: la procedura a iniziativa del privato e i diritti di prelazione*

Una seconda procedura si caratterizza per un'articolazione più complessa: nasce dall'iniziativa del privato che redige una proposta; questa viene valutata dall'amministrazione; in caso di valutazione positiva, essa viene posta a base di una procedura di gara che viene aggiudicata a un soggetto concessionario, anche diverso dal promotore; permane, tuttavia, la possibilità per il promotore di esercitare un diritto di prelazione.

Rispetto alla procedura di base, vi sono, quindi, tre differenze sostanziali: la possibilità che gli operatori economici presentino proposte di *project financing* anche per la realizzazione di opere non contemplate dalla programmazione; la possibilità per gli stessi di diventare titolari di un diritto di prelazione sull'assunzione delle relative obbligazioni contrattuali; in conseguenza delle prime due, una strutturazione della procedura di *project financing* in due fasi (una prima di presentazione della proposta e valutazione da parte dell'amministrazione, una seconda di gara), anziché in una sola.

Queste novità sono, in realtà, l'ultima tappa di un'evoluzione normativa che ha gradualmente visto ridursi il ruolo delle amministrazioni nella individuazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità da realizzare in *project financing*, a fronte dello speculare espandersi dell'iniziativa privata.

Nella versione originaria del Codice dei contratti pubblici la finanza di progetto poteva riguardare solo opere inserite nel documento di programmazione triennale o in altri strumenti di programmazione che fossero formalmente approvati dall'amministrazione appaltatrice e che si basavano sugli indirizzi programmatici del Ministero competente. L'apporto del privato stava nel predisporre una proposta per la realizzazione di

<sup>53</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 4-5.

<sup>54</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co.10-11.

<sup>55</sup> D. lgs. N. 163/2006, art. 153, co. 9.



## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

un'opera che già l'amministrazione aveva individuato come necessaria. La proposta doveva contenere, tra gli altri elementi, uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione e un piano economico-finanziario. Ciò, peraltro, non comportava un obbligo dell'amministrazione di valutare le proposte<sup>56</sup>.

Il d.lgs. n. 152/2008 ha parzialmente innovato questo sistema. Da un lato, infatti, ha mantenuto l'obbligo di prevedere tutti gli interventi finanziabili con capitali privati già nel documento di programmazione triennale e nell'elenco annuale di lavori ovvero in altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice. Dall'altro, ha introdotto una novità, consentendo agli operatori economici di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale<sup>57</sup>. Tuttavia, a differenza delle proposte relative a opere programmate, quella per la realizzazione di opere non contemplate negli strumenti di programmazione consisteva esclusivamente in uno studio di fattibilità. Le amministrazioni avevano l'obbligo di valutare tali studi entro un termine di sei mesi e, nel caso li avessero valutati positivamente, li avrebbero inseriti nella programmazione triennale<sup>58</sup>. Ciò non dava diritto all'operatore economico che avesse presentato gli studi ad alcun compenso.

La recente riforma, introdotta con il decreto *Cresci Italia*, rafforza l'autonomia dei privati rispetto agli indirizzi politici e alla programmazione amministrativa. È confermato che gli operatori economici possono presen-

<sup>56</sup> Cfr. l. n. 109/1994, art. 37-bis, co. 1, inserito dalla l. n. 415/1998. In virtù di questo articolo, ancora nel 2008, la giurisprudenza amministrativa ha, per esempio, negato la legittimità delle dichiarazioni di pubblico interesse, necessaria per attivare il *project financing*, di un'opera infrastrutturale autostradale non contemplata in una delibera del Cipe rilevante nella specie come determinazione programmatica: «[i]l presupposto imprescindibile [...] affinché una proposta di *project financing* possa essere validamente presentata da un promotore ed essere eventualmente dichiarata di pubblico interesse dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 37-ter della legge 109/94, è che l'opera cui la proposta stessa si riferisce sia specificamente contemplata in uno strumento programmatico debitamente e legittimamente approvato» (così in Tar Lazio, III, 22 luglio 2008, n. 7219, par. 5).

Questo al fine, evidentemente, di evitare la presentazione estemporanea di progetti relativi ad opere per le quali l'Amministrazione non abbia già autonomamente e preventivamente valutato la necessità e il relativo interesse pubblico realizzativo nel settore di riferimento.

<sup>57</sup> D. lgs. n. 152/2008, art. 1, co. 19.

<sup>58</sup> *Ibid.*

tare proposte per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità in *project financing*, ma sono inserite alcune novità di rilievo<sup>59</sup>.

La prima è relativa al contenuto della proposta: laddove in precedenza questa consisteva esclusivamente in uno studio di fattibilità, attualmente si compone di un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. È, quindi, ben più articolata, definita e sostanzialmente equiparata a una proposta relativa a opere programmate.

La seconda novità, collegata con la prima, sta nell'uso che l'amministrazione può fare di questa proposta: rimane l'obbligo di valutarla, seppure con un termine abbreviato di sei mesi, e la possibilità di inserirla nella programmazione triennale o in altri strumenti di programmazione; ma diversamente che in precedenza, la proposta, nella veste in cui è presentata dal privato ed è da lui eventualmente modificata su indicazione dell'amministrazione, può essere assunta a base della gara per l'affidamento della concessione. L'input del privato, quindi, può dare luogo a una procedura relativa all'acquisizione di una prestazione i cui contenuti sono definiti dal privato stesso e non semplicemente abbozzati in uno studio di fattibilità.

La terza novità consiste nei diritti che sorgono in capo all'operatore economico che ha presentato la proposta: mentre vigente la precedente disciplina il privato che presentava lo studio di fattibilità non acquisiva nessun particolare diritto, attualmente l'operatore economico in qualità di promotore ha il diritto di esercitare un diritto di prelazione anche dopo l'aggiudicazione e se si impegna ad adempiere alle obbligazioni contrattuali offerte dall'aggiudicatario.

La riforma, quindi, realizza obiettivi interni ed esterni all'amministrazione. Tra gli obiettivi interni, l'amministrazione potrà giovare dell'apporto propositivo del privato che dà un contributo innovativo rispetto all'ordinaria programmazione.

Tra gli obiettivi esterni, gli operatori economici hanno il vantaggio di non dover raccogliere solo le opportunità infrastrutturali individuate dall'amministrazione e la possibilità di esplicare la loro libertà di iniziativa economica in modo più attivo e propositivo. Inoltre, per il fatto stesso di esercitare questa libertà diventano titolari di diritti che li avvantaggiano rispetto ai concorrenti. Ciò dovrebbe funzionare come incentivo all'iniziativa economica stessa e alimentare l'indotto produttivo che dalla realizzazione delle proposte dovrebbe scaturire.

<sup>59</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 153, co. 19, come modificato dal d.l. n. 1/2012, art. 59-bis, co. 1 (poi convertito in l. n. 134/2012).

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

Dal punto di vista formale il centro decisionale rimane sempre l'amministrazione sia nelle ipotesi di opere programmate che non, ma con una sostanziale differenza rispetto alla disciplina precedentemente in vigore che prevedeva solo la procedura di base: la funzione amministrativa si riduce passando da essere una funzione programmatoria esercitata in via esclusiva e, in un secondo momento, di valutazione delle proposte rispetto al parametro dell'interesse pubblico, a essere una funzione programmatoria integrata, in quanto la stessa programmazione è suscettibile di essere interpolata dall'iniziativa privata, sebbene l'interpolazione possa esservi dopo una verifica della rispondenza della proposta all'interesse pubblico. L'amministrazione è, quindi, chiamata sempre meno a una individuazione *ex novo* ed *ex ante* delle esigenze di pubblico interesse e delle opere idonee a soddisfare queste esigenze e sempre più a una mera verifica *ex post* e caso per caso della rispondenza all'interesse pubblico di alcune opere proposte dai privati. La riforma accentua questa tendenza, già emersa con il d.lgs. del 2008, favorendo il moltiplicarsi dei casi in cui questo meccanismo viene ritenuto conveniente dal privato, per via del diritto di prelazione che si connette alla proposta.

A questo meccanismo, tuttavia, possono essere associati dei rischi di 'cattura' dell'amministrazione da parte di operatori economici. L'effetto, peraltro, viene potenziato dalla previsione della cessione della proprietà o del diritto di godimento su beni pubblici anche non strumentalmente legati all'opera da realizzare<sup>60</sup> e che possono attirare operatori economici i cui obiettivi sconfinano nella speculazione edilizia a scapito delle reali esigenze della collettività e del rispetto dei vincoli ambientali.

### C) *La procedura a iniziativa del privato per impianti sportivi di medie e grandi dimensioni*

È stato anche per rispondere a questi rischi che la Legge di stabilità ha introdotto una procedura *ad hoc* per progetti di impianti sportivi di medie e grandi dimensioni che include anche previsioni pensate per coniugare i vantaggi economici del *project financing* ai fini di crescita e sviluppo con le necessità legate al godimento del diritto allo sport e la tutela del territorio e dell'ambiente<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> *Infra* par. 5.3.

<sup>61</sup> A questo proposito Delrio, ministro nel governo Letta con delega allo Sport, nell'anticipare la riforma, ha «[s]ottolinea[to] [...] l'importanza di assicurare il rispetto dell'ambiente e la rigenerazione dei tessuti urbani, nonché di utilizzare le sinergie tra pubblico e pri-

La struttura di questa procedura si articola sulla falsa riga della procedura a istanza di parte prevista dal Codice dei contratti pubblici, ma ne differisce sotto diversi aspetti. Un operatore economico che intenda realizzare un intervento di costruzione o ammodernamento di un impianto sportivo di medie o grandi dimensioni deve presentare al Comune uno studio di fattibilità, corredato di un piano economico-finanziario e dell'accordo di una o più associazioni o società sportive che lo utilizzeranno in via prevalente. L'amministrazione comunale, previa conferenza dei servizi preliminare, dovrà dichiarare il pubblico interesse della proposta contenuta nello studio di fattibilità entro un termine di 90 giorni<sup>62</sup>. La valutazione del pubblico interesse dello studio di fattibilità è legata al contenuto dell'intervento: «[L]o studio di fattibilità non può prevedere altri tipi di intervento, salvo quelli strettamente funzionali alla fruibilità dell'impianto e al raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e concorrenti alla valorizzazione in termini sociali, occupazionali ed economici del territorio e comunque con esclusione della realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale»<sup>63</sup>.

Sulla base di quest'approvazione, inizia una seconda fase in cui il privato presenta un progetto definitivo e su questo l'amministrazione, previa conferenza dei servizi decisoria a cui sono chiamati a partecipare tutti i soggetti competenti sul progetto, può chiedere modifiche e procedere all'approvazione definitiva entro 120 giorni dalla presentazione del progetto. Il provvedimento finale sostituisce ogni autorizzazione o permesso necessario per la realizzazione dell'opera e costituisce dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza<sup>64</sup>.

Infine, una terza fase, solo eventuale, si ha nel caso di interventi da realizzare su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti. In questa ipotesi il progetto approvato è fatto oggetto di una procedura ad evidenza pubblica, da concludersi entro 90 giorni dalla sua approvazione. Il promotore che non risulti aggiudicatario può esercitare un diritto di prelazione sul contratto divenendone aggiudicatario nel caso in cui si dichiara disposto ad assumere gli obblighi contrattuali della migliore offerta presentata<sup>65</sup>.

vato per supplire alla carenza di risorse», così in Senato della Repubblica, 7<sup>a</sup> Commissione permanente, Resoconto sommario n. 39 del 10/10/2013.

<sup>62</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. a).

<sup>63</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. a).

<sup>64</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. b).

<sup>65</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. c).

## **il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi**

Un procedimento così articolato presenta molteplici punti critici, che possono essere raggruppate intorno ai tre nuclei di obiettivi che la riforma si era proposta di realizzare: il rilancio economico, rendendo appetibili questi investimenti attraverso la semplificazione delle procedure e la creazione di incentivi economici per gli operatori di settore; l'ammmodernamento e la costruzione di nuovi impianti sportivi nell'ottica di garantire il diritto allo sport al cittadino comune in modo più ampio ed equamente distribuito sul territorio; la tutela del territorio e dell'ambiente.

Quanto al primo nucleo, la nuova procedura non sembra semplificare, né creare nuovi incentivi per gli operatori economici rispetto alla disciplina vigente del Codice dei contratti pubblici.

Sotto il profilo della semplificazione, infatti, nell'ipotesi in cui gli interventi debbano essere realizzati su aree di proprietà privata o riguardino impianti pubblici esistenti, si introduce un procedimento autorizzatorio che si caratterizza per essere lungo, multi-fase e connotato da un esercizio significativo di discrezionalità amministrativa: solo i tempi amministrativi sono, al minimo, 90 più 120 giorni, a cui dovranno aggiungersi quelli variabili connessi con la presentazione di una bozza di proposta (studio di fattibilità, piano economico-finanziario ecc.) e quelli necessari alla preparazione di una proposta definitiva. Lo stesso privato è, inoltre, tenuto alla preparazione di due documenti, un progetto preliminare e uno definitivo, laddove in entrambe le procedure previste dal Codice dei contratti pubblici si chiede ormai la presentazione di un solo progetto definitivo. Nella procedura per gli impianti sportivi la discrezionalità amministrativa viene esercitata in un doppio passaggio valutativo che si riferisce però a una proposta proveniente da un unico operatore economico. Nella procedura di base, invece, la valutazione viene effettuata una volta e in quella ad istanza di parte due volte. In quest'ultimo caso, però, ha ad oggetto la proposta e le offerte di vari operatori economici.

Le proposte passano attraverso il vaglio di due conferenze di servizi, preliminare e decisoria, con la seconda che ha la facoltà di chiedere modifiche e a cui partecipano "tutti i soggetti ordinariamente titolari di competenze in ordine al progetto presentato"; moltiplicandosi i soggetti con diritto di partecipazione tendenzialmente aumenta anche la complessità e la lunghezza del processo decisionale.

Nell'ipotesi di interventi da realizzare su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti, a queste due fasi se ne aggiunge una terza, caratterizzata dall'evidenza pubblica e che nelle linee generali non si discosta dall'analoga procedura prevista nel Codice dei contratti pubblici. Non è, quindi, previsto alcun rilevante intervento di semplificazione della proce-

dura che anzi nel complesso viene aggravata dalla presenza delle due fasi antecedenti.

Parimenti gli incentivi legati alla presentazione di una proposta consistono essenzialmente nel diritto di prelazione. Dunque nulla si aggiunge rispetto alle novità già introdotte dal *Decreto Crescita* nei casi di procedure in *project financing* iniziate a istanza di parte.

Quanto al nucleo degli obiettivi legati al diritto allo sport, la riforma tocca principalmente impianti di medie o grandi dimensioni e destinati, da un lato, all'utilizzo «in via prevalente»<sup>66</sup> da parte di associazioni o società sportive, e dunque di atleti professionisti, dall'altro a una fruizione per lo più passiva – in qualità di spettatore dell'evento sportivo – del cittadino comune. La stessa individuazione dell'impianto sportivo attraverso il criterio dell'omologazione per numero di posti a sedere conferma questa interpretazione.

Inoltre, mentre la costruzione e l'ammodernamento degli impianti sono, secondo la nuova disciplina, sottoposti a vincoli diretti alla tutela dell'ambiente e del territorio, non incontra, invece, limiti particolari l'attività di gestione del servizio. Lungi dal garantire un livello minimo della prestazione e dall'assicurare un accesso all'infrastruttura sportiva da parte di tutti i cittadini senza distinzioni legate al reddito, il legislatore avvallava un'idea di offerta sportiva che non è in linea con l'interpretazione dello sport come bene meritorio connesso a un diritto di rango costituzionale. Dunque i problemi che emergono con chiarezza dalle statistiche sugli impianti sportivi, ovvero la scarsa e diseguale presenza sul territorio di impianti idonei a garantire in modo capillare e potenzialmente egualitario il diritto allo sport non solo non vengono risolti, ma vengono potenzialmente acuiti.

Quanto al terzo nucleo di interessi, quelli alla tutela dell'ambiente e del territorio, il legislatore ha specificato che deve esservi un nesso funzionale tra gli interventi infrastrutturali da un lato e la fruibilità dell'impianto e il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa dall'altro: si impone un vincolo teleologico in base a cui gli interventi previsti nello studio di fattibilità devono essere strettamente funzionali a questi due obiettivi in modo congiunto. E comunque è esclusa la realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale. Negli intenti degli estensori della legge<sup>67</sup> queste previsioni dovrebbero scongiurare il rischio paventato da più parti che una disciplina *ad hoc* sul *project financing* degli impianti

<sup>66</sup> Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 304, lett. a).

<sup>67</sup> L'inserimento di questi emendamenti è stato oggetto di un acceso dibattito in Parlamento e frutto di un compromesso.

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

sportivi si tramuti in un lasciapassare per speculazioni edilizie che niente hanno a che fare con gli obiettivi originari della legge.

A ben vedere, tuttavia, l'attuale formulazione dei limiti entro cui gli operatori economici devono contenersi nella progettazione dell'intervento infrastrutturale non raggiungono appieno gli obiettivi sperati e rimane un margine di valutazione e interpretazione all'amministrazione entro il quale possono essere inseriti proprio quegli interventi con finalità speculative che si volevano evitare.

Due dati letterali sono significativi sotto questo profilo. Il primo attiene alla nozione di fruibilità. Questa rimanda alla possibilità di concepire l'intervento in modo che esso risponda «a criteri di facilità e semplicità d'uso, di efficienza, di rispondenza alle esigenze dell'utente, di gradevolezza e di soddisfazione nell'uso [...]»<sup>68</sup>. In questa accezione è lo stesso concetto di fruibilità che allenta il nesso di funzionalità fino a farvi includere molti tipi di interventi infrastrutturali, non necessariamente di edilizia residenziale: per esempio, interventi relativi alla predisposizione di una rete stradale idonea a garantire un accesso facile e diretto all'impianto, o alla costruzione di edilizia con finalità non residenziali, ma commerciali per ospitare esercizi privati, quali negozi e punti di ristoro connessi con l'attività svolta nell'impianto sportivo, o ancora edilizia per uffici.

Ma a questo si aggiunge anche il requisito del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario. Come si vedrà più approfonditamente in seguito<sup>69</sup>, la formula è la stessa adoperata per il trasferimento a un concessionario del diritto di proprietà o di altri diritti reali su beni pubblici e costituisce un requisito che potrà dirsi soddisfatto non solo e non tanto sulla base di una valutazione dell'amministrazione, quanto di una pretesa del privato. Sebbene, infatti, potrà essere l'amministrazione a definire formalmente quando questo equilibrio economico-finanziario è raggiunto, sarà pur sempre il privato a portare avanti o fermare l'operazione sulla base di considerazioni di propria convenienza economica, dipendendo

<sup>68</sup> La definizione è tratta dal D.P.R. n. 75/2005, in attuazione della l. n. 4/2004, recante disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici. La fruizione è anche un concetto cardine nella disciplina dei beni culturali. Da Giannini (M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni, 1963; Id., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 5 ss.) e prima ancora da Calamandrei (P. Calamandrei, *Immobili per destinazione*, in *Foro It.*, 1933, 1722 ss.) è partita l'elaborazione del bene culturale come bene non di "appartenenza", ma di "fruizione", sottoposto al concorso del dominio del proprietario con il dominio utile pubblico. Nozione che è poi stata ampiamente recepita dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. lgs. n. 42/2004, art. 1, co. 3-4; art. 2, co. 4; art. 3, co. 1; art. 6, co. 1).

<sup>69</sup> *Infra*, par. 5.3.

dal privato piuttosto che dall'amministrazione l'effettiva realizzazione dell'opera infrastrutturale. L'effetto di questo requisito è, peraltro, potenziato dalla scelta di inserirlo non alternativamente ma congiuntamente a quello della fruibilità per cui la previsione di "altri tipi di intervento" deve soddisfare entrambi.

### 5.3. La cessione dei beni senza vincolo di strumentalità

Già dal 2002 con l'obiettivo di rendere più appetibile gli investimenti in *project financing* erano state previste forme di cessione del diritto di proprietà o di altri diritti reali sui beni pubblici a titolo di controprestazione a favore del concessionario.

La l. n. 166/2002 era intervenuta modificando la Legge quadro in materia di lavori pubblici del 1994<sup>70</sup> e stabilendo che le amministrazioni potevano cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione fosse strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvevano più a funzioni di interesse pubblico<sup>71</sup>. Questa stessa formulazione era stata poi recepita dal Codice dei contratti nel 2006<sup>72</sup>.

La condizione essenziale perché le amministrazioni potessero cedere beni patrimoniali disponibili era la presenza di un nesso di strumentalità o, più in generale, di connessione tra questi beni e la prestazione oggetto della concessione. La cessione doveva, cioè, avere una doppia giustificazione: una necessaria, ma non sufficiente, ovvero fungere da controprestazione; e una integrativa della prima, l'esistenza dimostrabile ai fini di contabilità pubblica della strumentalità della cessione.

In questo senso, nonostante il passaggio della titolarità del diritto di proprietà o reale da un soggetto pubblico a uno privato, si garantiva la soddisfazione di un interesse pubblico, che però era diretta nel caso in cui la titolarità fosse rimasta in capo all'amministrazione, mentre indiretta e mediata dall'attività del privato nell'altro caso.

Quindi, da una parte, all'amministrazione spettava la valutazione se l'interesse pubblico fosse perseguito più opportunamente ed efficacemente attraverso la distrazione di alcuni beni immobili dalla proprietà pubblica. D'altra, la scelta discrezionale dell'amministrazione si ancorava ai criteri giu-

<sup>70</sup> L. n. 109/1994.

<sup>71</sup> L. n. 166/2002, art. 7, co. 1, lett. l), che modifica l. n. 109/1994, art. 19.

<sup>72</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 143, co. 5.



## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

stificativi di cui si è detto sopra e che rappresentavano i limiti posti all'esercizio della discrezionalità.

Le maglie della discrezionalità si allargano con le riforme del 2011-2012. Il d.l. n. 201/2011<sup>73</sup>, poi sostituito dal d.l. n. 1/2012<sup>74</sup>, modifica l'art. 143, co. 5 del Codice dei contratti pubblici e ridisciplina le condizioni per il trasferimento di diritti di proprietà o altri diritti reali sui beni immobili rientranti nel patrimonio disponibile dello Stato. L'attuale versione di questo articolo stabilisce che «[l]e amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione»<sup>75</sup>. Viene meno il vincolo della stretta strumentalità o connessione con l'opera da affidare in concessione e si introduce un più generale concetto di equilibrio economico-finanziario che si riferisce non già all'opera in sé, ma alla convenienza patrimoniale del privato a fronte delle prestazioni che gli si richiedono. La cessione della proprietà o di altri diritti reali può avere come oggetto beni diversi e ulteriori rispetto a quelli necessari per la realizzazione dell'opera poiché il trasferimento di questi ha una funzione principalmente compensativa del privato e, di più, obiettivi di incentivazione agli investimenti.

In precedenza, quindi, il bilanciamento tra l'interesse a non distrarre dal patrimonio statale risorse della collettività e quello alla realizzazione di un'infrastruttura era determinato dai limiti della *necessarietà materiale*: la diminuzione del patrimonio pubblico era ammessa solo se *in concreto* strettamente necessaria alla realizzazione di un'opera altrettanto pubblica o di pubblico interesse. Sulla base di questa logica, per esempio, poteva essere ammesso il trasferimento del diritto di proprietà su un terreno sul quale veniva progettata la costruzione di uno stadio. Il rapporto di priorità tra l'obiettivo del mantenimento dell'integrità del patrimonio pubblico e

<sup>73</sup> D. l. n. 201/2011, art. 42, co. 1. Poi convertito in l. n. 214/2011.

<sup>74</sup> D.l. n. 1/2012, art. 50, co. 1, lett. a), n. 1. Poi convertito in l. n. 27/2012.

<sup>75</sup> D. lgs. n. 163/2006, art. 143, co. 5. Comma prima sostituito dall'art. 42, co. 1, d.l. n. 201/2011 (conv. in l. 214/2011) e poi sostituito dall'art. 50, co. 1, lett. a), n.1 del d.l. n. 1/2012. Da ultimo ancora modificato dal d.l. 21 giugno 2013 convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. La modifica del 2012, però, aggiunge solo una parte finale relativa al possesso di autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta ecc. da parte del soggetto concedente, mentre non introduce novità rispetto ai requisiti richiesti per la cessione della proprietà o altri diritti reali sui beni immobili.

quello della costruzione della infrastruttura era nel senso che i due avevano peso equivalente o addirittura il primo superiore al secondo.

In un contesto di scarsità di risorse in cui si punta a un rilancio dell'economia nazionale e incentivazione dell'iniziativa privata la nuova disciplina risponde a un rapporto di priorità invertito in cui l'obiettivo della costruzione dell'infrastruttura, a cui si annettono quelli dei sviluppo, crescita e lavoro, è prioritario rispetto al mantenimento dello *status quo* sulla proprietà immobiliare pubblica. Il rapporto tra questi due interessi non è, quindi, di stretta necessità materiale, ma di *necessarietà semplice* nella misura in cui il trasferimento del titolo di proprietà o di altro diritto reale è necessario non alla realizzazione concreta dell'opera, ma a che il privato ritenga lo scambio tra prestazione e controprestazione un affare particolarmente proficuo per sé e, quindi, decida di intraprenderlo. Il trasferimento ha, infatti, a oggetto anche beni che non servono al concessionario a realizzare l'opera infrastrutturale, ma che, entrando nel suo patrimonio, gli porterebbero un arricchimento o un'opportunità di impresa tale da rendere conveniente tutta l'operazione di costruzione dell'infrastruttura. In base a questa disciplina, per esempio, un'amministrazione può affidare in concessione la realizzazione di uno stadio e, allo stesso tempo, offrire al concessionario il trasferimento del diritto di proprietà su un terreno edificabile su cui non verrà costruito lo stadio, ma che potrà servire al concessionario per costruirvi edilizia.

In questo caso i limiti alla discrezionalità della amministrazione vengono non da una forma di indirizzamento e contenimento delle scelte amministrative sulla base delle esigenze della collettività, come nel caso della necessità materiale, ma dalle pretese del privato o di alcuni privati che condizionano la scelta amministrativa. C'è un apparente allentamento dei criteri sulla base dei quali le amministrazioni fanno le proprie scelte, ma in realtà questi criteri non si allentano e piuttosto si fondano su un rapporto di priorità invertito.

Rispetto a questa prospettiva sono state sollevate da più parti osservazioni critiche. In primo luogo, in una condizione di assenza di risorse pubbliche e necessità di rilancio delle attività economiche di cui i poteri pubblici devono farsi carico, le amministrazioni rischiano di essere fortemente condizionate nelle proprie scelte non dell'obiettivo dell'interesse pubblico, ma dalle richieste di alcuni privati costruttori esorbitanti un economicamente equo scambio di prestazioni, facendo così venire meno nel lungo termine per l'amministrazione i vantaggi derivante dal ricorso al *project financing*.

In secondo luogo, il trasferimento dei diritti di proprietà su beni non legati all'opera oggetto del bando e che consistono in terreni edificabili

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

pongono le basi per possibili speculazioni edilizie da parte del concessionario con i relativi rischi per la tutela del territorio e dell'ambiente a cui, come visto, le nuove procedure di *project financing* mettono sono parzialmente rimedio.

A fronte, però, di un bilanciamento degli interessi fissato in via legislativa che, con finalità di sviluppo e crescita, cerca di favorire la convenienza del privato, permangono comunque i vincoli derivanti dai regimi speciali che si applicano alle varie tipologie di beni pubblici a presidio dell'interesse pubblico e le interpretazioni giurisprudenziali che ne sono state fatte.

Consultata su una questione relativa al trasferimento a una società privata di un diritto di superficie su uno stadio per la ristrutturazione di questo da parte della stessa società<sup>76</sup>, la Corte dei conti ha stabilito le modalità con cui un'amministrazione – nella fattispecie un Comune – può procedere a questo trasferimento<sup>77</sup>.

Ha, infatti, affermato che tanto per il trasferimento di diritti sui beni patrimoniali indisponibili che per quello sui beni disponibili, l'interesse pubblico deve fungere da parametro di riferimento della scelta amministrativa. Sia nel deliberare il trasferimento di un bene nella categoria del patrimonio disponibile (nel caso di beni inizialmente indisponibili), sia nell'individuare delle concrete modalità di valorizzazione di un bene nella propria disponibilità, la discrezionalità di un'amministrazione incontra due limiti: “da un lato, il bene di proprietà comunale può essere inserito nel piano delle alienazioni e valorizzazioni solo in quanto non è più funzionale alle finalità istituzionali dell'Ente locale; dall'altro, la dismissione e le altre modalità di

<sup>76</sup> Il caso è quello della il Comune di Udine che valutava l'ipotesi di iniziare una procedura che, previo l'inserimento dello stadio comunale e delle aree ad esso pertinenti e funzionali nel patrimonio disponibile del Comune ai fini del trasferimento del diritto reale di superficie sullo stesso, portasse al trasferimento all'Udinese S.p.A. della proprietà superficaria. Il diritto di superficie veniva trasferito alla Società “allo scopo di favorire un'adeguata, efficace e trasparente attività di ristrutturazione dello Stadio esistente all'atto della sottoscrizione della futura convenzione; pertanto, la costituzione di detto diritto risulterebbe funzionale all'effettiva realizzazione del progetto di ristrutturazione e trasformazione dello Stadio, da presentarsi da parte di Udinese S.p.A; di conseguenza l'esercizio dei diritti propri del superficiario sarebbe inseparabilmente vincolato all'adempimento dell'obbligo, simultaneamente e contestualmente assunto dal medesimo, di realizzare integralmente ed entro i termini prefissati le opere previste nel suddetto progetto. A titolo di corrispettivo per la costituzione e il trasferimento del diritto di superficie, la Società si obbliga a corrispondere al Comune un canone congruo, da definirsi tra le parti” (Corte dei conti, *Deliberazione*, 1 settembre 2011). Nel caso di specie era ancora in vigore la disciplina sulla necessità concreta anteriore al d.l. n. 201/2011 che è poi entrato in vigore l'1 gennaio 2012.

<sup>77</sup> Corte dei conti, *Deliberazione*, 1 settembre 2011.

gestione e valorizzazione del bene [disponibile] devono essere svolte nel rispetto dell'interesse pubblico, ossia dell'interesse alla trasparenza e correttezza della azione della pubblica amministrazione, primariamente soddisfatto dal ricorso a 'strumenti competitivi' per la scelta dei contraenti<sup>78</sup>.

Così gli impianti sportivi che appartengono all'amministrazione, come nel caso di specie lo stadio, rientrano di regola nel patrimonio indisponibile<sup>79</sup> e, dunque, perché possano crearsi su di essi dei diritti reali a favore di terzi devono prima essere trasferiti con atto amministrativo nel patrimonio disponibile. Questo trasferimento è possibile solo se vi è un accertamento della non funzionalità del bene al pubblico scopo o se si intenda sottrarre definitivamente questo bene dalla sua destinazione. Una volta incluso nella categoria dei beni disponibili, lo stadio potrà costituire oggetto di un'operazione di dismissione ai fini della sua valorizzazione solo se questa avverrà nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario e in materia di contratti pubblici e, quindi, attraverso una procedura selettiva ad evidenza pubblica<sup>80</sup>.

Questa soluzione potrebbe, però, non essere sufficiente a garantire l'interesse pubblico nel caso diverso, prospettato con la riforma del 2012, in cui il bene che viene ceduto al terzo non sia l'impianto sportivo stesso, ma un altro bene trasferito per garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione. In queste ipotesi, infatti, la procedimentalizzazione e pubblicizzazione della cessione comunque non metterebbe al riparo da scelte che l'amministrazione può assumere sotto la pressione di interessi economici privati forti.

#### 5.4. *I project bonds per il finanziamento degli impianti sportivi*

Ancora, per superare la reticenza degli istituti creditizi e quindi la difficoltà a reperire finanziamenti, si è da un lato, integrato il *Fondo di garanzia per la fornitura di garanzia sussidiaria a quella ipotecaria per i mutui relativi alla costruzione, all'ampliamento, all'attrezzatura, al miglioramento o all'acquisto di impianti sportivi*, istituito nel 2002 presso l'Istituto di credito sportivo<sup>81</sup>, dall'al-

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Così in Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013.

<sup>80</sup> Corte dei conti, *Deliberazione*, cit. Ma anche Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253; Cons. St., sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235.

<sup>81</sup> Il Fondo è stato istituito con l. n. 289/2002, art. 90, co. 12. Con la Legge di stabilità 2014 è stato integrato con 10 milioni di euro per il 2014, 15 milioni di euro per il 2015 e 20 milioni di euro per il 2016. L'Istituto per il credito sportivo amministra questi importi in

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

tro è stato incentivato l'autofinanziamento attraverso l'emissione di *project bond* e le misure di defiscalizzazione per questo tipo di interventi.

Il d.l. n.1/2012, c.d. Decreto Liberalizzazioni, ha modificato l'art. 157 del Codice dei contratti pubblici<sup>82</sup> stabilendo che le società di progetto o le società titolari di un contratto di paternariato che realizzano un progetto infrastrutturale o un servizio di pubblica utilità possono emettere obbligazioni o titoli di debito destinati alla sottoscrizione di investitori istituzionali. Il flusso di cassa generato dall'opera o dal servizio è destinato a rimborsare il capitale e nel tempo a remunerare gli investitori.

L'obiettivo è attrarre investimenti privati in operazioni di finanza di progetto già nella fase di progettazione, in aggiunta o in sostituzione di finanziamenti bancari e di contributi di natura pubblica che, data la difficile congiuntura economica, non sono disponibili o sufficienti rispetto alle necessità infrastrutturali. La finalità è stata ulteriormente ampliata con il d.l. n. 83/2012 che ha previsto la possibilità di emettere *project bonds* anche per il rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione di opere infrastrutturali o di servizi di pubblica utilità<sup>83</sup>.

Questo finalità giustificano anche la disciplina in parte derogatoria al Codice civile a cui queste obbligazioni sono soggette e che le distingue da quelle societarie, circondandole di una serie di garanzie e facilitazioni sia per le società che emettono i *bonds*, sia per i sottoscrittori i quali si trovano esposti a un rischio maggiore derivante dall'assenza di flussi di cassa nella fase di progettazione.

Da un lato, infatti, gli investitori devono essere soggetti "qualificati", sia privati che pubblici<sup>84</sup>. Dall'altro, per evitare che il rischio dell'operazione ri-

gestione separata «in base ai criteri approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro da lui delegato, sentiti il Ministro dell'interno e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e della Conferenza Stato-città' ed autonomie locali, tenendo conto dell'esigenza di assicurare interventi per la sicurezza strutturale e funzionale degli impianti sportivi e la loro fruibilità', nonché' per il loro sviluppo e ammodernamento» (così in Legge di stabilità 2014, art. 1, co. 303).

<sup>82</sup> L'art. 157 del Codice dei contratti pubblici è stato modificato inizialmente dal D. lgs. n. 6/2007 e successivamente dal D.l. n. 1/2012, art. 41, co. 1 (conv. con modifiche in l. n. 27/2012).

<sup>83</sup> D. l. n. 83/2012, art. 1, co. 5.

<sup>84</sup> I privati per essere qualificati devono possedere l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assumono. Il soggetti pubblici possono essere il Governo della Repubblica, la Banca d'Italia e, su richiesta e a condizione che soddisfino specifici requisiti, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, i comuni, le province

cada interamente sui sottoscrittori, il decreto 7 agosto 2012, attuativo dell'art. 157, co. 3<sup>85</sup>, del Codice dei contratti pubblici, ha previsto la sottoscrizione di una garanzia da parte del sistema finanziario, delle fondazioni, anche a partecipazione pubblica, e dei fondi privati.

Inoltre, ai *bonds* si applica un regime fiscale agevolato che prevede l'esenzione totale per gli investitori residenti nei Paesi che figurano nella c.d. *White list* e un'aliquota al 12,5% pari a quella disposta per i titoli di Stato per tutti gli altri investitori<sup>86</sup>.

Ancora, per rendere quest'opzione più competitiva rispetto al finanziamento bancario, si prevede che su questi interessi non si applichino i limiti di deducibilità dal reddito di impresa che erano previsti dalla l. n. 549/1995<sup>87</sup>.

Infine, le operazioni relative a queste obbligazioni sono assoggettate alle imposte di registro ipotecaria e catastale in misura fissa.

In questo modo, il rischio di investire in obbligazioni la cui remunerazione deriva da un flusso di cassa previsionale, ma non ancora effettivo, dovrebbe essere compensato e portare alcuni rilevanti vantaggi<sup>88</sup>. Tra questi, l'attrazione di capitali privati in investimenti infrastrutturali in cui i principali canali di finanziamento sono ancora i contributi pubblici o prestiti bancari che tuttavia sono venuti meno per via della congiuntura economica sfavorevole. Ma anche, l'impatto positivo in termini di efficienza nell'esecuzione del progetto che dovrebbe avere il controllo esterno del privato investitore la cui convenienza è legata al successo del progetto.

Tuttavia, l'impiego di *project bonds* potrebbe non rivelarsi efficace per le finalità per cui è stato pensato. Dubbi sulla loro effettiva possono essere sollevati sia relativamente alla loro applicazione in generale<sup>89</sup>, sia in particolare con riferimento al settore delle infrastrutture sportive.

In generale, i *project bonds* richiedono il coinvolgimento di molteplici investitori: dalle banche d'affari, chiamate a valutare il progetto, creare e distribuire le obbligazioni, alle agenzie di garanzia tenute a prestare garanzie di ultima istanza, agli investitori stessi. La procedura prevede la partecipa-

le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni, nonché gli enti pubblici nazionali e regionali.

<sup>85</sup> L. n. 135/2012.

<sup>86</sup> Cfr. Agenzia delle entrate, *Circolare 6 marzo 2013*, n. 4.

<sup>87</sup> L. n. 549/1995, art. 3, co. 115.

<sup>88</sup> Per una disamina completa ed esauriente di vantaggi e svantaggi legati ai *project bonds* cfr. A. Police, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*, in questa rivista, 2013, n. 2.

<sup>89</sup> *Ibid.*

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

zione e l'accordo di diversi attori e questo può renderla particolarmente lunga, complessa e difficile da portare a buon fine. Non risolve, quindi, alcuni dei principali problemi del *project financing*<sup>90</sup>, come quello della semplificazione e della riduzione dei tempi della procedura.

Ma è soprattutto con riferimento agli impianti sportivi che l'impiego di questa modalità di finanziamento crea problemi e rischia di risultare inadatto. I *project bonds* sono pensati principalmente per finanziare la realizzazione di progetti infrastrutturali o servizi di pubblica utilità in settori strategici, tra i quali i trasporti (autostrade, ferrovie, aeroporti, porti e trasporti pubblici locali), l'energia (settore fotovoltaico, eolico, rigassificatori, gasdotti, elettrodotti, acquedotti e stoccaggio) e la banda larga. La destinazione pensata dalla norma è, quindi, per grandi infrastrutture che, per il loro valore strategico e la loro entità, siano in grado di generare un rendimento finanziario tale da remunerare gli investitori.

In questa categoria di infrastrutture non rientrano la maggior parte degli impianti sportivi esistenti che necessiterebbero di ristrutturazione, né i progetti di impianti sportivi potenziali idonei a soddisfare in modo capillare sul territorio le necessità dell'offerta sportiva, trattandosi nell'uno e nell'altro caso per lo più di impianti di piccole e medie dimensioni che non risultano particolarmente redditizi.

I *project bonds* potrebbero, invece, avere impiego negli impianti sportivi di grandi dimensioni. E, tuttavia, anche per questo tipo di infrastrutture si presentano almeno due problemi che ne limitano l'utilità. Il primo è relativo alla natura delle opere infrastrutturali per lo sport. Come si è ricordato nei paragrafi precedenti<sup>91</sup>, si tratta, per ora, di opere tiepide che solo in parte ripagano il capitale investito. Come già suggerito, condizione necessaria sarebbe che in tali opere fossero integrate funzioni diverse e non solo quella dell'offerta sportiva, in modo da assicurare agli investitori entrate da varie fonti e rendere più alta la redditività di questi impianti. Questa opzione incontra, però, a sua volta dei limiti derivanti da interessi confliggenti a quelli dei costruttori e degli investitori, quali la tutela del tessuto urbano e dell'integrità ambientale e militano contro le speculazioni edilizie incontrollate.

Il secondo problema attiene alle finalità. La finalità di una politica per il rinnovo del tessuto infrastrutturale sportivo dovrebbe essere di soddisfare le necessità dell'offerta sportiva e appianare le disuguaglianze nel godimento di un diritto fondamentale, come quello allo sport, che emergono dall'ana-

<sup>90</sup> *Supra* par. 4.

<sup>91</sup> *Supra* par. 4.1.

lisi<sup>92</sup> dello *status quo* delle infrastrutture sportive in Italia. Delle modalità di finanziamento che, invece, si concentrano principalmente sulle opere di grandi dimensioni, come ad esempio gli stadi, falliscono nel dare una risposta proprio a queste esigenze, perpetrando un divario nel godimento di un diritto fondamentale e dando soprattutto prevalenza alle considerazioni di natura economica, più che sociale e relative al diritto alla salute.

## 6. Conclusioni

La costruzione di nuovi impianti sportivi e il rinnovamento di quelli esistenti dovrebbero rispondere a un duplice obiettivo. Da un lato, garantire in modo egualitario ed effettivo il godimento del diritto allo sport in quanto riconosciuto a livello europeo e nell'ordinamento italiano come diritto fondamentale o comunque servente una serie di diritti di rango costituzionale (il diritto alla salute, il diritto a svolgere la propria personalità all'interno delle formazioni sociali, il diritto a non essere discriminati, la libertà di associazione, la libertà di iniziativa economica). A questo si connette, peraltro, che l'attività di offerta sportiva deve essere considerata di interesse generale e circondata di vincoli diretti a garantire una fruizione slegata da fattori economici. Dall'altro, il rinnovamento infrastrutturale dovrebbe servire a sopperire alle carenze di risorse pubbliche e favorire un rilancio economico, occupazionale e sociale, importante in una fase di crisi.

In Italia, tuttavia, il recente e graduale riconoscimento dell'interesse allo sport come diritto del cittadino non è andato di pari passo con uno sviluppo dell'impiantistica sportiva che in concreto abbia assicurato questo diritto: gli impianti sportivi esistenti sono obsoleti, pochi e distribuiti in modo diseguale sul territorio nazionale.

Il *project financing* è stato impiegato, quindi, per la costruzione e l'ammodernamento degli impianti sportivi perché ritenuto una modalità di azione pubblica idonea a contenere e integrare tanto le specifiche necessità legate all'offerta di attività sportiva, quanto le generali esigenze di crescita e sviluppo e, allo stesso tempo, in grado di far fronte alla scarsità di risorse pubbliche, sfruttando l'apporto dei privati. L'utilizzazione di questo strumento ha, però, incontrato limiti e problemi che ne hanno ridotto l'efficacia.

Tra questi, prima di tutto, il permanere di una concezione tradizionale e monolitica dell'impianto sportivo come luogo adibito esclusivamente al-

<sup>92</sup> *Supra* par. 3.



## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

l'offerta di attività sportiva. La natura di "opere tiepide" propria degli impianti sportivi li ha resi degli investimenti poco appetibili per gli operatori economici.

A questo si sono aggiunti i problemi propri del *project financing*: mortalità dei progetti nella loro fase genetica, tempi totali di realizzazione delle opere mediamente molto lunghi, l'aprirsi di contenziosi (principalmente per l'inadeguatezza dei processi di selezione dei contraenti e dei contenuti contrattuali e l'insufficiente coinvolgimento dei privati interessati nei processi decisionali), cambi di decisioni dell'ente concedente, adempimenti amministrativi.

Nel tentativo di risolvere alcuni di questi problemi e assicurare un più efficiente ed efficace impiego di quest'istituto, il legislatore italiano ha introdotto innovazioni nella disciplina in generale del *project financing*, e in particolare con riferimento al suo utilizzo per la costruzione e ristrutturazione di impianti sportivi. Prima i decreti anti-crisi hanno regolato segmenti delle procedure esistenti, poi la Legge di stabilità 2014 è arrivata a prevedere una procedura *ad hoc* per la finanza di progetto degli impianti sportivi. Nel complesso le novità introdotte hanno avuto l'obiettivo di incoraggiare e favorire il ricorso a questo istituto, incidendo sull'assetto di interessi dei fruitori dei servizi, degli operatori economici interessati, degli investitori, della collettività e sull'ambito decisionale della stessa amministrazione. Passate al vaglio critico, tuttavia, esse si rivelano insufficienti rispetto alla realizzazione degli obiettivi.

Dal punto di vista dei fruitori del servizio, la soluzione di una disciplina *ad hoc* sugli impianti sportivi, pur lungamente dibattuta, si è tradotta in una scelta normativa più modesta rispetto alle aspettative. Se l'accordo politico che si era implicitamente raggiunto in questi anni era di prevedere una nuova disciplina della finanza di progetto per i medi e grandi impianti sportivi e contestualmente portare avanti una riforma che riguardasse i piccoli impianti presenti sul territorio, con gli emendamenti contenuti nella Legge di stabilità quest'accordo è stato in parte disatteso. La procedura elaborata *ex novo* per il *project financing* degli impianti sportivi riguarda essenzialmente infrastrutture medio-grandi, in cui l'offerta sportiva è fruita dalla collettività come pubblico di grandi eventi e da un ristretto numero di atleti. Rimangono fuori le molte realtà minori, spesso in stato di degrado e abbandono o del tutto assenti sul territorio, più idonee a garantire un uso degli impianti sportivi attivo e "a dimensione" del cittadino comune.

Per il finanziamento di piccoli impianti risulta anche limitata la possibilità di emettere *project bonds*. Queste obbligazioni possono rivelarsi tutt'al più proficue per impianti sportivi di grandi dimensioni e con caratteristiche

di multifunzionalità che garantiscono un ritorno degli investimenti, ma non lo sono altrettanto per impianti di piccole e medie dimensioni, che invece necessiterebbero di meccanismi utili per il finanziamento in quanto più esposti alla riluttanza delle banche di concedere credito.

Dal punto di vista dell'amministrazione e della collettività, solo almeno tre i punti critici. In primo luogo, prevenendo la possibilità di interventi che vanno al di là della programmazione e connettendovi diritti di prelazione a favore del promotore, il legislatore ha mutato rispetto al passato il reciproco rapporto tra amministrazione e privati: l'amministrazione è chiamata sempre meno a una individuazione *ex novo* ed *ex ante* delle esigenze di pubblico interesse e delle opere idonee a soddisfarle e sempre più a una mera verifica *ex post* e caso per caso della rispondenza all'interesse pubblico di alcune opere proposte dai privati. La riforma accentua una tale tendenza favorendo il moltiplicarsi dei casi in cui questo meccanismo viene ritenuto conveniente dal privato, senza però annettervi idonei meccanismi che tutelano la collettività dal rischio di 'cattura' dell'amministrazione da operatori economici disponibili a caricarsi dei costi di un'opera.

In secondo luogo, il requisito del complessivo equilibrio economico-finanziario delle proposte in *project financing* sarà ritenuto o meno soddisfatto prima di tutto dal privato, in base alla propria convenienza. D'altra parte, in nome delle necessità infrastrutturali impellenti e della carenza di risorse pubbliche per realizzarle, le amministrazioni si troveranno esposte alla possibilità di essere condizionate nelle proprie scelte non tanto dall'obiettivo dell'interesse pubblico, ma dalle richieste di alcuni privati costruttori esorbitanti un economicamente equo scambio di prestazioni. E sebbene sia esclusa la costruzione di complessi residenziali, la norma non salva dall'edificazione di edilizia di altro tipo (commerciale, a uso uffici) con fini di speculazione.

In terzo luogo e con un ragionamento in parte analogo, il passaggio da un rapporto di necessità materiale a uno di necessità semplice nel nesso tra la realizzazione dell'infrastruttura e la cessione dei diritti di proprietà o altri diritti reali su beni pubblici fa sì che i limiti alla discrezionalità della amministrazione vengano non da una forma di indirizzamento e contenimento delle scelte amministrative sulla base delle esigenze della collettività, come nel caso della necessità materiale, ma dalle pretese del privato o di alcuni privati che influenzano la scelta amministrativa.

Dal punto di vista degli operatori economici, la tanto auspicata semplificazione delle procedure per incoraggiare gli investimenti sembra lontana dall'essere realizzata. Al contrario, per il *project financing* di impianti di medie e grandi dimensioni, le novità introdotte complicano e allungano la

## il nuovo *project financing* per gli impianti sportivi

procedura, aggiungendo una fase alle due previste nelle procedure ordinarie e introducendo un regime autorizzatorio che passa attraverso il duplice vaglio di una conferenza di servizi preliminare e decisoria. Inoltre, anche per questa procedura la presenza di incentivi è limitata alla possibilità di godere di diritti di prelazione, già in realtà previsti nella procedura ad istanza del privato disciplinata dal Codice dei contratti pubblici.

Infine, dal punto di vista degli investitori, il meccanismo dei *project bonds* quando applicato agli impianti sportivi rischia di dimostrarsi inefficace. Pensati principalmente per finanziare la realizzazione di progetti infrastrutturali o servizi di pubblica utilità in settori strategici, in grado di generare un rendimento finanziario tale da remunerare gli capitale investito, i *project bonds* possono rilevarsi scarsamente appetibili per progetti infrastrutturali 'tiepidi', come sarebbero la maggior parte degli impianti sportivi.

Le riforme non risolvono, invece, diversi altri problemi che emergono nell'uso del *project financing* degli impianti sportivi, in particolare di quelli di piccole e medie dimensioni, e lascia pressoché invariata l'attrattiva economica che questo tipo di infrastrutture possono avere sugli operatori economici con ciò contribuendo poco a quegli obiettivi di rilancio economico e tutela del diritto allo sport che con le riforme si intendevano realizzare.

### *Abstract*

#### *The New Project Financing for Sports Facilities*

*The use of project financing for the construction and renovation of sports facilities should meet social and economic needs, such as to refurbish sports facilities that in Italy currently do not guarantee an egalitarian fulfillment of the right to sport; and to overcome the lack of public resources in a situation of economic crisis, acting as a lever for growth and economic development. In an attempt to answer these needs recent legislative reforms have regulated project financing procedures (with specific reference to sports facilities). The article sifts the main changes introduced by these reforms and provides an assessment of the suitability of these to meet social and economic objectives. The analysis is carried out taking into account the impact of the reforms on the interests of the various stakeholders (service users, builders, investors, public administrations, the community as a whole). A critical examination shows that the new legislation falls short of achieving its underlying objectives. Indeed it focuses primarily on medium and large infrastructures and on the role of users as public of*

**elisabetta morlino**

*sport events, rather than on the small infrastructures that guarantee the fulfillment of the right to sport for everyone. Furthermore it does not significantly simplify the project financing procedures, nor it creates relevant incentives for economic operators. Finally it prevents only partially the environmental risks deriving from infrastructural speculations.*

PAOLO MICHARA

## IL TERZO SETTORE COME *MUNUS*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il terzo settore al tempo della crisi. – 2. Profili sostanziali. Le istituzioni prima delle norme. – 2.1. L'oggetto: materie, contenuti, doverosità. – 2.2. I soggetti: dalla struttura alla funzione. – 2.3. Le modalità dell'agire. – 3. Profili formali. – 3.1 Le norme sui soggetti. – 3.2. Le norme sulle materie. – 4. Principi e problemi. – 4.1. La Costituzione, la funzione promozionale del diritto, la dialettica degli opposti. – 4.2. Le regole, l'economia sociale e il mercato. – 4.3. I provvedimenti di sostegno. Gli incentivi e le finalità di riequilibrio. – 4.4. La solidarietà agevolata, il principio di responsabilità e i risultati. – 5. Conclusioni. Il *munus* e la conciliazione degli opposti.

### 1. Introduzione. Il terzo settore al tempo della crisi

Esiste davvero, ammesso che sia possibile limitare il potere dei non meglio definiti ristretti circoli della finanza globale, un modello economico alternativo, di tipo sociale o civile che dir si voglia<sup>1</sup>? Il terzo settore (t.s.) saprà

<sup>1</sup> L'economia civile (considerata diversa dall'economia sociale) è ora studiata e proposta in contrapposizione al capitalismo "egoistico", che ha caratterizzato la cultura economica americana veicolata dal movimento "oggettivista" (da Ayn Rand a Alan Greenspan), e viene fatta risalire addirittura alla scuola napoletana del Settecento e, in particolare, ad A. Genovesi, che per primo ha utilizzato l'espressione «economia civile». Nel suo trattato economico, intitolato *Lezioni di economia civile (1765-67)*, l'Autore individua l'economia come «luogo di civiltà, e come mezzo di incivilimento per migliorare il "bene vivere" delle persone». L'Autore, ma più in generale la scuola napoletana, fa quindi leva (anziché sull'individuo egoista) sulle virtù collettive e in particolare sul concetto di «*fede pubblica*» quale preconditione dello sviluppo economico, partendo dalla parola *fides* (fiducia) e dal suo significato, vale a dire corda che "lega e unisce". Si tratta di una delle prime elaborazioni del concetto di *solidarietà* in ambito economico.

Il concetto di fede pubblica è stato poi ripreso dal giurista G. Filangieri nel suo trattato intitolato *Scienza della legislazione* (1780). L'Autore osserva come i mercati restino fermi e non si sviluppino senza la coltivazione della fede pubblica; intesa, quest'ultima, come principale risorsa degli uomini per lo sviluppo economico, come «confidenza nel governo, confidenza nei magistrati, confidenza negli altri cittadini».

La posizione della scuola napoletana di economia civile è esposta in *Microeconomia*, a cura di L. Becchetti, L. Bruni e S. Zamagni, Bologna, Il Mulino, 2010, 49 ss.

resistere alla crisi, facendosi promotore di inediti modelli nel campo dei servizi<sup>2</sup>, o si ritornerà alla tradizionali formule dell'assistenza e della beneficenza?<sup>3</sup>.

In altre parole: le nozioni, enfatizzate dalle norme, di sussidiarietà e di t.s, saranno in grado di sopportare i vari e continui provvedimenti di revisione della spesa<sup>4</sup> e il conseguente declino delle sicurezze sociali?<sup>5</sup>.

Si veda altresì L. Bruni e S. Zamagni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2004 e, per un approfondimento dei termini e dei concetti propri dell'economia civile, *Dizionario di economia civile*, a cura di S. Zamagni, Roma, Città Nuova, 2009.

<sup>2</sup> Come auspicato nella *Risoluzione del Parlamento Europeo del 2 luglio 2013 sul contributo delle cooperative al superamento della crisi* (2012/2321(INI)), ove si evidenzia come le imprese dell'economia sociale – e in particolare le cooperative – svolgano un ruolo essenziale nell'economia europea, specie in tempi di crisi, in quanto creano un connubio tra sussidiarietà e solidarietà, e rafforzano la coesione sociale.

<sup>3</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 1957, 526 ss., intendeva la pubblica beneficenza in senso ampio (è compresa quindi l'assistenza), definendola come «qualunque prestazione gratuita di beni e servizi, fatta a persona bisognosa a scopo di soccorso».

Sull'argomento si veda, sotto un profilo tanto economico quanto giuridico, *Il terzo settore nell'Italia unita*, a cura di E. Rossi e S. Zamagni, Bologna, Il Mulino, 2011. Il volume contiene un *excursus* storico sulla legislazione e sulla *governance* degli enti (ora detti) *non profit* a partire dalla trasformazione, con la legge di Crispi del 1890, delle Opere Pie in Istituzioni pubbliche di beneficenza.

<sup>4</sup> I tagli hanno, nello specifico, eliminato due storici punti di riferimento per il t.s. e cioè l'Agenzia per le Onlus e l'esercito nonviolento degli obiettori di coscienza, venuto meno in realtà a seguito dell'abolizione della leva obbligatoria (leva non sostituita da un corrispondente obbligo di servizio civile).

La storia dell'Agenzia è emblematica. Senza alcun tipo di preavviso (si pensava anzi che potesse essere trasformata in Autorità amministrativa indipendente) il decreto legge 2 marzo 2012 n. 16 (art. 8, comma 23) ha infatti soppresso l'Agenzia per il terzo settore – ex Agenzia per le Onlus – e le sue funzioni sono state (formalmente) trasferite al Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Era stata istituita con d.P.C.M. 26 settembre 2000 – in osservanza delle disposizioni contenute nell'art. 3, commi 190/193, legge 23 dicembre 1996, n. 662 – e regolamentata dal d.P.C.M. 21 marzo 2001, n. 329. L'Agenzia è stata operativa dal 7 marzo 2002 al 2 marzo 2012 e ha operato per garantire la corretta osservanza delle disposizioni legislative in materia di terzo settore. Non risulta che il Ministero stia effettivamente esercitando tutte le funzioni che l'Agenzia esercitava, con la conseguenza che ormai il settore *no profit* ha, come controllore, essenzialmente l'Agenzia delle entrate.

La situazione di difficoltà che oggi vive il Servizio Civile Nazionale è quindi nota. La Consulta Nazionale per il Servizio Civile da tempo manifesta grande preoccupazione per l'assenza di risposte positive alle numerose richieste di fondi per il finanziamento delle attività che, prevalentemente, coincidevano con quelle tipiche del t.s. L'esito è la sostanziale spoliazione di un importante serbatoio di prestatori di lavoro sociale.

<sup>5</sup> Il declino delle sicurezze è plasticamente rappresentato dall'auspicata flessibilità in entrata e soprattutto in uscita dal mondo del lavoro, dall'abbattimento delle corporazioni pro-

La riflessione, relativamente agevole in momenti nei quali tanto lo stato quanto il mercato siano funzionanti e relativamente stabili, diventerebbe infatti problematica (e meno sentita) in tempi drammatici in cui le predette istituzioni dovessero cedere o, anche più semplicemente, incrinarsi.

Sono tutte domande, strettamente collegate, ormai ineludibili anche per chi volesse, con l'ottica limitata del giurista e senza smanie millenaristiche, più semplicemente ragionare di norme, istituzioni e fatti relativi al t.s. al tempo della crisi<sup>6</sup>.

Ebbene, si tratta di quesiti rispetto ai quali non è possibile dare risposta, tantomeno con questo limitato scritto, ma che si ritiene debbano essere enunciati e posti come premessa per chiunque intendesse effettuare uno studio sull'argomento. O meglio, una risposta moderatamente positiva ai predetti quesiti dovrà essere considerata come un postulato, un assioma senza il quale diventerebbe estremamente arduo ragionare sul tema. Del resto, senza stato e mercato, il t.s non si potrebbe più definire come terzo.

fessionali (con conseguente indebolimento delle garanzie che le stesse assicuravano alla borghesia di riferimento), dalle liberalizzazioni (vere o finte che siano), dall'incremento di fallimenti (imprese e matrimoni).

<sup>6</sup> Non vi è dubbio che la crisi influisca anche sui principi base, sulle funzioni (per esempio la regolazione) e sugli istituti tipici del diritto amministrativo. Sull'argomento si rimanda a N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2011. L'Autore ricostruisce i rapporti tra diritto ed economia, regole e mercato in un'epoca in cui l'incertezza è ormai un «dato oggettivo ed ineliminabile».

Si rimanda altresì a *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 2012 e ivi, in particolare, a H. Caroli Casavola e M. Conticelli, *Le protezioni sociali alla prova*, 293 e ss.

La crisi economica ha quindi ovviamente un impatto diretto sullo specifico tema dei diritti sociali, come testimoniato dai numerosi convegni e interventi in materia. Si vedano, tra gli altri, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, relazione tenuta al convegno «I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema», Reggio Calabria, 5 novembre 2011, in *Aic rivista telematica on line* n. 4/2012; S. Gambino e W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, relazione presentata al seminario «Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali», Università di Messina, 7 maggio 2012, reperibile in *Astrid online*; I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, relazione presentata in occasione del seminario «Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica», presso la Facoltà di Economia, Università di Roma Sapienza, 26-27 marzo 2012. Sensibile alla tematica in questione è anche il c.d. Gruppo di Pisa (Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale), promotore tra l'altro del convegno «I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia», in relazione al quale si segnalano i seguenti interventi: L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali* e D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, reperibili in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

L'analisi e il discorso ricognitivo verranno quindi:

a) limitati alla nozione giuridicamente rilevante di t.s., ai profili introduttivi e di inquadramento complessivo, con esclusione delle tematiche inerenti gli strumenti di azione e di raccordo con la pubblica amministrazione<sup>7</sup>. Ragionare sui principi e sui modelli possibili è infatti importante in assenza di un codice, di una revisione organica della frastagliata normativa;

b) condotti considerando la crisi – e non il crollo –<sup>8</sup> delle predette istituzioni (politiche ed economiche) e le conseguenti – si spera temporanee – difficoltà nelle quali si trova il t.s.;

c) effettuati a partire dalla realtà, per altro “filtrata” attraverso le lenti di un *generale* inquadramento di tipo giuridico (paragrafo 2), per poi passare a una breve disamina del diritto positivo, questa volta *puntuale*, limitata alla nozione di t.s. (paragrafo 3) e dei principi generali (paragrafo 4). I fatti quindi –la solidarietà organizzata preesiste del resto alla sua istituzionalizzazione– che si intrecciano con le norme, poi le leggi puntuali e i principi.

Da ultimo una breve conclusione nella quale ci si interrogherà, partendo dal presupposto in base al quale «nessun pasto è gratis», sulla tenuta delle nozioni, declamate come panacea di tutti i mali, di sussidiarietà e t.s. e sulle modalità attraverso le quali le stesse possano reggere di fronte al declino, alla decrescita<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Per una disamina di tali strumenti ci si permette di rinviare a P.Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore – Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2005; ID, *I “servizi sociali privati senza scopo di lucro” e i principi del diritto comunitario* in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2009, 5, 1051 ss. Cfr. anche *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, a cura di C. Bottari, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>8</sup> Una rovina repentina delle istituzioni citate (stato e mercato) determinerebbe, in sintesi, anche la crisi della società civile e, senza una comunità relativamente solida, l'eventuale benevolenza dei singoli privati tenderebbe a rimare isolata, non si trasformerebbe in solidarietà organizzata, in terzo settore appunto. Perché rimanga il t.s. occorre insomma che la crisi non degeneri in modo irreversibile.

Sul concetto e sul ruolo della società civile si rinvia a P. De Carli, *L'emersione giuridica della società civile*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>9</sup> Ragionando in termini di *trade off* sarebbe interessante chiedersi quali costi verranno sostenuti, dalla società, in conseguenza delle scelte “liberalizzatrici”. A tal proposito si formulano, a titolo meramente esemplificativo, le seguenti ipotesi e considerazioni: l'ondata delle liberalizzazioni abatterà leggermente i costi dei servizi indebolendo le corporazioni (ordini, borghesia professionale, sindacati, associazioni di categoria); gran parte del volontariato si regge sui pensionati e sul libero apporto della borghesia professionale (rilevante il ruolo delle mogli, specie per l'attività di elargizione); la borghesia professionale, impoverendosi, ridurrà l'apporto fino a oggi “erogato” al t.s.; scelte analoghe verranno messe in atto dai pensionati che, giova ricordarlo, pensionati lo saranno sempre più tardi. In sintesi: è ra-



Parafrasando Hegel, è del resto sul far del tramonto, quando la realtà si è già formata e magari va declinando, che è più agevole fermarsi a riflettere<sup>10</sup>.

## 2. Profili sostanziali. Le istituzioni prima delle norme

È necessario quindi, una volta postulata la sopravvivenza delle istituzioni di cui in premessa, porsi i seguenti interrogativi: in che cosa consiste il t.s.? In che cosa dovrebbe differenziarsi dallo stato e dal mercato, dal pubblico e dal privato? Qual è il *principium individuationis*?

Non è forse possibile dare una risposta completa e soddisfacente alle predette domande, mancando, come si è detto, un inquadramento scientifico e disciplinare complessivo.

La materia è stata affrontata, simultaneamente e con diversità di approcci e linguaggio, soprattutto da sociologi, aziendalisti e politologi; neppure gli economisti hanno identità di vedute sul punto<sup>11</sup>. La politica ha contribuito poi a confondere ulteriormente il tutto, lanciando slogan recanti contenuti molto spesso vaghi (la *big society* per esempio, dove il volontariato ha un ruolo fondamentale ma ambiguo).

gionevole ipotizzare che la crisi, e le conseguenti azioni strutturali poste in essere dai governi per contrastarla, abbiano, nell'immediato, riflessi estremamente negativi per il t.s. (le liberalizzazioni e la cesura dei vincoli corporativi potrebbero ridurre i legami, i rapporti solidali). Viceversa si tenderà, proprio per la conclamata assenza di risorse pubbliche, a enfatizzare il t.s. quale medicina per tutti i mali. Ma chi si potrà impegnare nel t.s., stante i mancati incentivi al servizio civile, la conseguente assenza di giovani (che tenderanno a emigrare, quanto meno per apprendere le lingue straniere) e di pensionati?

Sulle domande che pongono le liberalizzazioni, cfr. L. Saltari, *Editoriale*, in questa Rivista, 2012, 1, III ss. e, per un approfondimento a più voci, cfr. AA.VV., *Studi in tema di liberalizzazioni*, Torino, Giappichelli, 2008 e in particolare, *ivi*, la relazione introduttiva di F.G. Scoca.

<sup>10</sup> La speranza è che, per il t.s., vi sia una nuova aurora. Lo spunto è liberamente tratto da W.Hegel, *Lineamenti della filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1979.

<sup>11</sup> Per un approccio socio-economico al terzo settore si vedano, tra gli altri, T. Brandse, W. Van de Donk e K. Putters, *Griffins or chameleons? Hybridity as a permanent and inevitable characteristic of the Third sector*, in 28 *International Journal of Public Administration* (2005), 749 ss.; *ivi*, A.J. Evers, *Mixed welfare systems and hybrid organizations: Changes in the governance and provision of social services* 737 ss.; W.W. Powell (a cura di), *The non profit sector: A research handbook*, New Haven, Yale University Press, 1986.

In ambito nazionale cfr. *Terzo settore e valorizzazione del capitale sociale in Italia: luoghi e attori*, a cura di P. Donati e I. Colozzi, Milano, Franco Angeli, 2006 e, per un approccio di tipo propriamente sociologico, *Sociologia del terzo settore*, a cura di P. Donati, Roma, Carocci, 1996.

Il concetto di t.s. è pertanto plurimo, di derivazione socio-economica piuttosto che immediatamente significativo sotto il profilo giuridico<sup>12</sup>. La normativa di riferimento, infatti, limitandosi a rilevare l'esistenza dei soggetti e delle istituzioni senza offrirne una puntuale definizione, risulta inidonea a inquadrare il fenomeno in modo esaustivo.

Il t.s. ha, a sua volta, cercato di fuggire la presunta rigidità delle norme; il diritto, anche in quanto scarsamente conosciuto, è stato considerato come una gabbia limitante l'innovazione, il dinamismo e la spontaneità tipiche del *no profit*. È quindi utile ragionare, in via preliminare, sulla natura delle cose desumibile dagli elementi e caratteri (anche ovviamente giuridici) generali che possono essere ritenuti distintivi del t.s. *nel suo complesso*.

Si cercherà insomma, partendo dalle istituzioni così come si sono date e sviluppate nel recente passato, di elaborare un'analisi, per quanto possibile organica che, storicamente fondata, sia in grado di resistere di fronte alla

<sup>12</sup> Non sono numerosissimi gli studi che affrontano il tema (t.s.) in una prospettiva giuridica e, in particolare, in un'ottica di diritto pubblico-amministrativo. Si vedano, tra gli altri, F. Rigano, *La libertà assistita*, Padova, Cedam, 1995; P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 e ss. e ID, *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 43 ss.; P. Consorti, *Legislazione del Terzo Settore*, Pisa University Press, 2004 e, ID, *Il codice del terzo settore*, Piacenza, La Tribuna, 2007 e ivi, in particolare, l'introduzione dell'Autore; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Volontariato, sussidiarietà, mercato*, Bari, Cacucci, 2008.

Sull'argomento si rimanda, altresì, per la sua completezza, a *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, Aspetti giuridici, economici e fiscali*, a cura di L. Bruscuiglia e E. Rossi, Milano, Giuffrè, 2000 e ivi, in particolare, E. Rossi sui criteri di identificazione delle Onlus (43 ss.), E. Ferioli sulle cooperative sociali e relativa disciplina, L. Musselli sulle problematiche afferenti le Onlus e le interferenze "pubblicistiche".

Il tema del t.s. è poi trattato, in via generale, nelle monografie relative ai servizi alla persona e ai servizi sociali, tra le quali E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, Giappichelli, 2003; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; S. A. Frego Luppi, *Servizi sociali e diritti alla persona*, Milano, Giuffrè, 2004; A. Albanese, *Servizi sociali*, in M.P. Chiti e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 1897 ss.; Id., *Diritto all'assistenza e servizi sociali, Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

Infine, per un approfondimento di carattere internazionale, cfr. *Il terzo settore nel Mediterraneo*, a cura di R. Papini e A. Taccone, Bologna, Il Mulino, 2013. Si vedano altresì, sotto un profilo di diritto comparato, M. Almeida Cerreda, *I servizi sociali in Spagna: delimitazione e regime giuridico*, in *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, a cura di C. Bottari, cit., 105 ss. e, ivi, D. Santiago Iglesias, *I servizi sociali in Spagna: partecipazione del Terzo Settore, modalità di prestazione e sistemi d'intervento amministrativo*, 119 ss.

probabile successione nel tempo di discipline particolari dettate dalle diverse contingenze.

Quanto sopra a partire dall'oggetto (che cosa fa il t.s.), per poi accennare ai soggetti e alle caratteristiche del *modus agendi*, demandando dunque ai futuri paragrafi (par.3) gli approfondimenti –come si è detto limitati e circoscritti ad alcune specifiche discipline- di diritto positivo.

### 2.1. L'oggetto: materie, contenuti, doverosità

Si rileva, in primo luogo e sotto il profilo dell'oggetto, come il t.s. abbia essenzialmente rilevato la materia tradizionalmente identificata nel diritto pubblico come assistenza e beneficenza.

O meglio, il t.s. ha via via promosso la cura di bisogni nuovi che non erano ricompresi e soddisfatti (per tipologia, qualità e intensità del servizio offerto) dalle prestazioni erogate dalle strutture pubbliche. Si pensi solo all'enorme sforzo fatto dal volontariato organizzato e di tendenza per affermare (ruolo di *advocacy*) i diritti dei "matti" prima (le battaglie di Basaglia) e dei disabili poi<sup>13</sup>.

Di norma, una volta esaurita la fase della novità (emergenziale), curata dal privato sociale, il bisogno veniva poi assunto dalla struttura pubblica, ampliando il novero dei servizi pubblici.

L'esito del processo consiste nel fatto che, al di là della predetta materia tradizionale, sono ora ascrivibili al tema (nuovo) dei servizi in senso lato alla persona – nei quali si intrecciano competenze dell'amministrazione e prerogative del privato sociale – le problematiche più svariate: anziani, minori, famiglia, studenti e sostegno scolastico, disabilità fisica e psichica, tossicodipendenza, stranieri, carcerati, indigenti, richiedenti asilo, disagio e fragilità di vario genere, inserimento lavorativo, giovani, cultura e tempo libero, protezione civile.

Quanto sopra ha quindi involontariamente contribuito a cagionare:

- a) prima l'impossibilità per il pubblico di gestire la molteplicità dei servizi via via assunti (da qui la successiva politica delle esternalizzazioni);
- b) poi la crisi economico-finanziaria del pubblico, con la conseguente difficoltà di assicurare alle future generazioni gli stessi servizi prestati sino al

<sup>13</sup> Il ruolo assunto dai soggetti *non profit* per liberare dal bisogno i soggetti più deboli ed in particolare i disabili è uno dei temi trattati in *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, a cura di E.Vivaldi, Bologna, Il Mulino, 2012; ivi, in particolare, E. Rossi, *I diritti sociali nella prospettiva della sussidiarietà verticale e circolare*, 29 ss.

culmine dello stato sociale<sup>14</sup>. Si pensi all'attuale progressiva riduzione del sostegno scolastico e quindi degli operatori delle cooperative sociali affidatarie dei servizi di assistenza e integrazione.

c) da ultima, l'invocazione del ruolo salvifico del terzo settore e di strumenti ricollegabili, in vario modo – in alcuni casi impropriamente – al principio di sussidiarietà orizzontale.

Del resto, come non vedere, in strumenti nuovi, quali l'accreditamento, unitamente agli aspetti virtuosi e innovativi, anche il pericolo di una progressiva privatizzazione sostanziale e formale, di un arretramento *tout court* del *welfare* pubblico tradizionalmente inteso<sup>15</sup>?

<sup>14</sup> Sulla crisi del welfare si veda, da ultimo, R. Cavallo Perin, *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37 ss.

<sup>15</sup> Può essere emblematico a tal fine richiamare la storia dei servizi agli anziani in Emilia Romagna. In un primo momento (anni novanta), verificata l'impossibilità della gestione diretta (elevato costo del personale, difficoltà di assumere), hanno iniziato a farsi strada le convenzioni con il privato sociale (magari senza gara), poi presto sostituite dagli appalti (preceduti da gara) con le cooperative sociali. Constatato (in modo a mio giudizio frettoloso) l'insuccesso della stagione degli appalti e delle esternalizzazioni, la Regione ha avviato un nuovo processo, molto complesso e in parte modellato sulla base del corrispondente istituto di cui al diritto sanitario, denominato accreditamento (cfr. art. 38, l.r. 12 marzo 2003, n. 2 successivamente modificato dall'art. 39, l.r. 22 dicembre 2005, n. 20). In particolare tale istituto ha avuto attuazione con d.g.r. 29 maggio 2007, n. 772 (avente ad oggetto il processo di accreditamento in ambito socio-sanitario) e, poi, con d.g.r. 20 aprile 2009, n. 514, attuativa dell'art. 23 l.r. 19 febbraio 2008, n. 4. Con la normativa citata è stato superato il sistema di affidamento dei servizi in questione mediante procedure di gara dal momento che, come si legge nella d.g.r. 772/2007, «il sistema degli appalti mal si adatta alla specificità dei servizi alla persona ed alle caratteristiche peculiari, in particolare, dei servizi socio-sanitari, non consentendo di sviluppare, consolidare e migliorare nel tempo gli elementi qualitativi dei servizi, attraverso la crescita della competenza professionale del personale e la stabilità del rapporto operatore-utente e la stabilità imprenditoriale del soggetto produttore».

L'esito è che ormai la quasi totalità dei servizi agli anziani è gestita, senza previa gara, dalle cooperative sociali. Se è vero che le stesse sono parte del t.s., è pur evidente come le cooperative in questione siano a tutti gli effetti soggetti *privati*. E se il privato dovesse fallire o più semplicemente decidere di cambiare settore? Riesce insomma difficile sottrarsi all'idea che il settore sia stato, nei fatti, privatizzato. Il sistema Emiliano è in realtà anche molto pianificato e poco incline ad ammettere libertà di scelta da parte degli utenti.

In materia di accreditamento si rimanda, tra gli altri, a S. Tarullo, *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Munus*, 2012, 1, 21 ss.; cfr. altresì *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, a cura di C. Bottari, cit.

È doveroso quindi segnalare come i soggetti accreditati – se e in quanto siano inseriti organicamente nella rete della p.a. – operino ancora come soggetti privati in un'organizzazione pubblica, non come privati nell'esercizio sussidiario e autonomo di attività finalizzate

Prescindendo dunque dalle predette problematiche, non esaminate nel presente scritto, evidenziamo, in estrema sintesi, come oggi inizino ad affermarsi, per ciò che attiene alle materie, tre nuovi campi di intervento per il terzo settore: la sanità<sup>16</sup>, l'educazione (centri giochi, estivi e non, scuole di ogni tipo, centri educativi per giovani e famiglie)<sup>17</sup>, la cultura<sup>18</sup>.

Il primo in realtà non era mai stato del tutto abbandonato. Il trasporto

all'utilità pubblica (M. Dugato, *Sussidiarietà e salute*, in *Diritti sociali e riforme costituzionali*, a cura di V. Castiglione e A. Pizzoferrato, Padova, Cedam, 2007, 123).

<sup>16</sup> Il ruolo del volontariato è stato messo in evidenza nel Piano Sanitario Nazionale 2011-2013 (redatto dal Ministero della Salute e reperibile sul sito del ministero) ove si legge che «il ruolo svolto dai soggetti della società civile nell'ambito della tutela della salute e del sistema integrato dei servizi sociali è di straordinaria importanza, in particolare per l'umanizzazione del servizio e per le istanze etiche di cui è portatore, con effetti innovativi sul SSN. Il volontariato contribuisce a dar voce ai bisogni dei soggetti svantaggiati e svolge un ruolo fondamentale nella valutazione partecipata della qualità dell'assistenza» (p. 16). Per una analisi di dati quantitativi e qualitativi cfr. A. Salvini, *Volontariato come interazione*, Pisa, Pisa University press, 2012.

Una disamina del volontariato nei servizi sanitari era già stata effettuata in *Regioni e volontariato nei servizi socio-sanitari*, a cura di U. De Siervo, Milano, Giuffrè, 1998.

Per quanto riguarda la posizione del diritto comunitario sul punto si rimanda a A. Albanese, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1453 ss. Si veda altresì, a tale proposito, R. Caranta, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 300 ss.

<sup>17</sup> Il settore educativo sta diventando un campo privilegiato per le sperimentazioni, anche gestionali, ad opera delle cooperative e imprese sociali. Sull'argomento si rimanda all'indagine di F. Zandonai, *Le cooperative in campo educativo: dimensioni del fenomeno e ruolo della cooperazione sociale*, 2011, Euricse Working Papers, N. 020 | 11.

L'educativo sta diventando interessante anche per gli interventi di finanza di progetto ricollegabili al terzo settore. Sul punto cfr. A. Mari, *La concessione di costruzione e gestione di asili nido: pregi e criticità*, in *www.giustamm.it*, 2013, 5. Ci si permette di rimandare, altresì, a P. Michiari, *Il terzo settore e la finanza di progetto* in *Finanza di Progetto, Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 369 ss.

<sup>18</sup> Anche nel settore della cultura ormai da tempo il volontariato ha assunto una discreta rilevanza. Sull'argomento, e in particolare sui problemi specifici del *no profit* in questo campo, cfr. G. Clemente di San Luca, *Volontariato e non-profit sector nel quadro del sistema giuridico-istituzionale con specifico riguardo al settore culturale*, in *Regione e governo locale*, 1995, 1003 ss.; G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 2012, 1-2. Occorre rilevare, del resto, che nella Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la Società (Consiglio d'Europa – (CETS NO. 199) – Faro, 27 ottobre 2005), sottoscritta dall'Italia in data 27 febbraio 2013, gli stati si impegnano espressamente a «riconoscere il ruolo delle organizzazioni di volontariato, sia come partner nelle attività, sia come portatori di critica costruttiva nei confronti delle politiche per l'eredità culturale» (art. 12 «Accesso all'eredità culturale e partecipazione democratica»).

infermi per esempio, almeno nelle regioni del Nord Italia, nella Toscana, nelle Marche e nell'Umbria, è da sempre stato assicurato dal volontariato<sup>19</sup>. Si tratta casomai ora di vedere se e in quanto sia possibile un intervento più diretto del terzo settore anche in ambiti non socio-sanitari ma tipicamente sanitari, quali ad esempio l'assistenza ospedaliera (ma l'argomento ci porterebbe lontano...).

Il secondo potrebbe essere notevolmente incrementato non appena, magari a causa della crisi, dovessero essere abbandonati i pregiudizi ideologici che tendono a far coincidere il pubblico (servizio) con lo stato (istruzione ancora centralizzata e statalizzata)<sup>20</sup>.

Il terzo, cioè la cultura, solo relativamente nuovo, dovrà necessariamente, nel futuro, ricorrere alla "beneficenza" dei privati: il volontariato non potrà essere residuale.

È necessario da ultimo, per concludere il profilo oggettivo, accennare ai contenuti, esaminare cioè la sostanza (giuridica) dei bisogni, degli interessi e dei diritti coinvolti dalla materia in questione (quindi dal t.s.).

Ebbene, si tratta, in tutti i casi, di interessi e diritti costituzionalmente garantiti, di campi nei quali, pur con diverse gradazioni, titolazioni (lea, li-veas, lep)<sup>21</sup> e modalità (intervento diretto, accreditamento, gestione/com-

<sup>19</sup> Il trasporto infermi costituisce oramai il banco di prova delle frizioni fra diritto comunitario della concorrenza e legittime esigenze e aspirazioni del volontariato organizzato. Numerose sono infatti le controversie, e quindi le sentenze, che affrontano il tema. Tra le ultime si segnala l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 27 febbraio 2013, n. 1195 (in *Urb. e app.*, 2013, 6, 682 ss., con commento di A. Reggio d'Acì) con la quale è stata rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la valutazione di compatibilità con i parametri comunitari della l.r. Liguria 7 dicembre 2006, n. 41, nella parte in cui prevede che il trasporto sanitario sia affidato in via prioritaria alle associazioni di volontariato sulla base di convenzioni che stabiliscano l'esclusiva erogazione dei rimborsi delle spese effettivamente sostenute.

Per una attenta ricostruzione sull'argomento vedi A. Albanese, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, 1, 115 ss. e Id., *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario*, cit.

<sup>20</sup> Il dibattito riguardante la parità scolastica è tutt'ora molto sentito. Si rinvia, tra i tanti, a M. Renna, *Le scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione*, in *Dir. amm.*, 2002, 647 ss.; A. Poggi, *Verso il superamento della distinzione tra pubblico-privato nell'offerta formativa?*, in *Quad. cost.* 2003, 381 ss.; A. Sandulli, *Il buono-scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1, 7 ss.; F. Fracchia, *Sussidiarietà e istruzione*, in *Diritti sociali e riforme costituzionali*, a cura di V. Castiglione e A. Pizzoferrato, cit., 134 ss. e Id., *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>21</sup> Vale a dire Livelli essenziali di assistenza, Livelli essenziali delle prestazioni e Livelli essenziali di assistenza sociale. Il dibattito sul concetto di *essenzialità* è animato, come è immaginabile, non solo dalle diversità di visioni giuridiche e politiche sui compiti dello stato,

mittenza, mera regolazione), il pubblico dovrà comunque e sempre intervenire. Dall'assistenza alla sanità, dall'istruzione alla cultura, ben difficilmente insomma il pubblico potrà sottrarsi al principio di doverosità dell'agire<sup>22</sup>, seppure con modalità e intensità diverse e finanziariamente condizionate<sup>23</sup>.

ma anche e soprattutto dalle problematiche inerenti alla spesa pubblica. Si è passati da fenomeni di *over spending* a situazioni di tagli indiscriminati e quindi irragionevoli.

È stato rilevato da V. Berlingò, *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.* 2012, 143 ss., come la giurisprudenza abbia raggiunto un compromesso sui livelli essenziali delle prestazioni fra «il concetto di diritti finanziariamente condizionati, riferibile ai diritti sociali in forza della dipendenza della loro tutela dalla concreta disponibilità di risorse organizzative, umane e finanziarie ed il contenuto minimo essenziale dei diritti, al di sotto del quale vi sarebbe pregiudizio per la stessa dignità umana: compromesso sia pure appena abbozzato nella antesignana sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002 e costantemente ripreso dalla giurisprudenza successiva, non solo costituzionale».

Per un approfondimento sul punto A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. Bettinelli e F. Rigano, Torino, Giappichelli, 2004, 99 ss.; C. Tubertini, *Livelli essenziali di assistenza sanitaria ed effettività del diritto alla salute*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 505 ss. e Id, *Pubblica Amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, Bononia University Press, 2008; V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, Giappichelli, 2008; L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, cit.; C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 2010, 941 ss.; A. Ruggeri, *Livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte Cost. n. 10 del 2010)*, in *forumcostituzionale.it*.

<sup>22</sup> La doverosità come principio e canone dell'attività amministrativa, ovviamente quindi anche di quella a contenuto sociale, è sviluppata da G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 88.

In relazione all'attuazione dei bisogni sociali sotto il diverso profilo del principio di autonomia, F. Manganaro, *Il principio di autonomia*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 276 ss.

<sup>23</sup> A proposito dei diritti finanziariamente condizionati, osserva acutamente A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, Cedam, 2002, 25 ss., come «l'acquisizione di centralità degli interessi legati alle condizioni materiali di vita delle persone ha portato progressivamente ad erodere, fino a renderli in qualche caso obsoleti e inservibili, i criteri tradizionali di differenziazione tra diritti di libertà e diritti sociali. Anche questi ultimi, secondo una linea interpretativa che appare ormai sempre più consolidarsi, vanno considerati inviolabili e fondamentali alla pari dei (tradizionali) diritti di libertà, perché entrambe le categorie inverano, senza che l'una possa fare a meno dell'altra, il "fine di trasformazione sociale, di liberazione e promozione umana che la Repubblica si è posta". La tendenziale riduzione delle diseguaglianze è fattore insostituibile di effettività del principio personalista, perché del resto "la Costituzione, quando all'art. 2 parla dell'uomo e della sua personalità, intende indicare la persona umana cui fa, ... esplicito riferimento (nell') art. 3, comma secondo". La stessa

Se il cuore e la storia del t.s., in termini contenutistici, sono quindi indissolubilmente intrecciati a diritti – secondo diverse gradazioni – costituzionalmente garantiti (in tal senso sono le attività svolte da volontariato e cooperazione sociale), è pur vero che una parte estremamente consistente, sotto il profilo numerico, di associazioni è in realtà volta non ad assicurare direttamente diritti e servizi, bensì a promuovere appunto la socialità. È il caso appunto delle associazioni di promozione sociale. In tale circostanza la doverosità non potrà che sfumare, sino a essere totalmente annullata.

In sintesi il t.s., quanto all'oggetto, è riferibile a:

1) materie, diritti e situazioni soggettive di rilievo costituzionale. Si tratta in ogni caso – almeno in prevalenza – di interessi a soddisfazione necessaria<sup>24</sup>, quindi non suscettibili di essere semplicemente e solamente affidati al mercato, a prescindere dall'esistenza di un mercato accessibile o meno, e ai contratti. Al di là dell'enunciato principio di doverosità, nessuno stato sociale di diritto potrebbe disinteressarsene;

2) settori tradizionalmente considerati, sotto il profilo economico e organizzativo, non industriali prima, non economici poi, e successivamente assorbiti dalle pur mobili classificazioni comunitarie (SIG, SIEG e SSIG)<sup>25</sup>. Ciò peraltro con tutte le ambiguità e le contraddizioni che le nozioni in questione ancora presentano e con l'ulteriore eccezione delle cooperative di tipo *b*)<sup>26</sup>.

diversa posizione di tali diritti (e del loro contenuto essenziale) di fronte all'azione legislativa finisce con lo sfumare alla luce del dovere (non privo di "sanzione") del legislatore di dare attuazione a questo contenuto essenziale e, all'opposto, del divieto di alterarlo riduttivamente». L'Autore riprende la tesi e gli argomenti di N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, Giuffrè, 1995.

<sup>24</sup> Sulla nozione di interessi a soddisfazione necessaria cfr. G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, Giappichelli, 2011, 16 ss.

<sup>25</sup> Vale a dire Servizi di interesse economico generale e Servizi sociali di interesse generale.

Un'analisi sommaria in merito alla normativa comunitaria è contenuta nel documento di lavoro denominato *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale e, in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno* del 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 final/2, elaborato dai servizi della Commissione Europea.

<sup>26</sup> Sono cooperative di tipo *b*), ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *b*), legge 8 novembre 1991, n. 381, quelle che svolgono «attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate».

Per un approfondimento sulle cooperative sociali in generale si vedano, fra i tanti e in generale, F. Scalvini, *La nuova legge sulle cooperative sociali: alcune chiavi interpretative*, in *Impresa sociale*, 1991, 4; E. Ferioli, *ONLUS e cooperative sociali: solidarietà e cooperazione dalla legge n. 381/91 al decreto legislativo n. 460/1997*, in *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organiz-*



In ogni caso non v'è dubbio che le materie evidenziate rappresentino ancora un buon indice di differenziazione del t.s. rispetto ai soggetti *profit*. Questi ultimi possono infatti svolgere tutte le attività che desiderino (anche ovviamente quelle tipiche del t.s.) e nei modi organizzativi che ritengano più opportuni; il t.s. invece, per essere definito come tale, può operare solo nelle materie poc'anzi evidenziate (fatte salve attività commerciali strumentali e residuali) e con le specifiche modalità soggettive che andremo a illustrare.

Gli enti *profit* sono infatti tendenzialmente liberi, pur dovendo ovviamente agire nella sfera del lecito, mentre il t.s. è invece limitato, ha dei vincoli di materie e quindi di scopo. Potremmo dire, come si vedrà, che è *funzionalizzato*.

## 2.2. I soggetti: dalla struttura alla funzione

Una volta indicate materie e oggetti, e fermo restando che gli stessi, in assenza di parametri normativi definitivi chiari, non possono comunque da soli essere considerati dirimenti<sup>27</sup>, occorre iniziare a ragionare sui soggetti. Ciò sempre avendo presente il fenomeno nel suo complesso, stante la richiamata inesistenza di un impianto normativo di tipo definitorio esaustivo e demandando quindi al paragrafo 3 l'approccio di diritto positivo.

In tale prospettiva, dopo aver visto di che cosa si occupano gli enti del t.s. (e cioè le associazioni di volontariato, di promozione sociale, le cooperative sociali), e ragionando sempre in termini giuridici generali, occorre porsi alcuni interrogativi: da quali principi sono animati gli attori in questione? Che cosa si prefiggono? A quale "famiglia" appartengono?

Pare convincente, per iniziare a fornire una risposta che tenga conto della variegata composizione del settore, partire dalla famiglia degli "enti privati di interesse pubblico" o generale che dir si voglia, descritti, prescindendo ora da una valenza strettamente giuridica o meno della predetta nozione, «come espressione organizzata di iniziativa collettiva a fini sociali e

*zazioni non lucrative di utilità sociale*, cit., 261 ss.; C. Borzaga e F. Pains, *Buon Lavoro. Le cooperative sociali in Italia: storie, valori ed esperienze di imprese a misura di persona*, Milano, Altraeconomia, 2011; A. Fici, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>27</sup> Secondo P. Consorti, *Codice del terzo settore*, cit., 34, non sembra che le attività «oggettivamente» svolte possano costituire un elemento di per sé discriminante. In particolare per l'Autore non sembra opportuno perseguire la trasparenza del settore preconstituendo limiti oggettivi che, di fatto, conducono a una restrizione degli ambiti di intervento aperti all'apporto di forze libere, gratuite e solidali.

quindi come manifestazione della capacità di organizzarsi della società stessa per fini di interesse comune, come manifestazione di autonomia sociale nella pienezza di significato del termine»<sup>28</sup>.

La famiglia in questione, definita sotto un profilo strutturale generale, ricomprende sicuramente al proprio interno tutti gli enti del t.s.; sennonché questi ultimi costituiscono un genere che si caratterizza (anche e ulteriormente) per una declinazione della socialità in senso solidaristico e fraterno.

<sup>28</sup> Definizione, questa, di G. Pastori, *Le fondazioni bancarie: aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli*, in *Economia e diritto del terziario*, 1997, II, 497. Tale espressione è in realtà riferibile alla generalità degli enti privati di interesse generale secondo V.M. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2007, 358.

Per una completa disamina sull'argomento, sia sotto il profilo costituzionalistico che per quanto riguarda i profili amministrativistici, G. Leondini, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, Padova, Cedam, 1999.

È interessante rilevare come la problematica degli enti privati di interesse generale (detti anche di utilità pubblica) non sia nuova. In passato è stata anzi, in modo molto preciso, discussa e – in un certo senso – contestata. Valga per tutti quanto rilevato, con la consueta chiarezza, da G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1942, 141 ss. Secondo l'Autore la categoria degli enti privati di utilità pubblica si porrebbe (astrattamente) quale figura intermedia fra le persone giuridiche pubbliche e quelle private. Tale categoria «è largamente ammessa dalla dottrina francese, la quale ha da tempo influito sulla stessa legislazione sicché ormai può dirsi che essa trovi corrispondenza nel diritto positivo. Sebbene altrettanto non possa ripetersi rispetto al diritto italiano, alcuni autori credono di dovere egualmente riconoscere questa categoria intermedia, citando come esempi di essa le casse di risparmio, altri istituti di credito come i Banchi di Napoli e Sicilia, i monti di pietà e le stesse istituzioni di beneficenza. Tale opinione è propria di quegli autori che pongono il carattere distintivo degli enti pubblici nella presenza di poteri d'impero e di supremazia: i medesimi riconoscono che i fini degli enti esemplificati sono pubblici, ma, considerando che gli enti stessi sono privi di quei poteri che soli possono determinare il carattere pubblico di un soggetto, parlano di enti privati di utilità pubblica. La legge, designando talora come pubblici gli enti suddetti, contraddice tale opinione. Tenuto conto che i fini della beneficenza, del risparmio, della speculazione a scopo di utilità generale, sono dallo Stato assunti come propri, per cui direttamente disciplina e controlla gli enti che li perseguono, il carattere pubblico di questi trova pieno fondamento. Oltre ciò, un esame del vero significato, che ebbe in origine la dottrina francese di cui parliamo, dimostra anche più chiaramente la sua inapplicabilità al fine di una classificazione giuridica degli enti morali. Parlando di istituti privati di utilità pubblica, ossia con fini pubblici, non si usò l'espressione con riferimento ai fini e agli interessi dello Stato, ma solo ai fini di utilità generale, ancorché non assunti dallo Stato come propri. L'espressione, in altre parole, è usata in senso sociale, non con significato giuridico: l'utilità pubblica non equivale, perciò, all'interesse dello Stato e non giunge ad attribuire carattere pubblico agli enti che le la propongono. Gli istituti privati di utilità pubblica sono, perciò degli enti morali privati. Quelli, che come tali si vorrebbero considerare nel diritto italiano, sono enti pubblici, perché i loro fini sono pubblici in senso giuridico».

A tal proposito, è significativo che la *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione Europea in materia di aiuti di Stato di appalti pubblici e di mercato interno*, si ponga il problema, in merito alle “compensazioni”, della misurabilità o meno, in termini di costi, «delle cure pastorali, del sostegno spirituale, dei tempi aggiuntivi dedicati»<sup>29</sup>.

Viene insomma considerato esistente e caratterizzante della natura del t.s. anche (e proprio) un “supplemento d'anima”, tant'è che ci si pone la questione del suo peso (aggiuntivo, suppletivo) in relazione ai costi. Questo vuol dire che anche la fratellanza (un *animus*) non sarà necessariamente, nel futuro, confinata nel mondo dei *moral sentiments*.

Gli enti del t.s., in sintesi, hanno normalmente, sotto il profilo funzionale e teleologico, lo scopo di:

a) agire, erogare delle prestazioni (il dinamismo), in spirito di libertà e fraternità<sup>30</sup>;

b) attendere a materie individuate e cioè a quelle evidenziate nel pre-

<sup>29</sup> Cfr. la Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale citata (nota 25) e, in particolare, p. 70.

<sup>30</sup> Non v'è dubbio che le associazioni di volontariato agiscano nella sfera delle libertà sociali. Per quanto riguarda la *fraternità*, si tratta di principio che non ha trovato una diretta trasposizione nell'ambito delle costituzioni moderne (a meno che lo si intenda assorbito nell'ambito dei più ampi doveri di solidarietà), pur essendo diretto frutto della rivoluzione francese, al pari dei più invocati principi di libertà e uguaglianza. Vi è chi ritiene, però, che il principio in questione sia immanente nel nostro quadro costituzionale e nella sua naturale evoluzione. In particolare secondo E. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità*, Roma, Città Nuova, 2012, 168, «sembra che l'evoluzione in atto ben si iscriva all'interno del processo [...] di una responsabilizzazione di tipo comunitario degli interessi, che nasce dal riconoscimento dell'interdipendenza tra dinamiche sociali e dinamiche economiche, e dunque tra gli attori sociali diversi coinvolti nelle prime e nelle seconde, e che sembra costituire un frutto promettente di quella solidarietà orizzontale in cui prende corpo modernamente il principio di fraternità».

In questo contesto la fraternità verrebbe ricollegata alla sussidiarietà o, meglio, a un concetto “misto” di solidarietà *orizzontale*. Si tratterebbe, dopo lo scontro storico dei due corni della dialettica rivoluzionaria di derivazione francese (il liberismo da una parte, l'egualitarismo comunista dall'altra), del recupero, mediante un'operazione di sintesi, appunto del dimenticato principio di fraternità.

Un interessante spunto sul recupero del concetto di fraternità si ritrova nelle parole di Marco Cammelli riportate in *La sussidiarietà in concreto: pubblico e privato negli spazi pubblici. Intervista di Giorgio Calderoni e Gianni Saporetti a Marco Cammelli*, in *Aedon*, 2011, 2.

Sull'importanza, nell'ambito in senso lato economico, della fraternità, individuata quale valore (non individuale ma) relazionale, cfr. S. Zamagni, *Introduzione: slegare il terzo settore*, in *Libro bianco sul terzo settore*, a cura di S. Zamagni, Bologna, Il Mulino, 2011, 41.

cedente paragrafo, per lo più di tipo “assistenziale”, di cura, perseguendo esclusivamente finalità solidaristiche: l’assenza di lucro come condizione anche costitutiva, strutturale, fermo restando che il lavoro può essere remunerato;

c) svolgere attività nell’interesse altrui, non nell’interesse proprio e dei propri associati (altruismo).

Quanto sopra con l’ulteriore avvertenza che queste ultime tre caratteristiche sono atte in realtà a individuare con certezza non tutto il t.s., ma, forse, solo quella larga parte dello stesso, tradizionalmente e storicamente estremamente rilevante (confraternite, misericordie, associazioni di cura di bisogni nuovi), che è confluito nel volontariato di tipo assistenziale e nelle cooperative sociali di tipo *a* (socio assistenziali) e *b* (di reinserimento lavorativo). Rimarrebbero (in parte) fuori le associazioni di promozione sociale e una porzione dell’attività delle fondazioni (attività di mera erogazione, magari rivolta ad azioni di sviluppo territoriale).

In ogni caso, fermo restando che le distinzioni e gli intrecci possono essere molteplici, tutti gli enti in questione, per ritornare alla mera sostanza, hanno lo scopo di curare e promuovere interessi e beni considerati dagli economisti e dai sociologi “meritori” e di tipo relazionale<sup>31</sup>, difficilmente quindi gestibili solo attraverso i contratti ed il mercato.

<sup>31</sup> Il concetto di beni relazionali è stato introdotto negli anni Ottanta da Pier Paolo Donati e Martha Nussbaum. Cfr., in particolare, M.Nussbaum, *La fragilità del bene: fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna, Il Mulino, 1996 e, da ultimo, P. Donati e R.Solci, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011.

È stato quindi sviluppato, in termini economici, essenzialmente dagli economisti Stefano Zamagni, Luigino Bruni e Leonardo Becchetti. Cfr. L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, Milano, Bruno Mondadori, 2006; L. Becchetti, *Oltre l’homo oeconomicus, felicità, responsabilità, economia delle relazioni*, 2009, Roma, Città Nuova, in particolare 42 ss. Si rimanda, per un compiuto inquadramento sociologico, a I. Colozzi, *Cosa sono i beni relazionali: un confronto fra approcci economici e approccio sociologico*, in *Sociologia*, 2005, 2, 13 ss.

Il bene relazionale è quindi da ultimo inteso come «bene che può essere prodotto e fruito soltanto assieme da coloro i quali ne sono, appunto, gli stessi produttori e fruitori, tramite le relazioni che connettono i soggetti coinvolti: il bene è dunque detto relazionale per il fatto che è (“sta nella”) relazione» (I. Colozzi, *Delle virtù e dei premi, ovvero come riconoscere le organizzazioni di terzo settore di qualità, come premiarle e disseminare processi emulativi delle buone pratiche*, in *Libro bianco sul terzo settore*, cit., 258 ss.) Ivi, peraltro, si è rilevato come i beni relazionali non possano essere prodotti secondo le regole di produzione dei beni privati, né secondo le regole di fornitura dei beni pubblici da parte dello Stato, essendo invece necessari rapporti di reciprocità (S. Zamagni, *Introduzione: slegare il terzo settore*, cit., 33). Secondo Zamagni in ciò si distingue il t.s., dal momento che non cura semplicemente le persone (come ad esempio una amministrazione pubblica), ma ambisce a curarle «in modo relazionale» (ivi, 20).

Il predetto scopo, oltre all'assenza di lucro, contribuisce pertanto, sotto il profilo teleologico, a differenziare il t.s. dal mercato.

Gli enti in questione, rispetto allo stato e al pubblico in generale, si contraddistinguono quindi, oltre che per la natura (privata), per il diverso grado di funzionalizzazione.

Il pubblico infatti dovrebbe essere rigidamente funzionalizzato, indirizzato (solo) verso il soddisfacimento degli interessi – appunto pubblici – di riferimento e contrassegnato dalla già rilevata doverosità dell'agire. Il t.s. invece, salvo che ci si trovi nell'ambito di un'attività rigorosamente contrattualizzata e sinallagmatica, remunerata con veri e propri corrispettivi o inserita organicamente nella sfera amministrativa (l'accREDITAMENTO nel modello dell'Emilia Romagna), potrebbe mantenersi nella sfera delle libertà positive<sup>32</sup>, pur se funzionalizzate a fini solidaristici.

Il diritto, come si vedrà, non dovrebbe sovrapporsi e/o ostacolare la naturale evoluzione del settore, bensì porsi quale guida, direttrice incentivante delle migliori prassi, delle pratiche che corrispondano, in termini di risultati, ai fini attesi.

### 2.3. *Le modalità dell'agire*

Occorre ora chiedersi, sempre ragionando sotto il profilo soggettivo e teleologico, come e con quali modalità gli attori del t.s. si relazionino tanto all'interno quanto all'esterno della propria realtà associativa.

Quali sono insomma le caratteristiche ulteriori e visibili che, nel passaggio dai fini ai mezzi e viceversa, dovrebbero essere proprie del modo di essere e di agire del settore in esame?

Non v'è dubbio che il t.s. dovrebbe promuovere, tutelare e assicurare, tanto dal punto di vista strutturale quanto da quello dinamico e funzionale, i seguenti principi: trasparenza e pubblicità, fiducia, correttezza, buona fede e affidamento, parità di trattamento, non discriminazione, partecipazione e democraticità, sostenibilità<sup>33</sup> e responsabilità.

I beni meritori vengono normalmente ricollegati, per quanto riguarda il diritto amministrativo, alla tematica dei beni culturali. Per una definizione dei beni meritori L. Becchetti, L. Bruni e S. Zamagni, *Microeconomia*, Bologna, Il Mulino, 2010, 268 ss.

<sup>32</sup> Per libertà positiva si intende, secondo la nozione di N. Bobbio (cfr. la voce "libertà" dell'*Enciclopedia del Novecento*, Treccani, reperibile online al sito [www.treccani.it](http://www.treccani.it)), la «capacità di muoversi verso uno scopo senza essere mosso». Si tratta di un altro modo di esprimere il concetto di autonomia o autodeterminazione.

<sup>33</sup> Relativamente nuovo è solamente il principio di sostenibilità, principio strettamente ricollegabile, in realtà, a quello di solidarietà (solidarietà intergenerazionale) e di responsabi-

Si tratta di principi: – desumibili dal codice civile, dalle discipline d’ambito, dalla Costituzione, dalla l. n. 241/1990, dal diritto europeo e globale; – ormai di diritto comune, trasversali ai settori (economici e non) e riferibili, anche se in diversa misura, tanto al pubblico quanto al privato, tanto allo stato quanto al mercato<sup>34</sup>.

Senonché i caratteri citati, come detto condivisi da differenti ambiti, per gli enti privati di interesse generale e per il t.s. sono altresì indefettibili, dovrebbero cioè essere costitutivi, statutari e informare la natura e l’attività (causa, funzione, azione), nella loro globalità e interezza, dei soggetti di cui trattasi.

A quanto sopra per il t.s. dovrebbero però aggiungersi, al fine di connotare e specificare il genere in questione rispetto alla famiglia degli enti privati di interesse generale, modi di agire improntati anche e soprattutto, come si è detto, ai principi di libertà e fraternità (si pensi al settore educativo).

Per il pubblico e per il privato, invece, non tutti i principi in questione sono costitutivi o applicabili con la medesima intensità.

Alcuni principi, caratteri ed elementi tipici dell’agire in generale, quali ad esempio l’economicità, l’efficienza, l’efficacia, la tempestività, la concorrenzialità, il merito ed il risultato<sup>35</sup>, sono quindi patrimonio comune dei primi due settori, mentre, pur essendo ovviamente ed auspicabilmente riferibili anche al t.s., non sono di per sé costitutivi dell’ambito in esame. In questo può essere individuata un’ulteriore differenza tra pubblico e *profit* da una parte e t.s. dall’altra.

O meglio, per il volontariato e per la promozione sociale sono neces-

lità. Sul punto si rimanda a F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010. Trattasi di principio che ha acquisito sempre maggiore rilevanza in tutti i settori, come testimoniato anche da alcuni recenti interventi normativi quali, ad esempio, il decreto del Ministero dell’Ambiente e tutela del territorio e del mare 10 aprile 2013 avente ad oggetto il «*Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione – revisione 2013*».

<sup>34</sup> Al privato *profit* certamente alcuni principi, come ad esempio la democraticità, non sarebbero applicabili se non in modo volontario ed attenuato.

<sup>35</sup> Non v’è dubbio che il problema del risultato sia fondamentale per l’attività della pubblica amministrazione, specie in materia di servizi. Per quanto concerne l’attività dei privati, è di norma infatti il mercato che seleziona “i migliori”, mentre per i servizi (si pensi alle prestazioni sociali) il cittadino non ha, generalmente, modo di scegliere.

Per la nozione, ormai consolidata, di amministrazione di risultato si rimanda al volume *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di M. Immordino e A. Police, Torino, G. Giappichelli, 2004.

sivi rispetto ad altri valori, mentre sono comunque importanti per le cooperative (soprattutto di tipo *a*) e per le imprese sociali<sup>36</sup>.

Come si è già visto, i possibili intrecci e le combinazioni sono vari, molteplici, fermo restando che, in ogni caso, per sopravvivere e per mantenere, oltre alla propria identità, anche le proprie modeste agevolazioni, il t.s. non dovrà mai perdere i principi di cui sopra. Diversamente il t.s. diventerebbe un mero prestatore di servizi e, in ragione di ciò, sarebbe destinato a scomparire, a rientrare interamente nella sfera del privato (contrattualizzato).

Si potrebbe concludere dicendo che, senza la permanenza dei fini e delle caratteristiche evidenziate, il t.s. non sarebbe più – come invece ancor oggi è – il principale fornitore di capitale “sociale”<sup>37</sup>, fornitore indispensabile anche per la sopravvivenza del mercato (*profit*). Senza capitale sociale non è infatti possibile pensare a un capitalismo virtuoso e, senza virtù, nessun sistema è destinato al successo e comunque a una lunga durata.

A quanto sopra esposto in via generale, occorre aggiungere una postilla.

I due rami storici del t.s., cioè il volontariato e la cooperazione sociale, hanno in realtà anche ulteriori elementi caratterizzanti e di diversificazione (interni).

Il mondo della cooperazione sociale promuove infatti essenzialmente la capacità di creare lavoro solidale e produce servizi di cura (per i quali vige il principio di doverosità già richiamato), sociali e relazionali; il settore del volontariato è invece caratterizzato dall’elemento della gratuità e quindi del dono.

La diversa connotazione del lavoro (tendenzialmente gratuito per il volontariato, generalmente remunerato per la cooperazione sociale) rappresenta insomma una fondamentale discriminante tra le principali famiglie del t.s.

Nel volontariato gli elementi del dono e della gratuità, pur essendo presenti anche nella cooperazione sociale, assumono infatti una rilevanza costitutiva, strutturale e funzionale (il lavoro è strumento e conseguenza

<sup>36</sup> Si veda M. Bombardelli, *L’impresa sociale e la realizzazione di finalità di di interesse generale*, in *Impresa sociale*, 2005, 2, 99 ss.

<sup>37</sup> Per capitale sociale si intende ora comunemente l’insieme delle relazioni interpersonali essenziali per il funzionamento della società nel suo complesso. Senza capitale sociale, umano, relazioni stabili, durature, anche gratuite, è impossibile pensare ad un equo sviluppo dell’economia. Sull’argomento cfr. l’interessante ricostruzione di F. Pezzani, *La competizione collaborativa. Ricostruire il capitale sociale ed economico*, Milano, Università Bocconi, 2011. Si veda anche *Impresa sociale, concorrenza e valore aggiunto. Un approccio europeo*, a cura di Veronica Federico, Testi Enrico, Deborah Russo, Padova, Cedam, 2012.

delle finalità ablativo), mentre nella cooperazione sociale l'elemento lavoristico<sup>38</sup> e la "produzione" di un servizio sono, se così si può dire, coesenziali rispetto alle finalità solidaristiche.

### 3. Profili formali

Si è cercato, nelle pagine che precedono, di fornire un succinto inquadramento del fenomeno – preesistente, come si è detto, rispetto alla sua regolamentazione – a partire dalla storia e dalla realtà.

Si sono quindi delineati alcuni elementi giuridici introduttivi per provvedere ad una sistemazione complessiva, anche se sommaria, del t.s. (la sostanza, l'essere ed il dover essere in relazione ai principi).

Occorre ora vedere se la "classificazione" effettuata in generale, per quanto necessariamente provvisoria, sia o meno congruente con il dato normativo specifico circa la (più ristretta) nozione di t.s. e se il diritto positivo promuova o meno – e in che modo – gli elementi tipici evidenziati.

Si passerà a tal fine da una disamina del t.s. nel suo insieme (del resto gli studiosi, specie economisti e sociologi, tendono a non differenziare) a un esame puntuale di alcune norme scelte in ragione della predetta specificazione

Quanto sopra sempre mantenendoci sulle norme base, essendo impossibile, almeno in questa sede, dar conto dell'enorme *corpus* di riferimento e della normativa regionale, con la precisazione che, come è noto, quasi tutto ciò che attiene ai servizi alla persona è appunto di competenza delle regioni<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> L'importanza del lavoro, inteso come «elemento di vita e di sviluppo della persona umana, come elemento di comunione tra tutte le persone, come fattore essenziale di caratterizzazione della stessa struttura costituzionale», quale principio presupposto della cooperazione sociale è sottolineata da N. Occhiocupo, *La cornice costituzionale della cooperazione e dell'economia sociale. Atti del convegno "Cooperative ed Economia Sociale a 150 anni da Rochdale"*, Reggio Emilia, Unipolis, 1996.

<sup>39</sup> Si segnalano, tra le altre, le seguenti leggi regionali in materia: l.r. Emilia Romagna, 13 marzo 2003, n. 32, l.r. Calabria, 5 dicembre 2003, n. 23, l.r. Puglia, 25 agosto 2003, n. 17, l.r. Piemonte, 15 gennaio 2004, n. 1, l.r. Toscana, 24 febbraio 2005, n. 41, l.r. Campania, 23 ottobre 2007, n. 11, l.r. Liguria, 24 maggio 2006, n. 12, l.r. Lombardia, 17 marzo 2008, n. 3. Per una analisi del ruolo delle regioni nella materia dei servizi sociali si rimanda a R. Finocchi Ghersi, *L'articolazione Stato-Regioni-enti locali*, in *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, a cura di A. Albanese e C. Marzuoli, Bologna, Il Mulino, 2000, 43 ss., E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit., E. Vivaldi, *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, Giappichelli, 2008 e ID, *I diritti sociali tra Stato e regioni: il difficile contemperamento*



È bene da ultimo precisare, al solo scopo di consegnare una chiave interpretativa preliminare circa la scelta delle disposizioni che si analizzeranno, come sia possibile riscontrare una dialettica continua tra generale e particolare e, se così si può dire, tra “uniformità e differenziazione”. Da una parte infatti si postula l’esistenza della categoria t.s., dall’altra si procede ad una continua gemmazione (proliferazione) di soggetti, con conseguente vanificazione di eventuali letture del fenomeno globalmente inteso.

### 3.1. *Le norme sui soggetti*

In tale prospettiva, senza voler seguire un ordine rigorosamente cronologico (le norme successive sulle diverse materie del resto di norma integrano e specificano le precedenti, non le abrogano), ma partendo dalle discipline inerenti ai soggetti e ai profili strutturali e funzionali, acquisiscono un particolare rilievo gli atti normativi di seguito elencati.

#### *A) L. n. 266/1991. Legge quadro sul volontariato*

È la prima delle discipline di rilievo generale ed è limitata all’inquadramento di un solo soggetto: il volontariato<sup>40</sup>.

Le peculiarità di rilievo attribuite al volontariato sono, in termini teologici, la partecipazione, la solidarietà, il pluralismo, l’essere espressione di libertà positive, la promozione della cura e custodia dell’altro (da non confondere con la mera prestazione di servizi); il tutto funzionalizzato in realtà al «conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato», come recita l’art.1.

Per quanto concerne i profili strutturali e di funzionamento, fonda-

*tra principio unitario e promozione delle autonomie*, intervento tenuto al convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani, 8-9 giugno 2012, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

<sup>40</sup> Anche il volontariato è disciplinato a livello regionale, sulla base dei principi di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266. Tra le varie leggi regionali si ricordano, in questa sede, l.r.g. Lazio, n. 29/1993, l.r. Veneto, 30 agosto 1993, n. 40, l.r. Umbria, 25 maggio 1994, n. 15, l.r.g. Piemonte, 29 agosto 1994, n. 38, l.r.g. Emilia Romagna, 21 febbraio 2005, n. 12, l.r.g. Lombardia, 14 febbraio 2008, n. 1, l.r. Veneto, 3 novembre 2006, n. 23, l.r. Liguria, 6 dicembre 2012, n. 42, l.r. Marche 30 maggio 2012, n. 15, l.r. Calabria, 26 luglio 2012, n. 33, l.r. Friuli Venezia Giulia, 9 novembre 2012, n. 23.

La legislazione regionale sul volontariato è stata esaminata, fra gli altri, da A. Celotto, *La legislazione regionale sul volontariato (trama e ordito di un “vestito di Arlecchino”)*, in *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, a cura di L. Brusciuglia e E. Rossi, Milano, Giuffrè, 2002, 93 ss.

Sulla necessità di ripensare la disciplina nazionale del volontariato a seguito delle modifiche costituzionali introdotte nel 2001 in merito alle competenze tra Stato, regioni e enti locali cfr. F. Dal Canto, *Il volontariato nell’epoca delle autonomie*, in *Areté*, 2009, 3, 116 ss.

mentali sono le seguenti caratteristiche: spontaneità, personalità e gratuità delle prestazioni, assenza di lucro, democraticità interna (in questo vi è una differenziazione rispetto alle organizzazioni di tipo religioso), autonomia e libertà delle forme giuridiche, trasparenza (cfr. artt. da 1 a 3, ma anche art. 11 relativo al diritto all'informazione e all'accesso).

Con i registri (obbligatori per il conseguimento di agevolazioni fiscali) e le convenzioni (art. 7) si inizia il processo di moderata attrazione nella sfera del pubblico del volontariato, pur riconosciuto nella sua originaria preesistenza (la Repubblica riconosce il valore dell'attività del volontariato, recita l'art. 1).

Si tratta, nel complesso e come sopra accennato, della prima importante disciplina di ordine generale, anche se limitata a un solo soggetto, che aiuta e assiste – se non proprio funzionalizza – in modo sistematico le libertà sociali. Le “preesistenze” sono state adeguatamente registrate e indirizzate verso il futuro (funzione promozionale del diritto).

È ancora lontano il concetto lato di terzo settore e non si ragiona in termini di economia civile o alternativa che dir si voglia.

In ogni caso la disciplina ha retto bene al passare del tempo e, grazie al sostegno economico assicurato dalle fondazioni bancarie ai vari centri di servizio al volontariato, la normativa è stata (dai centri stessi) ben interpretata e applicata. Quando il quadro giuridico ha buoni interpreti, di norma non ha bisogno di particolari manutenzioni o aggiornamenti. I problemi che vive il volontariato organizzato (carenza di giovani leve, invecchiamento dei leader fondatori, trasformazione progressiva dei volontari in prestatori di servizi, scarsità di risorse) non dipendono insomma da una lacuna definitiva o da un invecchiamento delle regole.

*B) L. n. 381/1991 (disciplina delle cooperative sociali)*

La legge in questione, di poco successiva alla precedente sul volontariato (è stata pubblicata in dicembre, quella sul volontariato in agosto), ha presentato invece, da subito, una maggior complessità e le problematiche originariamente presenti non sono ancora risolte.

Si tratta infatti di una disciplina innovativa che, rispetto al quadro precedente ha, se così si può dire, costruito e definito dei soggetti nuovi e cioè le cooperative sociali di tipo *a* e *b*<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Le cooperative di tipo *a* sono quelle che svolgono servizi socio-sanitari ed educativi; le cooperative di tipo *b*, come già accennato, si occupano invece di attività “diverse” (artigianato, industria, commercio) finalizzate al reinserimento di soggetti svantaggiati (cfr. art. 1, l. n. 381/1991 recante la disciplina delle cooperative sociali).

Se il volontariato insomma, ben prima della l. n. 266/1991, esisteva e aveva grosso modo le caratteristiche poi semplicemente riconosciute dal diritto positivo, è solo con la l. n. 381/1991 che vengono strutturati dei modelli organizzativi originali e difforni rispetto al quadro comunitario (per una volta arretrato, ancora oggi, rispetto al quadro nazionale).

Si pensi alla cooperativa di tipo *a*. È sì una cooperativa (di servizi) ma, rispetto ai tradizionali organismi mutualistici ha:

1) finalità pubblicistiche e cioè lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini (art.1);

2) un oggetto rigorosamente predeterminato e funzionalizzato (gestione di servizi socio-sanitari ed educativi);

3) la possibilità di costituirsi, e questo ben prima delle liberalizzazioni, come cooperativa di professionisti (art. 10), di disporre di personale volontario (art. 2) e di agevolazioni fiscali (art. 7).

Ebbene, l'inquadramento è quello di un ente (privato) di interesse generale, funzionalizzato al perseguimento di interessi pubblici predeterminati, operante tanto nell'ambito dei servizi di cui all'art. 27, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>42</sup>, quanto in quello dei servizi pubblici – in un'accezione oggettiva<sup>43</sup>

Per un approfondimento della materia si rinvia alla dottrina richiamata nella precedente nota n. 26.

Le cooperative di tipo *b*, a differenza di quelle di tipo *a*, possono contrattare direttamente con la pubblica amministrazione (trattative dirette, private) al di sotto delle soglie comunitarie di cui al Codice dei contratti pubblici. In tal senso si veda ora la determinazione dell'AVCP 1° agosto 2012, n. 3 (cfr. sito istituzionale della stessa Autorità [www.avcp.it](http://www.avcp.it)), avente a oggetto *Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, c. 1, l. n. 381/1991*.

<sup>42</sup> L'art. 27 disciplina i c.d. «contratti esclusi», cioè esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici ma per i quali gli affidamenti debbono comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Per quanto riguarda i servizi, quelli esclusi sono elencati nell'allegato II B del predetto Codice dei contratti pubblici (richiamato dall'art. 20, comma 1, medesimo codice) e comprendono, tra gli altri, i servizi sanitari e sociali.

Per un approfondimento sulla norma in esame si rinvia a A.D. Mazzilli, G. Mari e R. Chieppa, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, I, Milano, Giuffrè, 2008, 430 ss. Si veda altresì il commento dell'articolo 27 di cui al *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, diretto da A. Carullo e G. Iudica, Padova, Cedam, Seconda edizione, 2012, 361 ss.

<sup>43</sup> Per un'attenta e completa definizione di servizio pubblico in senso oggettivo, cfr., di recente, la sentenza del Cons. St., sez.VI, 12 ottobre 2012, n. 5268 in *Foro amm. CDS*, 2013, 1036, ove si legge che «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indi-

– non industriali, chiamati prima servizi di interesse generale non economici e poi, come già accennato, servizi sociali di interesse generale<sup>44</sup>.

Si tratta di un quadro di indubbia complessità, ponendo delle problematiche che spaziano, quanto meno, dal diritto costituzionale al diritto commerciale, dal diritto amministrativo nazionale a quello comunitario.

Il tutto si complica, se così si può dire, con le cooperative di tipo *b* (di reinserimento lavorativo, che svolgono attività di tipo industriale).

Se infatti le cooperative di tipo *a* potevano almeno considerarsi un logico sviluppo, in senso professionale, del volontariato, quelle di tipo *b* costituiscono invece davvero un *unicum*.

Le stesse infatti, avendo nella sostanza le caratteristiche delle cooperative di tipo *a* e il medesimo obiettivo pubblicistico di cui all'art. 1 della legge in questione, svolgono attività industriali e commerciali, entrando in frizione con i soggetti che operano nel libero mercato. Ciò in quanto sono (e questo è un bene) diverse dai laboratori protetti di comunitaria memoria

spensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presidono alla svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili). È facile constatare come l'attività del t.s. sia riferibile, in massima parte, alla nozione sopra riportata.

<sup>44</sup> I servizi di interesse generale identificano, come noto, il modello economico e sociale comunitario, in cui si cerca di conciliare la dimensione sociale con la competitività. In tal senso, si veda F. Giglioni, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 538 ss. e, in particolare, per quanto concerne una trattazione sistematica, ID, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2008. Per quanto riguarda, in particolare, i servizi sociali si veda E. Menichetti, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, a cura di A. Albanese e M. Marzuoli, cit., 79 ss.

Fondamentale è quindi il concetto, ormai ben sviluppato in ambito comunitario anche se poco approfondito in relazione ai servizi sociali (servizi legati al territorio), di «servizio universale», che fa riferimento «ad una serie di requisiti di interesse generale che assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile» (cfr. *Libro Verde sui servizi di interesse generale* – Bruxelles, 21.5.2003, COM(2003) 270 definitivo e, già prima, Comunicazione del 25 settembre 1996 n°281). Si veda, a tale proposito, R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2006, 47 ss. Per un approfondimento si rimanda altresì a G. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002.

(cfr. art.19, direttiva 2004/18/Ce, art. 28 direttiva 2004/17/Ce ed art.52 del D.lg.163/2006)<sup>45</sup>. In altre parole: le cooperative in questione operano (anche) nel mercato, i laboratori protetti tendenzialmente no, dovendo essere costituiti da una prevalenza di soggetti svantaggiati. Le prime quindi possono essere un buon veicolo per il reinserimento, i secondi tendono invece a diventare, in quanto appunto protetti, una mera occasione di impiego assistenziale, non idonea a modificare la situazione dei soggetti svantaggiati e quindi ad assicurare possibilità di recupero e valorizzazione delle diverse abilità.

La definizione delle cooperative di tipo *b* resta insomma ancora una problematica aperta, irrisolta. Se infatti le cooperative di tipo *a*, pur con le caratteristiche di cui sopra, si sono integrate nel mercato (o meglio, tutti i soggetti operanti nel sociale si sono adeguati, magari fittiziamente, al modello normativo, trasformandosi in cooperative), per le cooperative *b* la questione non ha né avrà sbocchi chiari, certi.

Ciò almeno sino a che, in sede comunitaria, non si riconoscerà espressamente la particolarità dello strumento, non lo si valorizzerà. Diversamente, lo si ripete, a far data dai primi interventi “manutentivi” della legge, si pensi all’art. 20, l. n. 52/1996<sup>46</sup>, sino agli ultimi pronunciamenti dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici<sup>47</sup>, lo scontro con il mercato non potrà che

<sup>45</sup> Le stazioni appaltanti possono riservare ai laboratori protetti, ai sensi dell’art. 52 Codice dei contratti pubblici, in deroga alle ordinarie regole di concorrenza, la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di singoli appalti o l’esecuzione degli stessi nel contesto di programmi di lavoro appunto protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati sia composta da disabili. Per un *excursus* sugli appalti riservati disciplinati dalla norma in questione si rimanda a L. Gabriella, *Appalti riservati*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, Ipsoa, 2013, 771 ss.

<sup>46</sup> Tale norma ha modificato l’art. 5, l. n. 381/1991, inserendo la possibilità per le pubbliche amministrazioni di stipulare «anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione» convenzioni con le cooperative sociali di tipo b) per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato sia sotto soglia comunitaria e purché le convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

<sup>47</sup> L’AVCP, con determinazione 23 gennaio 2008, n. 2, ha fornito alcuni indirizzi applicativi in merito agli appalti riservati di cui all’art. 52 del Codice dei contratti pubblici.

In particolare, l’Autorità – previo richiamo del principio di cui all’art. 2 del Codice («il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile») – ha rilevato come, con la norma in questione, il legislatore abbia inteso «perseguire le esigenze sociali di cui all’art. 2, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuri-

acuirsi, a tutto danno degli importantissimi obiettivi (il reinserimento sociale e lavorativo) che l'impianto della legge intende raggiungere.

C) *L. n. 383/2000 (recante la disciplina delle associazioni di promozione sociale)*

L'art. 2, l. n. 383/2000 indica quali associazioni di promozione sociale «le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività *di utilità sociale* a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati».

Se nella disciplina del volontariato risulta fondamentale ed imprescindibile l'altruismo, il fatto cioè di dover rivolgere le cure a soggetti *terzi*, e nella legge sulla cooperazione sociale diventano connotanti l'elemento solidaristico unito al *principio lavorista*, le associazioni in questione si distinguono invece per sottrazioni e successive negazioni.

Sono cioè associazioni di promozione sociale tutti gli organismi *non* lucrativi che svolgono attività di utilità sociale, anche se *non* di cura e *non* rivolta a soggetti terzi, in modo *non* imprenditoriale/professionale (artt. 1 e 2). I c. 2 e 3 dell'art. 2 contengono quindi altre differenziazioni in negativo, evidenziando come non siano comunque associazioni di promozione sociale i partiti politici, i sindacati, le associazioni di categoria, tutte le associazioni che abbiano come finalità la tutela esclusiva degli interessi economici degli associati, i circoli privati.

L'art. 2 nega poi che possano essere associazioni di promozione sociale anche tutte le associazioni che dispongano limitazioni in relazione all'ammissione degli associati, che prevedano il diritto di trasferimento della quota associativa o infine che colleghino, in qualsiasi forma, la partecipazione sociale alla titolarità di azioni o quote di natura patrimoniale.

Rientrano invece, in positivo, tra le finalità possibili, anche quelle di tendenza, non neutre: si apre agli scopi meramente culturali e civili (astratti

dici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, nel caso dell'art. 52, attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi esclusivamente concorrenziali». La deroga «alle condizioni normali di concorrenza» riguarda quindi, per l'Autorità, solamente i limitati casi previsti dall'art. 52 in questione. Per un commento di tale deliberazione ci si permette di rinviare a P. Michiara, *I "servizi sociali privati senza scopo di lucro" e i principi del diritto comunitario*, cit.

e generali, non a favore di soggetti individuati) e alla ricerca etica e spirituale. Le comunità islamiche locali si stanno orientando e quindi strutturando, in una prospettiva di migliore integrazione sociale e anche al fine di poter usufruire di benefici, proprio secondo il modello delle associazioni di promozione sociale.

Per il resto (registri, convenzioni, agevolazioni) non vi sono particolari differenze rispetto alle normative precedentemente esaminate<sup>48</sup>.

La disciplina ha la meritevole idea di voler “chiudere il cerchio”, senonché, come noto, ogni volta che si intenda porre la parola fine a un quadro definitorio, non si fa che aumentare la complessità. Per fare solo un esempio, risulta evidente come restino per esempio escluse le mere associazioni, non a caso disciplinate poi da diverse leggi regionali sull’associazionismo.

*D) D.lgs. n. 460/1997. Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*<sup>49</sup>.

Ai sensi dell’art. 10, c. 1, «Sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica» purché tali organismi svolgano attività nei settori elencati dalla norma e cioè tra gli altri: assistenza sanitaria, sociale e socio-sanitaria; beneficenza; istruzione; formazione; tutela dei beni culturali; sport; tutela dei diritti civili ed altri.

<sup>48</sup> Le associazioni di promozione sociale sono state quindi variamente “interpretate” nelle diverse regioni. Si ricordano, tra le tante, la l.r. Emilia Romagna, 9 dicembre 2002, n. 34, con la quale sono stati istituiti i registri regionale e provinciali delle associazioni di promozione sociale, riconoscendo – alle associazioni iscritte – ampie opportunità e benefici. Altrettanto si è verificato, ad esempio, in Veneto, con la l.r. 13 settembre 2001, n. 27, in Toscana, con la l.r. 9 dicembre 2012, n. 42.

Una ricostruzione circa l’attuazione regionale della legge n. 383/2000 si rinviene nello studio intitolato *L’inquadramento giuridico dell’associazionismo di promozione sociale all’interno del Terzo settore*, condotto da Isfol (Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori, ente di ricerca sottoposto alla vigilanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali), reperibile in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

In dottrina (per un approccio sociologico) si veda P. Donati, A. Maccarini e S. Stanzani, *L’associazionismo sociale oltre il welfare state: quale regolazione?*, Milano, Franco Angeli, 1997.

<sup>49</sup> Per i profili giuridici si rimanda a E. Rossi, *I criteri di identificazione delle ONLUS*, in *Terzo settore e nuove categorie giuridiche: le organizzazioni non lucrative di utilità sociale*, cit. Si veda altresì C. Bottari, *I profili istituzionali della normativa in tema di Onlus*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 339 ss.; G. Rivetti, *ONLUS Autonomia e controlli*, Milano, Giuffrè, 2004; A. Santuari, *Le onlus*, Padova, Cedam, 2007.

Lo *status* di *onlus* è quindi ulteriormente condizionato, in positivo, al costante perseguimento in via esclusiva di finalità di solidarietà sociale, in negativo alla non distribuzione degli utili, utili che devono essere impiegati per la realizzazione delle attività istituzionali.

Il decreto legislativo in questione si pone cronologicamente *prima* della legge sugli organismi di promozione sociale, ma concettualmente *dopo*, avendo l'ambizione di abbracciare l'intero mondo del *no profit*.

Il decreto, dal titolo rispettosamente autolimitato a un mero riordino della disciplina tributaria, contiene in realtà un'aspettativa alta, tipica degli economisti, di definire appunto in modo omnicomprensivo, a prescindere dalla struttura e dalle forme giuridiche (fermo restando il solo obbligo della forma pubblica, notarile, per l'atto costitutivo), tutti gli organismi del terzo settore, tanto sotto il profilo soggettivo quanto in relazione agli aspetti oggettivi (i contenuti e le attività ricomprese).

Sono infatti previsti, nel lunghissimo art.10, tutti i riferimenti alla materie ammesse, in senso positivo, ma anche per esclusione, gli aspetti strutturali e funzionali degli organismi in questione e, da ultimo, un profilo soggettivo identificativo riassumibile appunto nell'acronimo di *onlus*.

L'assenza del lucro soggettivo e il concetto lato di utilità sociale dovrebbero cioè, secondo un'ottimistica prospettiva di tipo aziendalista, risolvere le problematiche di tipo definitorio. A che cosa servono del resto le definizioni, secondo una prospettiva economica, se non a discriminare chi può star dentro e chi rimarrà invece fuori dai confini delle agevolazioni – finanziarie e tributarie – e dal mercato?

Tasse, imposte e “denari” costituiscono insomma sempre un grande stimolo alla produzione di un diritto legato alla concretezza: si tratta di definizioni non oziose, non velleitarie, ma immediatamente percepibili nella loro praticità.

Ma l'ottimismo in parte dovrebbe essere ridimensionato se sol si pensi al fatto che anche il decreto in questione, che dovrebbe essere di tipo ricognitivo, istituisce un ulteriore registro/anagrafe (art. 11). Ogni legge che abbiamo sino ad ora esaminato prevedendo cioè, oltre a una serie di definizioni, anche un proprio albo dedicato, non fa che aumentare ed espandere la massa delle informazioni, creando un discreto disordine.

#### *E) D.lgs. n. 155/2006. Disciplina dell'impresa sociale*

Se, nel gergo comune, per impresa sociale si intende qualsiasi organismo produttivo avente le caratteristiche strutturali e funzionali delle *onlus*, occorre in realtà non dimenticare, come invece spesso avviene, la portata in-



novativa, sotto il profilo giuridico e definitorio, del decreto legislativo in questione<sup>50</sup>.

Il decreto infatti istituisce *ex novo* un organismo autonomo e diverso che, pur potendo ricomprendere anche i soggetti precedentemente illustrati, apre le porte del terzo settore alle imprese commerciali di impronta capitalista. O meglio, dilata i concetti di impresa e società, ordinariamente trattati dalla scienza aziendalistica e dal codice civile, per coniare un istituto assai originale, complesso e ibrido (anomalo).

L'impresa sociale infatti, pur riferendosi a tutte le possibili forme civilistiche tradizionali:

a) può però operare solo in determinati settori (ex art. 2), cioè negli ambiti propri in parte delle cooperative sociali e in parte delle associazioni di promozione sociale;

b) non consente la distribuzione di utili, con conseguente “snaturamento” della funzionale tradizione dell'impresa;

c) ammette la direzione gerarchica e “padronale” tipica delle imprese capitaliste, non essendo previsto il requisito della democraticità interna;

d) dispone però, come obbligatorie, forme deboli di coinvolgimento tanto dei lavoratori quanto dei destinatari delle attività, rimandando sul punto solo ai regolamenti interni, nulla essendo previsto in termini di contenuti dalla norma;

e) consente l'utilizzo di volontari nei limiti del 50% dei lavoratori utilizzati (art. 14), rivoluzionando quindi la nozione stessa di azienda commerciale, connotata dall'utilizzo del lavoro salariato, dipendente.

Se si considera poi che le *onlus* possono essere imprese sociali e viceversa, che le imprese sociali potrebbero non essere *onlus*, che il controllo sembra demandato al solo Ministero del lavoro (art.16) ma che per tale controllo non è previsto un onere per le pubbliche finanze (art.18), si potrebbe

<sup>50</sup> Cfr., per un approfondimento sull'impresa sociale, G. Fiorentini, *L'impresa sociale italiana*, in *Pubblica amministrazione ed enti non profit*, a cura di V. Tondi Della Mura, D. Cosmo, G. Fiorentini, 2007, Lecce, Pensa Multimedia, 149 ss. e ID, *Impresa sociale e sussidiarietà*, Milano, Franco Angeli, 2005; M. Musella e A. Albanese, *Il ruolo dell'impresa sociale nei processi di sviluppo locale*, in *Impr. soc.*, 2010, 15 ss.; R. Randazzo, *Impresa sociale: un'opportunità per il Terzo Settore*, in *Enti non profit*, 2009, 25 ss. Per una disamina più ampia rispetto ai confini nazionali cfr. *L'impresa sociale in prospettiva europea*, a cura di C. Borzaga e J. Defourny, Trento, Edizioni 31, 2001.

Un caso specifico di impresa sociale “singolare” (originale s.p.a. a maggioranza privata, con partecipazione minoritaria del pubblico), è rappresentato da Parmainfanzia (F. Manfredi, *Dall'impresa sociale alla co-impresa pubblico-privata. Il caso Parmainfanzia Spa*, Parma, MUP, 2007).

pensare, in negativo, a un modello quantomeno “perplesso”, sicuramente ibrido e scarsamente controllabile. In zone del paese dove la tutela del lavoro è carente, ammettere il lavoro volontario all’interno di un’impresa si potrebbe prestare ad evidenti e gravi abusi. Si potrebbe del resto ritenere che l’istituto non sia riferibile al terzo settore<sup>51</sup>.

In realtà, a ben vedere, si potrebbe anche sostenere il contrario. Le imprese sociali potrebbero costituire il vero fulcro di una nuova libera imprenditoria sociale, espressione di una libertà (d’impresa) solidale in grado di scalfire l’asprezza del mercato tradizionalmente inteso e di orientare pertanto l’intera economia in senso civile (il richiamo al rinnovato interesse per l’economia civile è d’obbligo). Le cooperative sociali multisettoriali, di dimensioni ultraregionali, non sempre del resto brillano per democraticità e l’influenza nella *governance* dei soci lavoratori, il più delle volte stranieri, è davvero meramente teorica.

In ogni caso la complicazione, almeno sotto il profilo soggettivo, è destinata ad aumentare.

Si tralascia in questa sede la trattazione delle fondazioni: private, pubbliche, di origine bancaria o comunitaria. Per le prime dovrebbero comunque valere le norme del codice civile (oltre alla richiamata disciplina sulle *onlus*). Per le altre anche le diverse e complesse regolamentazioni di settore, già diffusamente da altri studiate<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> L’impresa sociale potrebbe cioè essere considerata un’impresa “umanizzata”, che volge al sociale, non un soggetto che agisce nei confini sussidiari entro i quali dovrebbe operare il t.s. I confini peraltro, come si è visto, sono estremamente mobili.

<sup>52</sup> Per un’analisi delle fondazioni bancarie, con spunti riferiti tanto al quadro costituzionale generale quanto alla prassi, si rinvia a G. Morbidelli, *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa e sul grado di autonomia costituzionalmente garantita agli stessi*, in *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di F.A. Roversi-Monaco, Rimini, Maggioli, 1998, 101 ss. e ID, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *www.giustamm.it*, 2010; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 463 ss.; A. Police, *Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo*, in *Il diritto dell’economia*, 2008, 513 ss.

Ricostruisce in modo approfondito la problematica delle fondazioni, con particolare riferimento ai vari interventi della Corte Costituzionale sul punto, G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004. In relazione alle problematiche dei controlli (che sarebbero fondamentali per tutto il t.s.) cfr. G. della Cananea, *La vigilanza sulle fondazioni bancarie: percorsi, prospettive*, in *Quale fiscalità per le fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. Giusti e M. Passalacqua, Cedam, Padova, 2010, 115 ss..

Di recente si veda, per quanto concerne un approccio settoriale, A. Carullo, *Domanda pubblica e fondazioni di origine bancaria*, in *Riv. Trim. degli appalti*, 2012, 1, 5 ss.

### 3.2. Le norme sulle materie

Dopo aver esaminato le principali discipline che trattano i profili strutturali e funzionali dei soggetti, si elencheranno ora le normative base individuate in relazione alla materia e al contenuto oggettivo (prevalente, cioè l'assistenza).

Quanto sopra sempre nella limitata ottica di delimitare la nozione di t.s.

A) *L. n. 328/2000* (“*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*”)

La legge, nell'art. 1 e nell'ambito appunto (delimitato) dei servizi sociali, riconosce quali organismi del terzo settore gli «organismi non lucrativi di utilità sociale, gli organismi della cooperazione, le associazioni e gli enti di promozione sociale, le fondazioni, gli enti di patronato, le organizzazioni di volontariato, gli enti riconosciuti delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese operanti nel settore nella programmazione, nella organizzazione e nella gestione del sistema integrato di interventi e servizi sociali». O meglio, il termine terzo settore viene utilizzato nel successivo art. 5, ma è chiaro come, non essendo contenuta nell'art. 5 né una definizione né una elencazione di soggetti, per comprendere che cosa sia, per la legge in esame, il t.s., ci si debba riferire all'art. 1.

Dagli artt. 1, 3, 5 e ss. della legge, il t.s. viene quindi presupposto come una istituzione già esistente, tant'è che, mutuando una terminologia analoga a quella che la Costituzione utilizza per le formazioni sociali, l'art. 1 evidenzia come il pubblico debba riconoscere e agevolare il ruolo del t.s., istituzione considerata fondamentale per la programmazione, la progettazione e la realizzazione “concertate” di interventi sociali.

Le agevolazioni vengono quindi giustificate in base alla circostanza che il t.s. concretizzerebbe il principio di sussidiarietà (art. 5)<sup>53</sup>. Il principio, an-

<sup>53</sup> In relazione al principio di sussidiarietà (limitatamente all'ambito specifico della presente trattazione), si rinvia, tra i tanti, a E. Vivaldi, *I servizi sociali e le Regioni*, cit., 137 ss.; C. Panzera, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, cit.; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; E. Ferrari, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99 ss.; A. Albanese, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, Giuffrè, 2007; *Che cosa è la sussidiarietà*, a cura di G. Vittadini, Milano, Guerini e Associati, 2007; *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, a cura di C. Magnani, Torino, Giappichelli, 2007; M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, cit., 283 ss.

È stato rilevato da autorevole dottrina come i pilastri del nuovo modello di *welfare* in

cora prima della sua costituzionalizzazione, inizia a essere promosso presso il grande pubblico proprio a partire da questa importante legge quadro e ad affermarsi, in modo consistente, anche se come “manifesto” piuttosto che come reale e concreta linea guida, nelle produzioni normative e amministrative successive (le cui strutture e finalità effettive, di impronta statalista ed assistenziale, rimangono invariate).

La legge, in sintesi: – parte dal concetto di sussidiarietà e utilizza il *nomen* terzo settore, pur impiegando anche termini “altri” quali «soggetti operanti nell’ambito della solidarietà sociale» (art.19); – contiene un’elencazione molto lata, estesa e comprensiva dei soggetti; – collega il t.s. in modo molto chiaro ad una sola materia (assistenza); – riconosce e attribuisce al t.s. compiti tipicamente pubblicistici, anche se, giusto il citato principio di sussidiarietà, non sembra che i soggetti siano collocati in un rapporto di funzionalizzazione organica (l’art.19 parla di collaborazione ma la prassi, per esempio nel caso dell’accreditamento, è nel senso dell’inserimento quasi organico)<sup>54</sup>.

L’importanza della legge in questione, ai fini delle definizioni concettuali, consiste quindi e comunque nel fatto che, per la prima volta in una

corso di realizzazione (non più incentrato sulla prevalenza dell’erogazione pubblica, ma rappresentato da un sistema di servizi sociali «a più protagonisti, istituzionali e della solidarietà») siano «l’affermazione del principio di sussidiarietà circolare e la connessa evoluzione del rapporto pubblico/privato nell’organizzazione e nell’erogazione dei servizi alla persona, tendenti a garantire i diritti sociali più rilevanti». In tal senso, E. Rossi, *I diritti sociali nella prospettiva della sussidiarietà verticale e circolare*, in *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, cit., 56 ss. Sulla sussidiarietà circolare insistono anche gli economisti ed in particolare S. Zamagni. Si veda, a tale proposito l’intervista all’Autore dal titolo *Il nuovo welfare? Né pubblico né privato: “circolare”* in [www.genteveneta.it](http://www.genteveneta.it) e sintetizzata in [www.labsus.org](http://www.labsus.org) (*Dal welfare state alla welfare society*).

Sul concetto di «sussidiarietà circolare», intesa come «possibilità di dar corso a una inedita collaborazione per realizzare quanto né lo stato da solo, né i cittadini da soli possono fare» cfr. G. Cotturri, *Cittadinanza attiva e sussidiarietà circolare*, in [www.labsus.org](http://www.labsus.org).

In relazione quindi alla gestione dei c.d. beni comuni, alla luce del principio in esame, si v. *Sussidiarietà e concorrenza*, a cura di D. Donati e A. Paci, Bologna, Il Mulino, 2010. Per un caso “pratico”, avente ad oggetto l’affidamento di un bene in concessione esclusiva a una associazione di volontariato e i limiti del potere discrezionale dell’amministrazione, cfr. Cons. St., sez.VI, 6 ottobre 2009 n. 6094, commentata da F. Gighioni, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm.* – CDS, 2009, 2909 ss.

Una ricerca recente sul principio di sussidiarietà orizzontale nel campo dei servizi di interesse generale si rinviene quindi in G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2010. Per una compiuta ricostruzione del principio cfr., da ultimo, D. Donati, Bologna, Il Mulino, 2013.

<sup>54</sup> Sull’argomento si rimanda alla precedente nota 15.

legge quadro, vengono usati in modo pregnante e consistente, come si è detto, i termini terzo settore e sussidiarietà<sup>55</sup>.

B) D.P.C.M. 30 marzo 2001. Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie

Il d.P.C.M.<sup>56</sup>, a sua volta, tralasciando gli enti delle confessioni religiose (menzionati invece nella l. 328/2000), indica quali soggetti del terzo settore le stesse organizzazioni di cui alla legge 328/2000 e genericamente «tutti gli altri soggetti privati non a scopo di lucro»<sup>57</sup>.

L'atto di indirizzo quindi non specifica né fornisce altre indicazioni utili per l'individuazione del t.s., rimandando a nozioni “estese”. Sennonché, prevedendo agevolazioni e deroghe alle discipline ordinarie, tanto in

<sup>55</sup> Si rinvia, per un commento alla legge, a *Il sistema integrato dei servizi sociali*, a cura di E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni e G. Pastori, Milano, Giuffrè, 2007.

Si vedano altresì, sulla disciplina dei servizi sociali così come scaturite dalla legge n. 328/2000, A. Police, *Stato, Regioni ed enti locali nell'assunzione e gestione dei servizi sociali: prove di sussidiarietà. Riflessioni a margine della legge quadro sui servizi sociali*, in *Rapporto 2001 sul Servizio Sociale in Italia*, Ente Italiano di Servizio Sociale (EISS), Roma, 2001, 225 ss.; *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, a cura di A. Albanese e C. Marzuoli, cit.; E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, cit.; *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di R. Morzenti Pellegrini e V. Molaschi, Torino, Giappichelli, 2012; *Manuale di diritto dei servizi sociali*, a cura di E. Codini, A. Fossati, S.A. Frego Luppi, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>56</sup> Il regolamento costituisce, seguendo il titolo, un atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona. È stato poi variamente “interpretato” in numerose norme regionali.

Sulle procedure concorsuali ci si permette di rimandare a P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, cit. Si veda altresì F. Dal Canto, *La scelta del contraente nelle convenzioni tra enti pubblici ed organizzazioni di volontariato per l'affidamento dei servizi alla persona alla luce della più recente normativa di settore*, in L. Brusciuglia e E. Rossi, *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, cit. 392 ss.

Il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135 (cosiddetta *Spending review bis*), nel generalizzare e ribadire il principio della gara per l'acquisto sul mercato di beni e servizi strumentali alla propria attività, prevede tuttavia (art. 4, comma 8) che «Sono altresì fatte salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 383, degli enti di volontariato di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all'art. 90, l. 27 dicembre 2002, n. 289, delle organizzazioni non governative di cui alla l. 26 febbraio 1987, n. 49, e delle cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381».

<sup>57</sup> Tanto la l. n. 328/2000 quanto il d.P.C.M. 30 marzo 2001 dedicano tra l'altro entrambi uno specifico articolo alla promozione e qualificazione del terzo settore (rispettivamente art. 5, l. 328/2000 e art. 8 d.P.C.M. in esame). Si promuove quel che non viene definito.

relazione agli strumenti di affidamento dei servizi (artt. da 4 a 7), quanto in merito ad ausili economici di vario genere (art. 8), forse sarebbe stato opportuno circoscrivere e meglio delimitare la nozione stessa.

In ogni caso non v'è dubbio che emerga ora un quadro di progressiva funzionalizzazione e responsabilizzazione del settore, chiamato a collaborare alla soddisfazione di interessi pubblici e collettivi (programmazione e non solo gestione dei servizi), non riferibili cioè solo ai bisogni dei singoli soggetti di norma oggetto delle cure del t.s.

Questo ha comportato però, se così si può dire, qualche elemento di negatività: il t.s., anche nel linguaggio dell'articolato, da collaboratore del pubblico è iniziato a diventare (mero) prestatore d'opera dal quale poter acquistare servizi. Nasce insomma un mercato dei servizi sociali che, alla fin fine, in ben poco diverge dal campo delle esternalizzazioni<sup>58</sup>.

C) Esiste quindi un'enorme quantità di leggi, nazionali e regionali, e di disposizioni normative di vario genere, che disciplinano *singoli settori* (ad esempio sanità, disabilità, anziani, educativo, cultura, carcere, etc.) e che menzionano il t.s.

Non è possibile dar conto, nel presente limitato scritto, di tale ingente mole di produzione normativa, destinata (purtroppo) ad espandersi in modo inversamente proporzionale alla capacità di fornire concrete risposte ai bisogni emergenti.

Si rileva in ogni caso come la nozione di t.s. contenuta nei predetti atti normativi non si discosti da quanto fino ad ora evidenziato. L'esistenza del t.s. viene presupposta.

Sono rilevabili pertanto, come si è visto, distinti provvedimenti normativi – di carattere composito – che elencano gli enti ed i soggetti, le materie e le attività che, ai (soli) sensi delle diverse discipline di riferimento (servizi sociali e culturali, sanità, disabilità, tossicodipendenza, cooperazione, etc.), sono considerati riferibili all'ambito oggetto d'esame.

Non vi è mai una precisazione su cosa debba esattamente intendersi, in via generale, per t.s. Si delineano appunto delle forme, degli strumenti, dei contenuti, ma è difficile cogliere un quadro d'insieme.

<sup>58</sup> In relazione ai rischi evidenziati si veda l'acuta ricostruzione di A. Albanese, *I servizi di interesse generale di carattere non economico*, in *Ordinamento europeo e Pubblica Amministrazione*, a cura di G. Sciullo, Bologna, Bononia University Press, 2009, 249.

Per un inquadramento complessivo delle esternalizzazioni si rimanda a G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.

Si sono riscontrati quindi, in senso problematico:

a) un gioco di rimandi tra una legge e l'altra, stante anche il fatto che alcuni "attori" vengono definiti in negativo, per sottrazione;

b) l'alternarsi di tentavi (iniziali) di definire i soggetti separatamente e contrapposte spinte volte ad una trattazione uniforme (la disciplina sulle *onlus*);

c) la dialettica tra regolamentazione per enti e normazione per materie;

d) una non chiara invocazione del principio di sussidiarietà (che genere di sussidiarietà?).

È pertanto opportuno, anche per fornire qualche breve spunto ricostruttivo, provare a enucleare e descrivere i principi che connotano (o dovrebbero informare) la disciplina.

Dopo aver cioè introdotto la materia, in modo complessivo, nella parte iniziale del presente scritto e aver effettuato una sintetica disamina di alcune norme puntuali scelte, si cercherà di riaprire il discorso (si tratta di principi "mobili") alla luce di quanto già segnalato.

#### **4. Principi e problemi**

L'approfondimento problematico in questione verrà effettuato tenendo conto di quanto è emerso dalla dottrina, saldamente ancorata alle radici della Costituzione, e dal quadro comunitario, anch'esso ancora in divenire.

Quanto sopra a partire dagli elementi più propriamente giuridici (le nozioni, sotto un profilo statico), per passare poi ad esaminare alcuni aspetti di tipo dinamico: problemi in senso lato organizzativi e di funzionamento, afferenti alla struttura e al modo di agire dei soggetti.

##### *4.1. La Costituzione, la funzione promozionale del diritto, la dialettica degli opposti*

Alcuni esponenti della dottrina, stante la richiamata assenza di una nozione giuridica di t.s., vennero chiamati dall'Agenzia per il terzo settore – ora soppressa, come esposto nella nota 4, per ragioni di mero risparmio – a ragionare in termini propositivi. Vi fu insomma un espresso invito, condiviso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a formulare una proposta attraverso la previa costituzione di uno specifico gruppo di lavoro.

Il gruppo, nel contesto riformatore di cui sopra, definì il t.s. come

«l'ambito in cui agiscono soggetti giuridici collettivi privati che, senza scopo di lucro, svolgono attività di utilità sociale come espressione di solidarietà»<sup>59</sup>.

Diventano quindi caratterizzanti, nella definizione di cui sopra e fra gli altri, gli aneliti solidaristici di cui agli artt. 2 e 4 Cost.<sup>60</sup>, il valore della partecipazione e del pluralismo sociale, le nozioni di utilità, funzioni e fini sociali (artt. 41, 42, 43 Cost.), lo spirito collettivistico e cooperativo di cui all'art. 45 Cost., i principi espressi nelle nozioni aperte – anche se non espressamente citate – di “cittadinanza attiva”<sup>61</sup> e di sussidiarietà.

<sup>59</sup> Il gruppo (composto da Giampiero Rasimelli, Marida Bolognesi, Luca Antonini, Adriano Propersi, Emanuele Rossi quali membri dell'Agenzia; Alessandra Albanese, Francesco Barachini, Luciano Bruscuola, Francesco D. Busnelli, Antonio Cetra, Pierluigi Consorti, Francesco Dal Canto, Alessandro Giovannini, Paolo Michiara, Francesco Rigano, Vincenzo Tondi Della Mura, Elena Vivaldi, in qualità di studiosi ed esperti della materia) ha esaminato, in modo interdisciplinare, le principali problematiche giuridiche relative al terzo settore, elaborando appunto una serie di proposte. Gli incontri si sono svolti nel quadro logistico e istituzionale della Scuola Sant'Anna di Pisa. Il documento finale, intitolato *Proposte per una riforma organica della legislazione sul terzo settore*, è rinvenibile in *Areté*, supplemento al n. 3/2009.

In dottrina, il t.s. è stato definito come «l'ambito in cui agiscono soggetti collettivi privati costituiti per uno scopo di solidarietà sociale e diverso dal lucro, impegnati in attività congruenti con tale finalità» da P. Consorti, *Legislazione del Terzo settore*, cit.

Sul ruolo del terzo settore si rinvia a S. La Porta, *Art. 5 (Ruolo del terzo settore)*, in *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 169 ss.; R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 205 ss.; E. Rossi, *Linee guida sulla definizione di criteri e di modelli per la partecipazione del Terzo settore alla determinazione delle politiche pubbliche a livello locale*, in *Areté*, 2011, 5 ss.

Per una disamina del terzo settore e del peso che lo stesso ricopre in ambito economico si rimanda alla *Ricerca sul valore economico del terzo settore in Italia 2012*, promossa da *Unicredit Foundation* (comitato scientifico G. Fiorentini, S. Zamagni, M. Carrara e Z. Rotondi), reperibile in [www.unicreditfoundation.org](http://www.unicreditfoundation.org).

<sup>60</sup> Un'interessante e recente analisi dei principi di solidarietà e fraternità, con riferimenti al diritto civile, si rinviene in F.D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss.

Sul principio di solidarietà sociale si rimanda a E. Balboni, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Il Mulino*, 1987, 5, 709 ss.; E. Rossi, *Il principio di solidarietà*, in *I principi fondamentali della Costituzione Italiana*, a cura di J. Luther, E. Malfatti e E. Rossi, Pisa, Plus, 2002, 93 ss.; E. Rossi e A. Bonomi, *La fraternità fra «obbligo» e «libertà». Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati e A. Mattioni, Roma, Città nuova, 2007, 86 ss.

<sup>61</sup> Sull'argomento cfr. *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, a cura di G. Arena e G. Cotturri, Roma, Carocci, 2010. Arena è Presidente e co-fondatore del centro studi (giuridici) Labsus, il Laboratorio per la sussidiarietà, nato con l'obiettivo di promuovere il principio di sussidiarietà partendo dalla certezza che «le persone sono portatrici non solo di bisogni ma anche di capacità e che è possibile che queste capacità siano messe a disposizione della comunità per contribuire a dare soluzione, insieme con le amministrazioni



La sussidiarietà in particolare, come noto molto invocata ma poco praticata, divenuta ora principio fondante a seguito del riformato articolo 118 Cost., sarà destinata, nelle sue varie declinazioni e precipuamente in relazione agli strumenti di partenariato (da non confondersi con le mere esternalizzazioni), a delimitare i confini e i rapporti, non sempre idilliaci, tra i centri e le periferie, tra il pubblico ed il privato, tra esigenze statuali, sociali e ragioni del mercato<sup>62</sup>.

Le predette nozioni sembrano quindi tener conto anche delle più recenti tendenze provenienti dal quadro comunitario concernente l'economia detta sociale<sup>63</sup>, quell'economia che, riconoscendo la "tragicità" della dialettica degli opposti<sup>64</sup> (profitto e gratuità, libera concorrenza e coordinamento strutturato, autorità e libertà, contrattazione e delega), dovrebbe superare l'opposizione ed i conflitti appunto tra pubblico e privato e preferire alla logica della mera competizione quella della cooperazione: si può concorrere nel senso proprio del termine, cioè correre insieme.

La *Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale* (2008/2250(INI)) ha evidenziato infatti, tralasciando aspetti formalistici, come il modello di impresa del terzo settore «non può essere identificato né sulla base delle sue dimensioni né del settore di attività, bensì sulla base del rispetto di valori comuni come il primato della democrazia, della persona e degli obiettivi sociali sul capitale, la difesa e l'applicazione dei principi di partecipazione, solidarietà e responsabilità, la conciliazione degli interessi degli utenti con l'interesse generale, il controllo democratico da parte dei suoi membri, l'adesione volontaria e aperta, l'autonomia di gestione e l'indipendenza rispetto ai poteri pubblici, l'allocazione della maggior parte delle eccedenze a favore del perseguimento di obiettivi di svi-

pubbliche, ai problemi di interesse generale». Si rimanda, per approfondire l'argomento, a [www.labsus.org](http://www.labsus.org) e ivi, tra gli altri, all'articolo di F. Cortese, *Dalla cittadinanza globale alla cittadinanza attiva*, 2010.

Per una visione del principio di sussidiarietà in rapporto ai concetti di cittadinanza attiva e per le connessioni esistenti tra il principio in esame e la concorrenza si rimanda altresì al volume *Sussidiarietà e concorrenza*, a cura di D. Donati e A. Paci, cit.

<sup>62</sup> La sussidiarietà non è comunque una soluzione a costo zero, un "pasto gratis", né uno strumento miracolistico per sopperire ad una crisi endemica.

<sup>63</sup> Per la definizione di economia sociale cfr. *Dizionario di economia civile*, cit. Sull'argomento si veda altresì *L'economia sociale: una risposta alla crisi*, a cura di M. Bray e M. Granata, Roma, Solaris, 2012. Non ci si attarda sul dibattito (non sempre pregnante) inerente al modello tedesco dell'economia sociale di mercato.

<sup>64</sup> Il richiamo d'obbligo è alla dialettica hegeliana prima e, quindi, alla successiva e diversa vitalistica contrapposizione tra apollineo e dionisiaco in Friedrich Nietzsche (*La nascita della tragedia*, Milano, Adelphi, 1977).

luppo sostenibile e dei servizi resi ai membri nel rispetto dell'interesse generale»<sup>65</sup>.

Ancora una volta quindi emerge l'importanza dei principi e dei valori, dei contenuti, degli obiettivi (profilo teleologico), non delle forme strutturali, dei profili meramente soggettivi e quantitativi.

In particolare alcuni temi guida, quali ad esempio la democraticità, il primato della dignità della persona (tanto del lavoratore quanto del fruitore dei servizi), l'autonomia dal potere pubblico e privato, la sostenibilità, inducono a ritenere possibile la rinascita – o riscoperta che dir si voglia – della nozione di economia detta civile (tipicamente italiana, precedente rispetto all'economia sociale di mercato), sistema che, in alternativa ad una visione basata unicamente sul *self interest*<sup>66</sup>, promuove una visione comunitaria dei rapporti economici. Si tratta di una visione nella quale il t.s. assume un ruolo fondamentale, in quanto lo stesso viene considerato in grado di condizionare positivamente il settore *profit*, trasformandolo.

La realtà, le migliori prassi, andrebbero quindi, nelle predette prospettive, seguite e incentivate (la funzione promozionale del diritto) nell'ambito di un quadro di riferimento progressivo, aperto alla rapida mutevolezza del settore e difficilmente comprimibile in forme chiuse.

In ragione dell'impostazione sostanzialista, funzionale e anche della nota provenienza delle nozioni di terzo settore e *no profit* dagli studi sui mercati, le reti sociali e le istituzioni, ne consegue come potrebbe essere utile accennare pertanto a indicazioni e problematiche ascrivibili, in senso lato, ad un approccio di diritto ed economia.

Si tratta di un metodo che, come noto, tende a superare i confini delle discipline e pone al centro appunto la realtà, i temi ed i casi piuttosto che le strutture formali, le questioni aperte anziché la descrizione e l'esegesi delle sole norme. Ciò anche in ragione del fatto che le comunicazioni, le relazioni, le guide e i *vademecum* che, in ambito comunitario, trattano del tema, oltre a fuoriuscire dal concetto di fonte in senso tradizionale (sono per lo più "letteratura grigia"), non conoscono distinzione di disciplina.

<sup>65</sup> La citata *Risoluzione del Parlamento Europeo sull'economia sociale* è pubblicata in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>66</sup> Sugli interessi più o meno egoistici e l'economia civile si rinvia alla nota 1. Adam Smith, nel Settecento, aveva sviluppato in realtà non solo il concetto di *self interest*, ma anche ampiamente, nella "*Teoria dei sentimenti morali*" (opera pubblicata nel 1759), il concetto di *sympathy*, intesa come capacità di immedesimarsi nella situazione e nel pensiero degli altri. Il concetto anticipa quello (moderno) di empatia, nozione ora utilizzata diffusamente anche dalla neuroeconomia (sviluppo dell'economia comportamentale).

Se insomma sino ad ora abbiamo abbozzato i principi giuridici pubblicistici, costituzionali e comunitari, si provvederà nei successivi paragrafi a fornire qualche spunto, necessariamente sommario, proveniente dal diritto (in senso lato) riguardante le istituzioni complesse; del resto gli apparati – pubblici e privati – presentano ormai analoghe problematiche organizzative, strutturali e funzionali<sup>67</sup>. Il tutto dando per presupposte le nozioni base proprie degli studi di diritto commerciale e tributario e premettendo sin da ora che gran parte dei punti di partenza, contenuti nei successivi paragrafi 4.2. e 4.3, derivano dall'elaborazione maturata nell'ambito del gruppo di giuristi di cui si è dato conto.

#### 4.2. *Le regole, l'economia sociale e il mercato*

Il t.s., per quanto riguarda gli studi e gli approcci aziendalisti e civilistico-commerciali, viene normalmente suddiviso, in modo per altro non dissimile da quanto già evidenziato e sotto il profilo soggettivo, in organizzazioni non governative, organizzazioni di volontariato, di promozione sociale, cooperative sociali e imprese sociali. Restano escluse o ai margini del dibattito le mere associazioni e gli enti, non solo di impronta religiosa, di tendenza. Le fondazioni, dove prevale l'aspetto patrimoniale, hanno di norma un'autonoma considerazione.

In questo ambito hanno quindi importanza e sono discussi – limitandoci ai profili più strettamente legati alla nozione di t.s., alla sua singolarità – gli aspetti problematici inerenti alla definizione dei modelli organizzativi, alla dimensione, e alla consistenza associativa. Oggetto di approfondimento sono, in particolare:

A) Le regole in tema di strutturazione interna dei soggetti, la ripartizione delle competenze fra gli organi che amministrano l'ente, la necessità di *audit* e controlli tanto interni quanto esterni e/o pubblicistici. Il dilemma è se e come una strutturazione eterodiretta e costruita, per esempio dalle

<sup>67</sup> Un esame interdisciplinare delle problematiche giuridiche nell'ambito della contrattualistica pubblica in generale è contenuto in M. Cafagno, *Lo stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 21 ss. e in G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 2, 231 ss.

In relazione ad un campo ancor più specifico (scelta, da parte della Pubblica Amministrazione, delle modalità di affidamento al mercato di opere e di servizi pubblici) si rinvia a M. Ricchi, *Negoaution, discrezionalità e dialogo competitivo (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Sotto un profilo più generale cfr. G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009.

norme, possa essere compatibile con lo spirito di libertà tipica della nozione di t.s. Sino a che punto i controlli esterni, giustificati dal *favor* normativo e dalle agevolazioni, possono essere accettati – e funzionanti, efficaci – senza snaturare soggetti e attività che dovrebbero essere contrassegnati dalla spontanea adesione ai principi ed obiettivi di solidarietà (di per sé non coercibili)?

B) I conseguenti profili di democraticità (la democraticità è considerata dalle norme un metodo e, se così si può dire, anche un fine), le problematiche di tipo assembleare, il potere di *voice*<sup>68</sup> e l'effettiva partecipazione dell'associato, i doveri informativi e di trasparenza. È inutile parlare di fraternità, in modo indifferenziato, per il t.s., se non esiste, anche all'interno dei singoli soggetti, un sistema che consenta (almeno) la libera esplicazione delle prerogative di socio. Il tema è particolarmente sentito nelle realtà di grandi dimensioni e nelle organizzazioni di tendenza, dove è naturale che vi sia un leader più o meno carismatico. Sennonché, il ridurre il tutto alla democraticità interna, può essere fuorviante e/o insufficiente. La fraternità, concetto nuovo per i giuristi ma anche per gli economisti, è del resto qualcosa di più e di meno della democraticità; si tratta di concetti non coincidenti e di temi di frontiera ancora da sviluppare e approfondire<sup>69</sup>;

C) La tutela degli interessi (interni ed esterni) sollecitati dall'iniziativa socialmente rilevante, quindi la tutela dei fruitori o dei meri finanziatori del servizio reso, la necessità di definire regole di *accountability* e di relativa *disclosure*<sup>70</sup> e altro, fino ad arrivare all'ipotesi dell'introduzione della *class action* anche per il settore in questione.

<sup>68</sup> Per una disamina del potere di *voice* cfr. C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, 85 ss. e N. Abriani, *Controlli e autonomia statutaria: attenuare l'audit per abbassare la voce?*, in A.G.E., 2003, 339 ss.; M. Cian, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, Giuffrè, 2006.

Per un approfondimento del potere di *voice* relativamente ai contratti di rete si rimanda a P. Benazzo, *I diritti di voice e di exit nei contratti di rete «riconosciuti»*, in *Riv. soc.*, 2012, 677 ss.

<sup>69</sup> Il principio di fraternità, come già rilevato nella precedente nota (n. 30), acquista sempre maggiore importanza. È stato di recente organizzato, a cura dell'Istituto Universitario Sophia, un seminario internazionale interamente dedicato al tema dal titolo *La fraternità come principio relazionale giuridico e politico*, 11, 12 e 13 marzo 2013 ([www.principiofraternità.it](http://www.principiofraternità.it)).

<sup>70</sup> Cfr. il *paper* del gruppo di studio citato (nota n. 59). Per un approfondimento sul tema dell'*accountability*, si veda L. Nicolìa, *La questione dell'accountability nel modello comunitario di governance*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); M. Andreaus, *Impresa sociale e accountability: quali prospettive?*, in *Non profit, diritto e management degli enti non commerciali*, vol. 13, n. 3, 2007. Si veda inoltre R. Mulgan, "Accountability": *an ever-expanding concept*, in *Public Administration* (2000), 555 ss.; E. Choudhury e S. Ahmed, *The shifting meaning of governing: Public accountability of Third sector organizations in an emergent global regime*, in *25 International Journal of Public Administration* (2002), 561 ss.

Riassumendo. Se il t.s., come è e come dovrebbe essere, non è un mero supplente della p.a. né un soggetto attivo nell'ambito della mera beneficenza, ma può e deve agire anche in modo autonomo e sussidiario in vista di finalità pubblicistiche, ne consegue come si debbano porre in modo nuovo anche le richieste e le esigenze di tutela interne ed esterne (esposte nelle precedenti lettere da *a* a *c*), dei soci, dei cittadini, degli utenti e di tutti gli interessi comunque coinvolti che costituiscono poi l'*interesse generale della comunità* di cui all'art. 1 della legge 381/1991.

Ebbene, si tratta di temi e problemi analoghi a quelli segnalati nei precedenti paragrafi, anche se cambia la prospettiva, che diventa di tipo analitico-funzionale. I valori e i principi vengono infatti calati in un contesto organizzativo complesso, in un sistema di interazione plurisoggettivo<sup>71</sup> dove le norme e le regole (di azione, di relazione, giuridiche e non), discendenti dai valori e dai principi, sono messe alla prova, vengono analizzate e collaudate per vedere come e se funzionino, anche alla luce delle esigenze e delle ragioni dei vari tipi di mercato (*free trade, fair trade*)<sup>72</sup> e della concorrenza, nel

<sup>71</sup> Si rinvia a R. Boudon, *La logica del sociale*, Milano, 1980, 57 ss. e Id, *Elogio del senso comune. Rinnovare la democrazia nell'era del relativismo*, Rubbettino, 2008.

<sup>72</sup> Il *fair trade* (contrapposto al *free trade*), da idealità comunitaria, è ormai oggetto del dibattito economico e giuridico e si caratterizza per "riserve" giustificate da esigenze sociali e in senso lato ambientali. Si pensi, da ultimo, agli obblighi di riservare, negli appalti di *vending*, quote ai prodotti del commercio equo e solidale (*fair trade*). È un modo per "internalizzare" (nel mercato) oneri, esternalità negative e costi di transazione altrimenti emergenti dal mercato tradizionalmente inteso o, meglio, da una visione liberista delle relazioni economico-sociali.

A tale proposito si segnalano ora i c.d. Acquisti Verdi (*Green Public Procurement*), definiti a livello comunitario (cfr. il manuale *Buying Green!* predisposto per conto della Commissione Europea e reperibile in [www.ec.europa.eu/environment](http://www.ec.europa.eu/environment)) come «[...] l'approccio in base al quale le Amministrazioni Pubbliche integrano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita». Si tratta, in sostanza, di uno strumento di politica responsabile verso le future generazioni e che si pone quale obiettivo quello di sviluppare un mercato di prodotti e servizi a basso impatto. Per un inquadramento della materia si rinvia a F. Schizzerotto, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 967 ss., C. De Rose, *Gli appalti «verdi» nel diritto dell'Unione Europea: regole preesistenti e regole recentissime*, in *Cons. St.*, 2004, 9, 2, 1825 ss.

Gli appalti verdi costituiscono, in sostanza, una particolare «branca» della più ampia categoria delle c.d. «clausole sociali» ed ambientali, come previsto, in linea di principio, dall'art. 2, c. 2, e, in modo positivo, dall'art. 69 Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale le stazioni appaltanti possono fissare condizioni particolari per l'esecuzione del contratto attinenti, in particolare, a esigenze sociali o ambientali. Cfr. P. Cerbo, *La scelta del contraente negli appalti*

passaggio dagli aspetti organizzativi e strutturali a quelli dinamici (il funzionamento e il finanziamento).

È proprio in relazione alle dinamiche economiche e mercatali che emerge una significativa peculiarità del settore e cioè la possibilità di essere aiutato e incentivato a prescindere dalle regole che contraddistinguono i mercati – in senso tradizionale – concorrenziali. Ciò, naturalmente, a condizione che vengano garantite e rispettate le esigenze di tutela degli *interessi* – interni, esterni, pubblici e comunitari – sopra evidenziati.

Nella citata Risoluzione del 2009 si evidenzia infatti come «le imprese dell'economia sociale non debbano essere soggette all'applicazione delle stesse regole di concorrenza delle altre imprese e che esse necessitino di un quadro giuridico certo, basato sul riconoscimento dei loro specifici valori, che permetta loro di operare su un piano di parità rispetto alle altre imprese».

Questo significa – prescindendo in questa sede dall'utopia di avere un quadro giuridico certo – come le organizzazioni in questione, in ragione di un loro valore intrinseco (soggettivo e oggettivo, ricollegabile all'attività), si caratterizzino per il fatto di godere di uno statuto particolare, *di favore*<sup>73</sup>.

#### 4.3. *I provvedimenti di sostegno. Gli incentivi e le finalità di riequilibrio*

Il privilegio, o meglio il riequilibrio, necessario per recuperare il (citato) *piano di parità rispetto alle altre imprese*, si sostanzia sia attraverso la pre-

*pubblici fra concorrenza e tutela della «dignità umana»*, in *Foro amm.* – TAR, 2010, 1875 ss. e G. Bartoli, *L'introduzione delle clausole sociali negli appalti riservati*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

Anche la giurisprudenza recente ha avuto modo di pronunciarsi sulle clausole sociali, precisandone condizioni e modalità di applicazione (cfr. Cons. St., sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533). Le modalità di applicazione di dette clausole, peraltro, sono state illustrate anche dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione 1° agosto 2012, n. 3, reperibile nel sito dell'ente.

<sup>73</sup> Lo statuto privilegiato sarebbe in contrasto, se ed in quanto i soggetti in questione siano operanti nel mercato dei servizi, con la normativa comunitaria. La direttiva sui servizi (in generale) nel mercato interno (Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006), attuata nel nostro ordinamento ad opera del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 53, prevede la graduale riduzione delle misure nazionali restrittive del *free trade*. Per un commento a tale direttiva cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 122 ss. Si veda altresì, per un'analisi critica della stessa e con riferimenti più in generale al ruolo dei funzionari e alla responsabilità della politica, N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkenstein» modello di semplificazione*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2009.

disposizione e fruizione di norme speciali (di diritto singolare)<sup>74</sup>, in grado di attenuare la concorrenza tanto all'interno quanto all'esterno del settore<sup>75</sup>, sia in relazione alla possibilità di ottenere ausili e incentivi di tipo economico-finanziario<sup>76</sup>.

Il *favor* e le strategie incentivanti, anche di tipo economico, tralasciando le norme speciali limitanti il libero mercato e cioè le norme derogatorie per esempio al codice dei contratti pubblici, non oggetto del presente scritto, possono quindi concretizzarsi attraverso i seguenti aiuti e ausili:

a) elargizione di sovvenzioni pubbliche, quindi di somme di denaro destinate al soggetto (meritevole in quanto tale), all'attività *ad hoc* funzionata (profilo dinamico ed oggettivo), o destinate allo sviluppo di un progetto individuato<sup>77</sup>;

b) costituzione di fondi (e/o fondazioni) destinati a iniziative da attuare in condivisione sussidiaria con la comunità locale;

c) assegnazione di una quota del ricavato dell'imposizione fiscale<sup>78</sup> o della quota del ricavato di una specifica iniziativa speculativa (gli ormai discussi giochi e le scommesse);

d) agevolazioni fiscali di vario genere<sup>79</sup>;

<sup>74</sup> Si può cioè creare (come in parte è già) una regolazione settoriale (speciale) che differenzi il t.s. dalle altre attività in senso lato economiche. Si arriva all'ipotesi di ideare e promuovere la costituzione e la regolamentazione, al fine di indirizzare risorse finanziarie verso il settore *no profit*, di una vera e propria "borsa sociale", vale a dire di una borsa valori alternativa destinata alla negoziazione di obbligazioni e altri titoli emessi da soggetti appartenenti all'economia sociale. È quanto più volte auspicato, sulla base degli studi già svolti in tal senso nel Regno Unito, da S. Zamagni, nella sua veste di Presidente dell'Agencia per le Onlus, in particolare modo nel Convegno "*Profit – No Profit, Impresa e comunità locali*", Roma, 23 gennaio 2009.

<sup>75</sup> Ci si permette di rinviare nuovamente a P. Michiara, "*I servizi sociali senza scopo di lucro*" e *i principi del diritto comunitario*, cit.

<sup>76</sup> Non mancano, tuttavia, esempi di disincentivi economici. Con l'art. 10, d.lgs. n. 23/2011, che entrerà in vigore dal 1° gennaio 2014, ad esempio, sono infatti stati eliminati i regimi agevolati riguardanti gli acquisti a titolo oneroso, da parte di Onlus, cooperative sociali e organizzazioni di volontariato, di immobili destinati allo svolgimento delle loro attività. In sostanza, tali soggetti dovranno pagare l'imposta di registro in misura ordinaria (pari al 9% del valore riportato nell'atto di compravendita) anziché la sola imposta in misura fissa (di euro 168,00), come precedentemente previsto.

<sup>77</sup> Si veda, ad esempio, il decreto del Ministero del lavoro, salute e politiche sociali del 14 settembre 2010, n. 177 avente ad oggetto il regolamento per la concessione di contributi per acquisti di beni di utilità sociale in favore delle associazioni di volontariato ed Onlus per l'acquisto di ambulanze, beni strumentali e beni da donare a strutture sanitarie pubbliche

<sup>78</sup> È il caso del cosiddetto "cinque per mille" disciplinato, da ultimo, per l'anno 2013, dal d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito, con modificazioni, con l. 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>79</sup> Le agevolazioni fiscali sono rappresentate da esenzioni da talune imposte o da age-

e) utilizzo di beni (per esempio comodato di immobili a soggetti del t.s.) o servizi a titolo gratuito o a prezzi agevolati, non di mercato;

e) corrispettivi per servizi resi al soggetto pubblico (il caso delle cooperative di tipo b);

f) attribuzione ai potenziali fruitori di buoni di acquisto di beni e servizi presso gli enti<sup>80</sup>.

Si tratta di ausili che pongono almeno due ordini di problemi.

Il primo inerente alla trasparenza e alla meritevolezza<sup>81</sup>. Se le sovvenzioni, in generale e ai sensi della l. 241/1990, devono essere assegnate solo dopo che siano stati fissati adeguati criteri, lo stesso dovrà pur avvenire anche per quanto concerne il t.s. Ciò per non falsare la concorrenza interna al t.s., per ovvi motivi di (buon) risultato e a prescindere in questa sede dalle circostanze nelle quali debbano essere svolte vere e proprie gare.

Il secondo problema si riverbera sull'esterno. Quanto più il t.s. si avvicina ai campi e al *modus agendi* delle imprese *profit* (si pensi alle cooperative sociali e alle imprese sociali), tanto più vi saranno frizioni inerenti alle note questioni inerenti agli aiuti di stato, alla possibile distorsione della libera concorrenza e altro.

Le tematiche evidenziate ci inducono insomma a riflettere su come sia sempre più difficile, nello stato pluriclasse comunitariamente orientato, il passaggio dalla funzione – in questo caso la promozione – al procedimento e cioè al sostegno. I vincoli europei ci aiutano a limitare gli abusi<sup>82</sup> ma aumentano l'incertezza.

Questo appunto per il sostegno *pubblico*.

volazioni ad un particolare *dare* (mediante per esempio riduzione dell'imponibile o riduzione delle imposte in capo ai donanti). Un comunità solidale (si pensi alle fondazioni di comunità) non potrà mai nascere e crescere in assenza di una precisa facilitazione delle donazioni.

<sup>80</sup> L'accreditamento potrebbe essere lo strumento, in questo caso, più idoneo. È peraltro anche l'istituto dove occorrerebbe indagare il rapporto e/o la sovrapposizione di strumenti di regolazione amministrativa piuttosto che di pianificazione (l'accreditamento in Emilia Romagna è tendenzialmente pianificato, come già detto nella nota n. 15). Circa il rapporto tra regolazione amministrativa, pianificazione e sostegno finanziario, con riferimento agli interventi della Corte Costituzionale, cfr. M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss. e, in particolare, pp. 156 e 157.

<sup>81</sup> È il problema (trasparenza) che si pone anche il *Regolamento CE del 17 aprile 2013, n. 346* relativo ai fondi europei per l'imprenditoria sociale. Sull'argomento, più in generale, si veda la ricostruzione di Hilde Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>82</sup> La citata Guida elaborata a livello comunitario (cfr. nota 25) analizza le problematiche riguardanti gli aiuti di stato anche in relazione ai Servizi sociali di interesse generale.



Tutto ciò – e anche la crisi dell'erario – ci introduce alla necessità di favorire quindi il sostegno *privato*, tendenzialmente meno dispersivo, spesso più mirato e comunque meno esposto ai rischi sopra evidenziati per quello pubblico.

Gli ausili, in questo caso ascrivibili in gran parte alla sfera del diritto – in senso lato – privato, possono a loro volta essere interni ed esterni. I primi sono rappresentati dalle quote di adesione degli associati, dai finanziamenti a vario titolo effettuati, dalla vendita (strumentale al raggiungimento dello scopo solidaristico) di beni e servizi, dalla prestazione gratuita di attività da parte di associati; i secondi – in realtà ibridi, perché presuppongono a volte una corrispondente presa d'atto pubblicistica – provengono o da imprenditori, mediante donazioni, sponsorizzazioni, attribuzioni di beni e servizi a prezzi non di mercato e quant'altro, o da privati non imprenditori, con donazioni, prestazioni gratuite di attività in favore dell'ente e quant'altro.

Le agevolazioni -economiche e regolamentari- che contraddistinguono il settore si giustificano quindi, nel loro complesso e come accennato in precedenza, sulla base non solo di peculiarità soggettive e strutturali, ma anche e soprattutto di un fine (profilo teleologico) traducibile in una *mission* effettiva: comportamenti e risultati devono essere controllati costantemente, nella loro aderenza alle attese, nella concretezza dell'operare.

L'importanza di una delimitazione (di un confine) del concetto di t.s. è insomma e quindi concretamente rilevante e non oziosa proprio perché gli incentivi e gli ausili, pubblici e privati, connotano in maniera così significativa il settore nella sua interezza.

Ecco allora che, aiutati dall'approccio in senso lato economico, si può procedere ad una qualificazione che non si ponga prima della realtà effettuale, ma che tenga conto del concreto svolgersi delle diverse attività e che possa essere verificata prima, dopo e durante l'azione, a prescindere dall'inquadramento formale.

In altre parole: l'elemento di definizione e qualificazione (privilegiata) del terzo settore può essere individuato nella effettiva finalità «perseguita dall'ente, intesa come destinazione filantropica della ricchezza prodotta, raccolta o destinata, indipendentemente dalla forma giuridica rivestita dall'ente stesso e dall'attività da questi svolta per raggiungere il fine. È l'utilità sociale, il bisogno soddisfatto dalla ricchezza che amalgama e fonde ente e terzo settore, che colora l'ente e dunque lo qualifica soggettivamente anche in punto di agevolazioni impositive»<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Anche in questo caso si è riportata la definizione emersa dal citato documento *Proposte per una riforma organica della legislazione sul terzo settore* (cfr. nota n. 59).

Utilità sociale, agevolazioni e filantropia (si pensi alle fondazioni di comunità, a quelle di mera erogazione) sono del resto parole e concetti chiave della normativa (la disciplina sulle Onlus) più direttamente riferibile all'apporto degli economisti e dei tributaristi.

Ne consegue allora, stante la difficoltà di definire l'effettiva finalità per esempio filantropica, come un approccio complesso possa aiutare ad analizzare e studiare il settore, senza utopistiche ambizioni di creare un sistema compiuto. Il tutto cercando di collegare, mediante una disamina necessariamente aperta alla pluralità delle discipline e tenendo conto dell'impatto effettivo della regolazione, rispettivamente: valori, principi, norme (strutturali e funzionali), atti e comportamenti, forma e sostanza, ragioni del mercato ed esigenze sociali.

Diversamente non sarebbe del resto comprensibile il perché di una *natura* e di un regime differenziato. O meglio: la qualifica, le definizioni ed il regime giuridico differenziato si spiegano solo se si tenga conto dei *risultati* derivanti dall'insieme, se si consideri l'attività vista nella sua globalità (come del resto occorre fare, in generale, per i pubblici servizi).

Si tratta però di un insieme, come si è detto, analizzabile in tutte le sue infinite componenti e sfaccettature, ma difficilmente inquadrabile in modo giuridico "comprensivo". Si possono solo abbozzare varie qualificazioni a seconda del punto di vista, ma non è praticabile un approccio unitario certo; le diverse enunciazioni possono aiutare ad avvicinarsi all'obiettivo, ma non potranno mai essere soddisfacenti secondo un'impostazione giuridica dogmatica tradizionale.

#### 4.4. *La solidarietà agevolata, il principio di responsabilità e i risultati*

È possibile ora, volendo accennare anche a questioni di metodo, riprendere e sintetizzare per punti quanto segue.

A) Il t.s., pur essendo ascrivibile in gran parte a quei tipi di attività e servizi definiti un tempo come di interesse generale non economici<sup>84</sup> (ora SSIG), non può essere studiato senza una chiara contaminazione con linguaggi e problemi di stampo in senso lato economici. Estremamente rile-

<sup>84</sup> La nozione, assai contestata, unisce i servizi alla persona ai servizi culturali.

Per quanto riguarda l'economicità o meno dei servizi, si rimanda a G. Caia, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e a G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 242 ss.

Si veda, in un quadro comparatista, *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di E. Ferrari, Torino, Giappichelli, 2007.

vanti sono del resto il fatturato aggregato del settore<sup>85</sup>, la competizione, quindi le esigenze di trasparenza.

B) La terminologia, le caratteristiche problematiche e i valori costituzionali di riferimento (solidarietà, altruismo, assenza di logica speculativa, sussidiarietà, utilità sociale, promozione dell'uguaglianza sostanziale, fraternità) andranno pertanto letti anche alla luce dei principi, delle regole e dei dilemmi propri del diritto della (micro)economia, quali ad esempio il tipo di giochi condotti dai vari *players*, la reazione o meno agli incentivi, il rapporto tra ausili e regole del mercato, il modo in cui opera la concorrenza intra ed *extra moenia*, l'impatto della regolazione.

C) Quanto sopra andrà effettuato in un'ottica non meramente formale. Le tecniche di analisi sopra evidenziate e le regole (per esempio di *governance* e *accountability*) andranno infatti finalizzate alla individuazione e promozione di un *risultato* che giustifichi, in un periodo di risorse estremamente scarse, lo statuto (*natura*) speciale, di privilegio, di cui si è accennato (la solidarietà agevolata, assistita in vista di una superiore utilità sociale). Il fatto che i servizi alla persona, tradizionale campo di attività del t.s., siano di per sé in perdita, non significa del resto che, essendoci comunque una forte domanda pubblica, non vi possa essere (e non ci sia) un mercato plurale<sup>86</sup> anche al di fuori del t.s. stesso. Se insomma molti sono i concorrenti potenziali, anche al di fuori dell'ambito di cui trattasi, vuol dire che, ben difficilmente, si potrà continuare nella prassi di favorire in modo indifferenziato il t. s. con le stesse modalità sino ad oggi conosciute.

<sup>85</sup> Un'analisi delle dimensioni, economiche e non solo, del settore in questione si rinviene nel rapporto annuale a cura di Iris Network – Istituto di ricerca sull'impresa sociale. Da ultimo si veda quindi il *Rapporto sull'impresa sociale 2012*, a cura di P.Venturi e F.Zandonai, Milano, Altraeconomia, 2012.

<sup>86</sup> È importante ricordare come esista in realtà, nelle ipotesi in cui l'insoddisfacente risposta del mercato sia colmata dalle pubbliche sovvenzioni e dalla committenza pubblica (il pubblico come cliente), un *mercato a monte*, come rilevato anche dalla Commissione CE nel Libro verde sui servizi di interesse generale (Com/2003/270). La commissione ha rilevato infatti che «Per quanto riguarda la distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica, ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica. Pertanto i servizi economici e non economici possono coesistere all'interno dello stesso settore e talora possono essere forniti dallo stesso organismo. Inoltre, se da un lato può non esserci un mercato per la fornitura alla popolazione di particolari servizi, dall'altro potrebbe esserci un mercato a monte in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche per la fornitura di questi servizi. Per questi mercati a monte valgono le regole del mercato interno, della concorrenza e degli aiuti di stato» (p.14). Alcune considerazioni a tale proposito sono rinvenibili in P. Michiara, *I servizi pubblici locali tra mercati protetti e libertà di iniziativa economica*, in *Aedon*, 2006, 2.

Nel rapporto funzionale e dialettico intercorrente tra agevolazioni e risultati si deve inserire pertanto il principio di *responsabilità*, da intendersi in senso completo e comprensivo<sup>87</sup>.

D) Un approccio per casi e problemi, tipico degli studi di diritto ed economia (civile, diremmo ora) e che abbia ad oggetto l'attività globalmente intesa (non la mera consistenza e struttura dei soggetti, non le mere regole), sarà quindi necessario non solo per la complessità del fenomeno, ma anche in ragione della insufficienza dei criteri, soggettivi ed oggettivi, quali l'assenza del lucro soggettivo ed il tipo di attività svolta, normalmente utilizzati.

In tale prospettiva il diritto dovrà accompagnare e dirigere l'esistente, non costruire e sovrapporsi alla realtà in divenire: non sarebbe efficace e si produrrebbero effetti indesiderati.

## 5. Conclusioni. Il *munus* e la conciliazione degli opposti

È ora opportuno iniziare ad effettuare, tenendo conto di quanto riportato, alcune considerazioni conclusive.

Si è visto come il t.s., a discapito delle pur comprensibili, anche se ormai utopistiche, esigenze di certezza dei rapporti giuridici, non sia inquadrabile in una sola definizione.

Questo non significa che sia impraticabile fornire invece delle nozioni critiche e articolate, che tengano conto tanto della diversità dei soggetti quanto dei differenti punti di vista: è quello che si è cercato, sommariamente, di effettuare.

Non è del resto compito dei giuristi quello di agevolare il libero e naturale evolversi dei mercati (nel nostro caso sociali), senza aver la pretesa di definire e costruire artificialmente gli stessi<sup>88</sup>?

<sup>87</sup> Il principio di responsabilità, secondo H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, Einaudi, 2007, implica per l'uomo un'obbligazione oggettiva sotto forma di responsabilità esterna (verso la famiglia, il prossimo, le generazioni future). Si tratta, in parte, anche di un anticipo di quello che poi verrà chiamato principio di sostenibilità. Per una analisi di tale principio, in una prospettiva di diritto amministrativo, cfr. A. Police, *Il principio di responsabilità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, cit., 195 ss.

<sup>88</sup> Sulla "costruzione", ad opera del diritto, del mercato, si rinvia a *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Roma-Bari, Laterza, 1999. Sull'argomento si veda altresì A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, XVII, ove si enuncia di che cosa sarebbero chiamati ad occuparsi gli studiosi del diritto amministrativo in re-

In tale (limitata) prospettiva è pertanto possibile delineare alcune invarianti.

Ebbene, gli enti del t.s., in linea di massima, sono soggetti collettivi, autonomi e di diritto speciale<sup>89</sup>, che operano prevalentemente nell'ambito dei servizi (ai) privati, svolgendo attività e funzioni che incidono su situazioni soggettivamente ed oggettivamente riferibili a principi, valori e diritti – di rango costituzionale – non tutelabili mediante il ricorso al solo mercato. Si tratta per lo più di interessi a soddisfazione necessaria. In tal senso si può parlare di attività libera (libertà positiva) pur se funzionalizzata al raggiungimento di interessi “altri” e pubblici.

Gli enti in questione si caratterizzano quindi per il godimento di privilegi (di *munera*, come si vedrà) in quanto:

a) agiscono nell'interesse altrui, dei singoli consociati e della *communitas* in generale, in un rapporto non di estraneità bensì di vicinanza e fraternità. Si tratta di uno scambio reciproco di doni, come dicono ormai giuristi, sociologi ed economisti, non di mera beneficenza. L'etimologia del termine comunità richiama appunto la condivisione dei doni;

b) attività e spirito altruistici costituiscono un *quid pluris* (in quanto espressione di libertà positive) rispetto ai doveri di cui all'art. 2 Cost. e operano anche al di là di un incarico specifico, di una committenza pubblica. Nessuno costringe per esempio i volontari ad operare e i operatori sociali a partecipare alla programmazione, ai piani di zona<sup>90</sup>;

lazione al “mercato”, enucleando un compito “ristretto” ricollegabile alle norme di azione e in particolare alle norme che regolano le istituzioni pubbliche per il mercato.

<sup>89</sup> Si è già rilevato come le convenzioni con il t.s. rientrano nell'ambito della categoria del diritto privato speciale (P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, cit., 64 ss.). Per quanto riguarda l'afferenza dei rapporti concessori di pubblico servizio sempre alla discussa categoria del diritto privato speciale, cfr., da ultimo, A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss. (in particolare p. 617). L'Autore evidenzia come, secondo la dottrina tradizionale, la sussistenza di poteri e presidi pubblicistici “esterni” ed “esorbitanti” rispetto al regolamento convenzionale (al fine di assicurare il miglior perseguimento del pubblico interesse) ostacoli una ricostruzione meramente privatistica del rapporto concessorio.

Si rimanda altresì, sul tema del diritto speciale, a A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>90</sup> I piani di zona sono previsti e disciplinati dall'art. 19 legge n. 328/2000; alla redazione degli stessi partecipano, ai sensi del comma 4 (che richiama l'art. 1, comma 4, della medesima legge), anche i soggetti del terzo settore. Si rinvia, per una disamina a tale proposito, a M. Massa, *Art. 19 (Piano di zona)*, in *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., 428 ss. e a V. Molaschi, *L'organizzazione amministrativa dei servizi sociali*, in *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, cit., 98 ss.

c) si sottopongono ad un controllo pubblicistico (registri) ed anche alla cura di interessi “altri”, non strettamente ricollegabili al servizio. La legge prevede quindi dei requisiti “strutturali” (ulteriori rispetto al settore *profit*) di democraticità e trasparenza che non riguardano standard legati all’attività e non sono riferibili ai risultati;

d) si presuppone uno spirito di reciprocità e fraternità anche nei soggetti apparentemente più vicini al mercato tradizionale e più lontani dalla nozione di t.s.. Le imprese sociali, come si è visto, dovrebbero essere imprese di tipo appunto “fraterno”. L’assenza del lucro soggettivo costituisce poi un collante di tutto il t.s.;

e) i soggetti in questione, ben lungi dal far concorrenza sleale al settore *profit*, dovrebbero anzi essere sussidiari (nel senso etimologico proprio) e cioè di aiuto alle imprese tradizionali, al mercato. Si consideri infatti che, come noto, lo spirito imprenditoriale è estremamente connesso al senso del dovere e del sacrificio. Nessun imprenditore, mosso dal solo desiderio del profitto e non dotato di “sentimenti morali” altruistici, potrà mai avere un successo duraturo<sup>91</sup>. Come non vedere quindi nel t.s., campo privilegiato di apprendimento delle virtù sociali, un presupposto fondamentale per la crescita di quel capitale sociale senza il quale è impossibile pensare all’esistenza di un sano e florido mercato?<sup>92</sup>

È ora pertanto comprensibile la ragione del titolo del presente scritto. Tutte le predette invarianti sono infatti ricollegabili alla nozione di

È stata condotta da Isfol (ente di ricerca già citato) per conto del Ministero della solidarietà sociale una indagine pilota sul ruolo che le organizzazioni di volontariato rivestono nella programmazione territoriale, i cui risultati sono stati pubblicati in *Volontariato e pianificazione sociale di zona: la partecipazione*, reperibile in [www.labeuropeoilingue.it](http://www.labeuropeoilingue.it).

<sup>91</sup> Illuminante a proposito è quanto riportato nei manifesti che campeggiano nelle sedi di Confindustria, manifesti nei quali si cita il famoso discorso di Luigi Einaudi secondo il quale «...migliaia, milioni di individui lavorano, producono e risparmiano nonostante tutto quello che noi possiamo inventare per molestarli, incepparli, scoraggiarli. È la vocazione naturale che li spinge; non soltanto la sete di denaro. Il gusto, l’orgoglio di vedere la propria azienda prosperare, acquistare credito, ispirare fiducia a clientele sempre più vaste, ampliare gli impianti, abbellire le sedi, costituiscono una molla di progresso altrettanto potente che il guadagno. Se così non fosse, non si spiegherebbe come ci siano imprenditori che nella propria azienda prodigano tutte le loro energie e investono tutti i loro capitali per ritrarre spesso utili di gran lunga più modesti di quelli che potrebbero sicuramente e comodamente con altri impieghi» (da Dogliani, *Dedica all’impresa dei Fratelli Guerrino*, 15 settembre 1960).

Il discorso in questione appare oggi profetico, visti gli sforzi che fanno molti imprenditori per non licenziare, non chiudere ed altro. Negli anni Novanta e precedenti il motto appariva, in realtà, un po’ retorico e paternalistico.

<sup>92</sup> F. Pezzani, *La competizione collaborativa. Ricostruire il capitale economico e sociale*. Milano, Università Bocconi, 2011.

*munus*, introdotta dal diritto romano, ripresa nel diritto canonico, quindi sviluppata da M.S. Giannini in termini amministrativistici e riletta oggi, in modo originale, in senso sia filosofico<sup>93</sup> che giuridico<sup>94</sup>.

La dottrina recente, in particolare, ricollega il *munus* non solo alla già rilevata funzionalizzazione delle attività private svolte nell'interesse altrui (incarichi, obblighi e doveri, cura di interessi generali), bensì, riprendendo la tesi di Esposito, al significato proprio di dono (non di privilegio), di dono che vincola il ricevente nei confronti del donatore e degli altri membri della collettività, la quale riconosce nel *munus* comune la propria forza di coesione (*communitas* da *cum munus*). Si tratta di una nozione assolutamente compatibile sia con il quadro giuridico esposto, sia con la visione economica di recente affermatasi, sia con la sostanza delle cose.

È possibile quindi, da ultimo, porre le basi per una risposta necessariamente approssimativa ai troppo alti quesiti posti in premessa (come può reggere il t.s. di fronte alla crisi, come deve essere inteso il suo ruolo, che prospettive può avere).

La risposta potrebbe essere così sinteticamente articolata.

Lo stato, il pubblico tradizionalmente inteso, è costretto a ritirarsi dai servizi di cura (ma anche dalla gestione dei beni comuni) a prescindere dalle impostazioni ideologiche o dalla visione giuridico costituzionale che ciascuno legittimamente coltivi. L'arretramento è ormai un fatto, e non dipende solo dalla crisi (crisi a sua volta forse determinata anche da un eccesso di risposte pubbliche incentivanti a loro volta la proliferazione di richieste), ma probabilmente altresì dal raggiungimento di un culmine, di un massimo oltre il quale ogni ulteriore progresso quantitativo dell'offerta pubblica avrebbe potuto determinare, anziché vantaggi, inefficienza, scarsa produttività, difficoltà nel raggiungimento dei risultati attesi.

<sup>93</sup> Si veda R. Esposito, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi, 1998.

<sup>94</sup> Più precisamente rileva A. Sandulli, *Editoriale*, in *Munus*, 2011, 1, IV «il *munus* incarna alla perfezione il connubio tra privato e pubblico, tra interesse particolare e generale, tra individuo e comunità: un connubio che si rinviene anche nella nozione di servizio pubblico».

S. Zamagni traduce ed interpreta invece il *munus* (solo) come regalo, come strumento per impegnare l'altro fino – paradossalmente – ad asservirlo (*Introduzione: slegare il terzo settore*, in *Libro bianco sul terzo settore*, cit., 29). In realtà, sotto il profilo sostanziale, le posizioni non divergono, posto che la nozione di *munus* che si è data nel presente scritto è in realtà ricollegabile a quella di “dono come reciprocità”, in senso cioè conforme a quanto richiamato da Zamagni. Più in generale, per una compiuta applicazione del concetto di *munus* in senso giuridico e nelle sue varie declinazioni, si rimanda agli scritti di Cerulli Irelli (a partire da V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000).

Quanto sopra è riscontrabile, in modo ondivago e a volte ribaltato (è il privato ad essere, molto spesso, alla fin fine insoddisfacente), anche nella gestione dei *commons*<sup>95</sup>, dove, accanto alla ben nota tragedia dei beni comuni<sup>96</sup>, si accompagna di recente il non meno semplice dilemma circa il rapporto da instaurare, specie nelle attività di valorizzazione e gestione ed anche sotto il profilo formale, tra pubblico o privato<sup>97</sup>.

Ebbene, come non vedere nel terzo settore, nelle sue diverse articolazioni, dal volontariato organizzato alle imprese sociali, nel suo essere terzo ma intimamente collegato tanto allo stato quanto al mercato, una risposta idonea, adeguata rispetto alla condizione – continua, dinamica – di crisi?

In un momento cioè in cui non vi è una crisi, ma vi sono tante diverse crisi (fiscale, delle legature sociali<sup>98</sup>, dello Stato, del mercato, della finanza), il t.s., con la sua uniformità (le predette invarianti tendenzialmente virtuose) e con la rilevata differenziazione, potrà pertanto costituire una risposta possibile da favorire, da privilegiare. Non è e non sarà mai l'unica soluzione, ma certamente potrà essere appropriata e conveniente, se ed in quanto autenticamente comunitaria e sussidiaria, alla ricostituzione di una collettività smarrita, impaurita e priva di fiducia (la paura e la crisi di fiducia, come noto, contribuiscono a destabilizzare stati e mercati)<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Sui beni comuni e sulla necessità che i cittadini attivi si assumano la responsabilità nei confronti di tali beni cfr. *L'Italia dei beni comuni*, a cura di G. Arena e C. Iaione, Roma, Carocci, 2012.

<sup>96</sup> Si veda G. Napolitano, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, Annuario AIPDA 2006, Milano, Giuffrè, 2007, 125 ss.

<sup>97</sup> L'argomento è assai dibattuto in un settore affine, in quanto considerato tradizionalmente non economico, e cioè quello dei beni culturali. Si rimanda, per un approfondimento in tal senso, a *Diritto e gestione dei beni culturali*, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, Bologna, Il Mulino, 2011.

Cfr. altresì, con particolare riferimento alla valorizzazione, M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, 2007, 2 e ivi C. Barbati, *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, 2008, 3; G. Sciuillo, *Il ruolo della produzione legislativa per la valorizzazione*, in *Il Capitale Culturale, Studies of the value of cultural heritage*, 2010, 1, 119

<sup>98</sup> Di «crisi sociale del tessuto connettivo della società» parla P. Barcellona, *Economia del noi*, in AA.VV., *Del cooperare. Manifesto per una nuova economia*, Milano, Apogeo, 2012, 39 ss.

<sup>99</sup> Si è già detto nelle note iniziali come la fiducia sia elemento base dell'economia detta civile (in realtà anche degli scambi – e quindi dei contratti – in generale). Sennonché la fiducia, o se vogliamo la buona fede, la fedeltà, sono sì concetti rilevanti sotto il profilo giuridico ed economico (artt. 1337, 1375 ed altri del c.c.), ma l'acquisizione dei valori sottesi deriva ovviamente da una condizione soggettiva, volontaria, non coercibile. In altre parole: non si può costringere qualcuno ad essere virtuoso, il diritto (tradizionalmente inteso) può solo al limite sanzionare chi non lo sia. Il t.s. settore invece, se incentivato, può aiutare i sog-



### il terzo settore come *munus*

Il terzo settore, in estrema sintesi, nel suo accettare il passaggio da una libertà assistita<sup>100</sup> ad una sussidiarietà agevolata, aiutata magari anche solo attraverso una riduzione degli *standard* e della complicazione burocratica (si pensi al tempo occorrente per acquisire la qualifica di *onlus*)<sup>101</sup>, potrà:

- costituire una leva fondamentale per la rinascita delle diverse comunità nel nostro Paese;

- favorire una positiva ibridazione e una circolarità virtuosa tra volontariato, mercato tradizionalmente inteso, economia civile (e viceversa);

- consentire, anche in ragione di una concreta “conciliazione degli opposti” praticata quotidianamente da gran parte degli operatori del t.s., una progressiva armonizzazione degli elementi dialettici e conflittuali segnalati<sup>102</sup>.

Tutto quanto sopra però purché ogni attore continui a interpretare al meglio il proprio ruolo.

Il t.s. sarà cioè tenuto a conservare la natura e le caratteristiche evidenziate, declinando i benefici (pochi) accordati in termini di *munus*, di dono da ricambiare<sup>103</sup>.

Le comunità locali, le regioni e il pubblico in generale, dalle aziende sanitarie alle aziende di servizi alla persona, abbandonando una logica assistenzialista, dovranno vedere nel t.s. un soggetto da incentivare (la rilevata funzione promozionale del diritto), non da abbandonare o da relegare nell’ambito delle esternalizzazioni (sussidiarietà quindi, non supplenza).

Infine il Governo, per ragioni di razionalizzazione e di risparmio, potrà sì ridurre l’apparato statale, ma non diminuire in modo consistente agevolazioni e fondi per le istituzioni a diretto servizio della comunità.

getti ad apprendere volontariamente le virtù civili che sono alla base dell’ economia e degli scambi. Un assetto giuridico di tipo promozionale, che aiuti il t.s., potrà insomma favorire l’acquisizione di quei valori necessari per superare, anche sotto il profilo economico, la crisi.

<sup>100</sup> Si rimanda a F. Rigano, *La libertà assistita*, cit.

<sup>101</sup> La semplificazione amministrativa, correttamente intesa, può costituire un autentico sostegno (a costo zero) per le attività economiche. Sull’argomento si rimanda all’analisi di N. Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, cit.

<sup>102</sup> La *concordia discors*, ossimoro usato da Empedocle e nelle epistole di Orazio, è stata ripresa, non a caso, come intitolazione di un progetto comunitario di sostegno al t.s., in particolare per quanto riguarda la coesione sociale e l’integrazione degli stranieri. Cfr. [www.concordiadiscors.eu](http://www.concordiadiscors.eu).

<sup>103</sup> Si pone il problema di acquisire le informazioni «sulla misura in cui le imprese sociali riescono a conseguire i risultati o gli impatti sperati» il *Regolamento CE n. 346/2013* citato.

*Abstract*

*The Third Sector as Munus*

*Will non-profit organizations be able to cope with the economic crisis, inventing new models and new forms of management of social services? How will the notions of non-profit organization and subsidiarity change? The article tries to answer these questions. First of all, it defines the notion of the so-called third sector by analyzing its legal and substantive aspects. Secondly, it provides an assessment of what the legislator has included in the notion of third sector. In particular, it focuses on voluntary associations, social cooperatives, associations of social promotion, social enterprises. Thirdly, it enucleates the legal and economic principles that govern the matter. By way of conclusion, it shows how the concept of third sector can be linked to that of munus used in Roman law and later in canon law and administrative law, as both concepts are built upon the idea of community.*

# ARTICOLI

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI

## LE FATICHE DELLO STATO REGOLATORE: EFFICACIA E FALLIMENTI DEL CONTROLLO DEGLI ASSETTI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dallo Stato gestore al controllo degli assetti. – 3. Finalità e strumenti del controllo degli assetti. – 3.1. Analisi antitrust. – 3.2. Comunicazioni e pluralismo informativo. – 3.3. Energia elettrica e gas. – 3.4. Vigilanza sul sistema finanziario. – 3.5. Controllo degli assetti e interazione fra autorità. – 4. Vuoti informativi e verità nascoste: le lezioni dei casi pratici. – 4.1. Difformità riscontrate nel controllo degli assetti. – 4.2. Il lato oscuro degli assetti. – 5. I problemi aperti: come migliorare il controllo degli assetti? – 5.1. Semplificare le catene di controllo. – 5.2. Perfezionare gli obblighi informativi. – 5.3. Intensificare la collaborazione tra autorità. – 5.4. Potenziare degli accessi ispettivi. – 6. Una disciplina comune per il controllo degli assetti? – 7. Dal controllo degli assetti alla regolazione.

### 1. Introduzione

La prestazione di servizi pubblici ha visto il progressivo cambiamento del ruolo dello Stato: sempre meno gestore o prestatore di servizi e sempre più regolatore. Diverse attività prima riservate a monopolisti statali sono state aperte alla concorrenza e in alcuni casi lo Stato è uscito dal mercato, privatizzando imprese pubbliche.

Al fine di garantire l'ordinata prestazione di servizi secondo logiche concorrenziali, sono state istituite autorità indipendenti, preposte non solo alla tutela della concorrenza, ma anche, nei settori liberalizzati, alla regolazione e alla vigilanza sui mercati. Gli strumenti a loro disposizione comprendono il controllo degli assetti proprietari, che punta a verificare l'identità, le inclinazioni e le caratteristiche di chi detiene quote del capitale degli operatori di mercato. Tale controllo si basa prevalentemente sulle informazioni rese dagli operatori controllati, ma presenta talvolta delle lacune.

Il presente articolo riporta i tratti e le criticità principali del controllo degli assetti. Il paragrafo che segue illustra la nascita e l'importanza di tale

\* Le opinioni espresse sono strettamente personali e non riflettono necessariamente quelle dell'istituzione di appartenenza.

strumento nel passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore. Nel terzo paragrafo sono descritte finalità e meccanismi delle principali forme di controllo, che però – come emerge dal quarto paragrafo – si rivelano talvolta inefficaci. Il quinto paragrafo contiene proposte per migliorare l'efficacia il controllo degli assetti. Il sesto e il settimo recano riflessioni conclusive, rispettivamente, sul controllo degli assetti e sull'impatto della regolazione.

## 2. Dallo Stato gestore al controllo degli assetti

Già in epoca post-illuminista, lo Stato prestava diversi servizi direttamente. Nell'Italia monarchica, la prestazione pubblica era considerata necessaria per tutelare l'interesse pubblico, prevenendo l'inefficienza dei monopoli privati<sup>1</sup>. Durante il primo Novecento, peraltro, la produzione statale di beni e servizi, dettata anche dalla necessità di colmare la distanza rispetto ad altri Paesi maggiormente industrializzati, come il Regno Unito<sup>2</sup>, ha consentito allo Stato liberale di espandere le sue basi sociali<sup>3</sup>. Si è, così, affermato lo Stato gestore<sup>4</sup>.

Nel corso dell'età repubblicana, tuttavia, è stata progressivamente messa in discussione l'efficienza dell'intervento diretto dello Stato. Si è contestualmente diffusa l'opinione che anche l'appartenenza di beni pubblici allo Stato potesse essere soppiantata da strumenti più moderni<sup>5</sup>. Nell'ultimo ventennio, le direttive europee di liberalizzazione – in alcuni casi, adottate direttamente dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 106, comma 3, Tfu<sup>6</sup> – hanno imposto l'apertura alla concorrenza di alcuni mercati<sup>7</sup>: energia, telecomuni-

<sup>1</sup> A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000, 17; G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2009, 68. Sull'inefficienza dei monopoli, che talvolta appare più grave di quanto non sia effettivamente, R. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington, Cato Institute, 1999.

<sup>2</sup> M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, 27.

<sup>3</sup> G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, 79.

<sup>4</sup> F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, Giappichelli, 2003, 34-35.

<sup>5</sup> Sul processo di privatizzazione, M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.; S. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>6</sup> Al riguardo, fu determinante la spinta propulsiva dell'allora Presidente Jacques Delors e del Libro bianco del 1985 (G. Mammarella, P. Cacace, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 205-210).

<sup>7</sup> A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 15 ss. Rileva S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2007, 295, come tale cambiamento abbia avuto profondi effetti sull'ordinamento. Per un

## le fatiche dello stato regolatore

cazioni, poste, trasporti e così via. In tal modo, l'interesse pubblico alla corretta prestazione di un servizio a prezzi ragionevoli viene soddisfatto in via mediata, contestualmente e per mezzo dello sviluppo del mercato<sup>8</sup>. Tale sviluppo richiede però di essere regolamentato e disciplinato, in quanto, nel corso del Novecento, è emerso anche che le mani invisibili del mercato «talvolta brancolano nel buio», tanto da giustificare interventi per prevenire *market failures* dai costi potenzialmente elevati<sup>9</sup>. Così, tramite la regolazione, l'azione privata verrebbe funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>10</sup>, concretizzando il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore.

La regolazione non ha natura finalistica, bensì condizionale<sup>11</sup>, nella misura in cui è finalizzata alla correzione di fallimenti di mercato, quali le distorsioni derivanti dal potere di mercato<sup>12</sup>. Tale forma di intervento indiretto

verso, quest'ultimo è stato semplificato, nella misura in cui diverse forme di impresa pubblica sono scomparse; per altro verso, la gestione è stata sostituita da interventi di diversa natura da parte di diverse istituzioni pubbliche.

<sup>8</sup> B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni – Annuario Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, 355.

<sup>9</sup> M. Onado, *Economica e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna, il Mulino, 2008, 89. Ricorda R. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, cit., 87-90, che tale disillusione sarebbe giunta al culmine durante la *Great Depression* e che negli Stati Uniti l'introduzione di misure regolatorie, propiziata da motivi economici, politici, storici e culturali, sarebbe stata accolta con favore anche da alcuni monopolisti di servizi pubblici, che vi hanno ravvisato un'alternativa all'eventuale espropriazione da parte dello Stato, che avrebbe sostituito il monopolio privato con il monopolio pubblico. Si evidenzia in Benedetto XVI, *Caritas in Veritate*, Città del Vaticano 2009, 29-30, che la ricerca del profitto non sarebbe di per sé biasimabile, ma «l'esclusivo obiettivo del profitto, se mal prodotto e senza il bene comune come fine ultimo, rischia di distruggere ricchezza e di creare povertà». La semplice logica mercantile non sarebbe sufficiente, ma occorrerebbe finalizzare il mercato al perseguimento del bene comune (*ibid.*, 56).

<sup>10</sup> La finalizzazione dell'attività privata ha effetti anche sull'individuazione dei beni pubblici. Ricorda M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1997, 105 che, contrariamente a quanto si riteneva in passato, non sono pubblici i beni che appartengono allo Stato, ma quelli destinati all'adempimento di una funzione pubblica: la destinazione pubblica consiste nella relazione di inerenza di un bene ad una funzione.

<sup>11</sup> S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 266 ss., ravvisa misure regolatorie qualora sussistano (i) l'indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice; (ii) l'affidamento ad essa di un unico compito; (iii) natura condizionale della regolazione; (iv) l'esistenza di una relazione trilaterale; (v) la sottoposizione al principio del giusto procedimento e (vi) l'esistenza di un controllo giurisdizionale sulle decisioni.

<sup>12</sup> La privatizzazione di un monopolio pubblico impone di prevenirne la trasformazione in un monopolio privato (A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 50 ss.). La privatizzazione dei servizi di pubblica utilità ha, così, portato alla creazione di un sistema di

è stata prevalentemente rimessa ad autorità indipendenti, estranee al circuito politico<sup>13</sup>. Le autorità di regolazione disciplinano e vigilano su diversi settori dell'economia. Oltre a porre le regole del gioco, hanno anche la prerogativa tutt'altro che secondaria di decidere chi può parteciparvi, autorizzando gli operatori e verificando chi partecipa al loro capitale. Tramite il controllo degli assetti, infatti, vengono verificate identità e caratteristiche degli operatori per prevenire *ex ante* comportamenti devianti rispetto ai fini stabiliti dalla legge. Accanto all'attività di regolazione del mercato in senso stretto e alla vigilanza sul comportamento degli operatori, le autorità indipendenti svolgono così un'attività di vigilanza strutturale, incidendo sui soggetti che vi operano o che intendono entrarvi.

Il controllo degli assetti è strumentale alle finalità perseguite dai regolatori: concorrenza sui mercati; pluralismo informativo nelle comunicazioni; stabilità e trasparenza per il settore bancario e finanziario; indipendenza del gestore della rete in quelli nei comparti energetici. Il presupposto di tali controlli è l'imposizione agli operatori di obblighi di comunicazione e/o di regimi autorizzatori per le nomine e l'acquisizione di partecipazioni rilevanti, prevedendo sanzioni per l'inottemperanza. Tali comunicazioni forniscono l'*input* informativo per le successive valutazioni, ma non sempre consentono di far emergere chi effettivamente controlli un'impresa regolata.

La disciplina del controllo degli assetti si è inizialmente sviluppata sulla scia della progressiva liberalizzazione delle imprese a rete. La normativa si presenta oggi frammentata, in quanto le regole e le autorità competenti variano in funzione della finalità dell'analisi e dei settori interessati. I paragrafi che seguono illustrano le principali tipologie di controllo e le relative criticità.

regolazione affidato alle autorità indipendenti, per vigilare sui prezzi e sulla qualità dei servizi (G. Napolitano, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 14). Secondo A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 31, lo Stato sarebbe, allora, «garante di efficienza». Al riguardo, altresì L. Prosperetti, *Monopolio, concorrenza e regolazione: i pubblici servizi in un mercato che cambia*, in *Economia e politica industriale*, 1993, 105 ss.; F. Cavazzuti, G. Moglia, *Regolazione, controllo e privatizzazione nei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Economia Italiana*, 1994, 9 ss.

<sup>13</sup> Rileva C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in *Le virtù della concorrenza*, a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri, Bologna, il Mulino, 2006, 45 ss., come la separazione dei compiti d'indirizzo e regolazione dalla gestione del servizio consenta di indirizzare lo sforzo dello Stato verso la tutela dell'utente e di altri valori, come l'ambiente e l'occupazione, al contempo orientando l'attività d'impresa al conseguimento del profitto. In argomento, A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 61 ss., nonché M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; D. Geradin, N. Petit, *The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform*, 2006, disponibile su [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

### 3. Finalità e strumenti del controllo degli assetti

#### 3.1. Analisi antitrust

Il controllo degli assetti è, innanzi tutto, una leva per la tutela della concorrenza. La normativa sugli assetti ha in questo caso valenza generale, poiché è rivolta a tutte le imprese.

A livello europeo, il Trattato di Roma del 1955 disciplinava unicamente la repressione di cartelli (art. 85) e abusi di posizione dominante (art. 86), e non il controllo delle concentrazioni, di derivazione statunitense. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria lo ha considerato strumentale alla repressione di abusi di posizione dominante e cartelli, identificandone la base giuridica proprio negli artt. 85 e 86<sup>14</sup>. Il legislatore europeo e quello nazionale hanno in seguito codificato il controllo delle concentrazioni, rispettivamente, nel reg. Ce n. 139/2004 (precedentemente, reg. Cee n. 4064/1989) e nell'art. 16, l. n. 287/1990<sup>15</sup>.

Anche a livello italiano, tale strumento affianca ora quelli tradizionali, incentrati sulla sanzione di cartelli e abusi di posizione dominante. Mentre, però, questi ultimi sono forme di intervento *ex post*, il controllo degli assetti avviene *ex ante*, precludendo quelle operazioni di concentrazione che potrebbero creare un incentivo a porre in essere condotte anticompetitive.

La Commissione europea e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato («Agcm») sono state così chiamate a compiere uno scrutinio generale e preventivo sulle operazioni che comportano il mutamento di chi controlla un'impresa o un suo ramo – anche tramite la costituzione di un'impresa comune –, per verificare che non venga ridotta in modo sostanziale e durevole la concorrenza sui mercati interessati (art. 6, comma 1, l. n. 287/1990). Le valutazioni delle autorità antitrust, dunque, non intaccano le posizioni dominanti derivanti da crescita naturale, vale a dire ottenute conquistando nuove quote di mercato per effetto della preferenza accordata dai clienti. Sono, invece, potenzialmente censurabili le posizioni di forza sul mercato che derivano dall'acquisizione di un'influenza dominante su di un'altra impresa, in base alla nozione di controllo prevista dall'art. 2359 c.c.

L'art. 2359 c.c. ha riguardo non soltanto al controllo di diritto, ma

<sup>14</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contro Commissione delle Comunità europee*, in Racc., 1973, 215, spec. punti 12 e 13.

<sup>15</sup> I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Leiden, Kluwer Law International, 2005, 367-368.

anche a quello di fatto; non rileva solo la titolarità della maggioranza dei voti nelle assemblee sociali, ma anche la possibilità di esercitare un'influenza dominante, in virtù di partecipazioni azionarie o di altri fattori (comma 1, n. 3)<sup>16</sup>. Anche una quota di minoranza, infatti, potrebbe consentire l'esercizio di un'influenza dominante, per l'effetto di patti parasociali<sup>17</sup> o dell'assenteismo degli altri soci<sup>18</sup>, e potrebbe aversi controllo persino in assenza di qualsivoglia partecipazione. La traslazione del potere di direzione all'esterno della società può derivare da diverse fattispecie: contratti di agenzia, commissione, somministrazione, fornitura in esclusiva o idonei a creare una dipendenza economica, *franchising*, licenza di brevetto e anche finanziamento, qualora il vincolo, oltre a essere stabile, abbia durata e importo significativi<sup>19</sup>. Da qui la difficoltà del controllo degli assetti: individuare «chi comanda» puntando lo sguardo anche oltre gli assetti proprietari e la composizione degli organi amministrativi, poiché il potere di determinare il comportamento di un'impresa potrebbe far capo a soggetti diversi da quelli che risultano dal libro soci o che siedono nel Consiglio di amministrazione.

Qualora il potere di mercato di un operatore precluda in radice la possibilità di un mercato competitivo in un futuro ragionevolmente prevedibile, le operazioni di concentrazione possono essere vietate<sup>20</sup>. Il potere di mercato deve, infatti, essere governabile<sup>21</sup>, anche con riferimento alla possibilità che sorgano effetti coordinati tra imprese concorrenti<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Sulla nozione di controllo, *ex multis*, L. Schiuma, *Controllo, governo, partecipazione*, Padova, Cedam, 1997; M. Stella Richter, «Trasferimento del controllo» e rapporti tra i soci, Milano, Giuffrè, 1996; M.S. Spolidoro, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 1995, 470 ss.; R. Costi, G. Minervini, *Due pareri su come vada inteso il «rapporto di controllo» in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, l. 1/1991)*, in *Contr. impr.*, 1991, 1023 ss.

<sup>17</sup> A. Pavone La Rosa, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, vol. II, Torino, Utet, 1991, 582-583.

<sup>18</sup> M. Notari, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, 348 ss.

<sup>19</sup> E. Rimini, *Il controllo contrattuale*, Milano, Giuffrè, 2002, 75. In argomento, altresì M. Lamandini, *Il controllo. Nozioni e «tipo» nella legislazione economica*, Milano, Giuffrè, 2005, 152 ss.; A. Musso, *Il controllo societario mediante particolari vincoli contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1999, 19 ss.; A. Di Majo, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 537 ss.; E. Rimini, *Il controllo contrattuale*, cit., 21 ss.; F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2005, 180 ss.; nonché Cass., 27 settembre 2001, n. 12094.

<sup>20</sup> E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bologna, il Mulino, 2007, 107.

<sup>21</sup> G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998, 79-87.

<sup>22</sup> I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, cit., 367.



## le fatiche dello stato regolatore

La normativa impone di notificare preventivamente tutti i trasferimenti di imprese, aziende o rami d'azienda, tramite un apposito formulario<sup>23</sup> da indirizzare all'Agcm o alla Commissione, a seconda della rilevanza e della presenza multinazionale delle imprese interessate e delle loro controllanti<sup>24</sup>. Il potere autorizzatorio dell'Agcm, peraltro, potrebbe essere occasionalmente limitato dal Consiglio dei Ministri. Quest'ultimo, infatti, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, può dettare i criteri per autorizzare un'operazione che verrebbe altrimenti vietata, in nome di «rilevanti interessi dell'economia nazionale nell'ambito di integrazione europea». In tali casi, l'antitrust si limita a indicare le misure per ripristinare la concorrenzialità del mercato entro un certo termine (art. 25, comma 1, l. n. 287/1990)<sup>25</sup>. Tale disposizione, introdotta in occasione del crack finanziario di Alitalia, testimonia come le scelte del legislatore, al tempo della crisi, siano talvolta contraddittorie, nella misura in cui sono intensificati gli interventi del decisore politico in aree di competenza delle autorità indipendenti<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Oltre ai dati generali sulle imprese partecipanti (sede legale, numero R.E.A. e così via), devono essere descritti l'operazione e l'assetto proprietario che si andrà a realizzare. Per ciascuno dei partecipanti, occorre indicare il controllante diretto o indiretto o i suoi dieci maggiori azionisti, nonché i titolari di partecipazioni superiori al dieci per cento nelle partecipanti. È altresì necessario elencare le società controllate, ogni partecipazione superiore al dieci per cento (cinque per cento per le partecipazioni in società quotate) in società che operano su mercati interessati dalla concentrazione e i legami finanziari e personali delle imprese partecipanti e chiarire se gli amministratori dei partecipanti siano al contempo amministratori di altre imprese operanti su mercati interessati dalla concentrazione. Deve essere proposta anche una descrizione dell'attività dei partecipanti e una definizione dei mercati rilevanti.

<sup>24</sup> Devono essere notificate le operazioni in cui il fatturato sul territorio italiano della società *target* superi 47 milioni di euro e quelle in cui il fatturato sul territorio italiano dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 468 milioni di euro (Agcm, *Rivalutazione soglie fatturato ex art. 16, comma 1, della legge n. 287/90*, provv. n. 22951, 16 novembre 2011, in *Boll.* n. 44, 2011). Qualora l'operazione abbia «dimensione comunitaria», deve essere notificata alla Commissione europea.

<sup>25</sup> G. Bruzzone, A. Saija, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2010, 276. Questa forma di ingerenza governativa è stata introdotta in occasione del caso Alitalia/Air France, quando l'art. 1, comma 10, d.l. n. 134/2008, ha modificato la legge antitrust. Sul caso Alitalia, S. Spuntarelli, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel «singolare» caso Alitalia*, in *Foro amm.* – *T.A.R.*, 2009, 1444-1455.

<sup>26</sup> G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, il Mulino, 2009, 34.

### 3.2. Comunicazioni e pluralismo informativo

Il controllo generale svolto dall'Agcm e dalla Commissione è affiancato da altre verifiche, che rispondono a finalità settoriali. Oltre a tutelare la concorrenza, infatti, il controllo degli assetti consente di preservare il pluralismo informativo nel settore delle comunicazioni, in attuazione dell'art. 21 Cost. Tale disposizione, da un lato, tutela il diritto di ciascuno a esprimere la propria opinione; dall'altro, sancisce la libertà di essere informati in modo completo e veritiero. La libertà di manifestazione del pensiero è garantita anche per mezzo della pluralità delle fonti informative e dello sviluppo di realtà imprenditoriali diversificate; in tale ottica sono giustificate le limitazioni del diritto di iniziativa economica imposte dal legislatore<sup>27</sup>.

Nessun fornitore di servizi di media audiovisivi può essere titolare di autorizzazioni che consentano di trasmettere più del venti per cento dei programmi televisivi e radiofonici (art. 43, comma 7, d.lg. n. 177/2005). Inoltre, i soggetti iscritti al Registro degli operatori di comunicazione («Registro») non possono conseguire più del venti per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni (c.d. «Sic»), né costituire posizioni dominanti nei singoli mercati che lo compongono (art. 15, l. n. 112/2004; art. 43, comma 9, d.lg. n. 177/2005)<sup>28</sup>. La struttura del mercato è stata, così, in parte imposta dal legislatore<sup>29</sup>, che ha anche limitato la possi-

<sup>27</sup> Sul pluralismo informativo, si v. l'abbondante giurisprudenza costituzionale (*ex multis*, C. cost., 15 giugno 1972, n. 105; C. cost., 14 luglio 1988, n. 826; C. cost., 7 dicembre 1994, n. 420; C. cost., 20 novembre 2002, n. 466), nonché R. Zaccaria, L. Capecchi, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo, Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, a cura di G. Santaniello, Padova, Cedam, 1990, 293 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali – Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, 383 ss.; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, 75 ss.; L. Paladin, *Quale pluralismo televisivo dopo le sentenze della Corte costituzionale?*, in *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 2000, 16 ss.; G. Fares, *Riflessioni sulla sentenza n. 466/2002 della Corte costituzionale in materia radiotelevisiva*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2002; R. Zaccaria, A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2010, 16-17.

<sup>28</sup> Il Sic prende in considerazione i ricavi derivanti da finanziamento del servizio pubblico radiotelevisivo al netto dei diritti dell'erario, da pubblicità nazionale e locale, televendite, sponsorizzazioni, attività di diffusione del prodotto realizzata al punto vendita con esclusione di azioni sui prezzi, convenzioni e provvidenze pubbliche, offerte televisive a pagamento, abbonamenti e dalla vendita di quotidiani e periodici inclusi i prodotti librari e fonografici commercializzati in allegato, nonché dalle agenzie di stampa a carattere nazionale, dall'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di Internet e dalla utilizzazione delle opere cinematografiche (art. 15, comma 3, l. n. 112/2004).

<sup>29</sup> E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, cit., 123. Rilevano G. Nava, F. Bruno, *Il nuovo*

## le fatiche dello stato regolatore

bilità di acquistare imprese editrici di quotidiani da parte di operatori televisivi titolari di più di una rete (art. 15, c. 6, l. n. 112/2004; art. 43, c. 12, d.l.g. n. 177/2005)<sup>30</sup>.

I controlli, peraltro, sono ancora più incisivi per la stampa periodica, con particolare riguardo agli editori che richiedono contributi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tra le varie forme di sussidio pubblico, infatti, i fondi erogati ai sensi della l. n. 250/1990 mirano a supportare un settore in difficoltà e a preservare il pluralismo; coerentemente con tali finalità, i contributi riservati alle imprese cooperative (art. 3, c. 2) possono essere percepiti una sola volta per soggetto. Qualora due o più testate per le quali siano richiesti i contributi siano collegate tra loro o riconducibili al controllo del medesimo soggetto, è prevista la decadenza dalle provvidenze per entrambi i giornali<sup>31</sup>.

Il controllo degli assetti serve altresì a verificare i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Nel mercato editoriale, infatti, difficilmente i ricavi coprono i costi e questo potrebbe compromettere obiettività e imparzialità dell'informazione, in quanto una testata potrebbe essere finanziata in perdita per strumentalizzare l'informazione a sostegno di interessi particolari. Per tale motivo, l'art. 21, c. 5, Cost. consente alla legge di disporre la pubblicazione dei mezzi di finanziamento della stampa periodica, in modo da consentire un controllo diffuso sulla genuinità dell'informazione<sup>32</sup>.

Il controllo sui predetti limiti compete all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni («Agcom»), che verifica l'equa distribuzione delle risorse fra gli operatori, il pluralismo nell'offerta e il rispetto dei limiti<sup>33</sup>. Da

*ordinamento delle comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 2006, 908-910, che il sistema del Sic determina «un'artificiale espansione del valore del mercato complessivo, cui fanno riferimento i limiti antitrust imposti ai singoli operatori di comunicazione, con il conseguente gonfiamento della soglia di ricavi ammissibili in capo a ciascun soggetto». Il mercato globale della comunicazione sarebbe, infatti, definito in base a elementi estranei alle tecniche di analisi e definizione dei mercati rilevanti adottate dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza antitrust. Per un esempio dell'applicazione delle tecniche antitrust al settore radiotelevisivo, A. Preta, M. Pacillo, *Televisione e mercati rilevanti a fini antitrust*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, pp.727 ss. Sul Sic, in senso critico anche R. Zaccaria, A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 562-564, ma si v. altresì S. Sica, V. Zeno-Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2012, 144 ss.

<sup>30</sup> Tale limite, originariamente previsto fino al 31 dicembre 2010, è stato successivamente prorogato, da ultimo fino al 31 dicembre 2013 (art. 1, comma 427, l. n. 228/2012).

<sup>31</sup> Combinato disposto dell'art. 3, c. 11-ter, l. n. 250/1990 e dell'art. 1, c. 574, l. n. 266/2005.

<sup>32</sup> Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2012, n. 47.

<sup>33</sup> R. Caiazza, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Arbitri dei mercati. Le au-*

un lato l'Agcom autorizza il trasferimento di società radiotelevisive, e ricevendo le notifiche di operazioni di concentrazione e intese restrittive tra operatori di comunicazione (art. 14, l. n. 112/2004; art. 43, d.lg. n. 177/2005)<sup>34</sup>; dall'altro lato, procede a controlli *ex post*<sup>35</sup>. Inoltre, previa richiesta annuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'autorità napoletana accerta anche l'assenza di situazioni non solo di controllo, ma anche di collegamento<sup>36</sup> fra editori richiedenti i contributi<sup>37</sup>.

I controlli *ex ante* sono condotti tramite i formulari trasmessi dagli operatori entro quindici giorni dall'atto che perfeziona l'operazione di concentrazione o l'intesa (artt. 3, c. 4, e 4, c. 10, dell'allegato A alla delibera 9

*torità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2010, 312.

<sup>34</sup> Rilevano, a tal fine, le operazioni di trasferimento di imprese radiotelevisive, nonché quelle in cui sia parte un operatore di comunicazione o che possano avere effetti su un mercato del Sic. Sono notificate solamente le operazioni e le intese che superino determinate soglie di rilevanza. L'Agcom valuta i ricavi, il livello di concorrenza all'interno del sistema, le barriere all'ingresso, le dimensioni di efficienza economica dell'impresa, nonché gli indici quantitativi di diffusione dei programmi radiotelevisivi, dei prodotti editoriali e delle opere cinematografiche o fonografiche (art. 43, c. 3, d.lg. n. 177/2005).

<sup>35</sup> L'art. 43, d.lg. n. 177/2005 consente all'Agcom di adottare un atto di pubblico richiamo qualora accerti che un'impresa, o un gruppo, operanti nel Sic possano superare, prevedibilmente, i limiti, secondo la delibera 9 novembre 2006, n. 646/06/CONS. In caso di violazione, l'Agcom può ordinare la rimozione degli effetti lesivi ed eventualmente sanzionare. Il controllo dell'Agcom è, dunque, molto più intenso di quello che poteva svolgere il Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria ai sensi della l. n. 223/1990, che doveva limitarsi all'intimazione, in quanto il potere sanzionatorio era rimesso al Ministero delle comunicazioni (E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, cit., 124).

<sup>36</sup> Il collegamento si verifica quando una parte ha il potere di esercitare un'influenza notevole su una società, da accertare secondo le circostanze specifiche del caso che consentono di incidere sull'indirizzo strategico ed operativo (A. Santosuosso, *Sul collegamento*, in *Giur. comm.*, 2002, 714 ss.). Tale nozione, come rilevato da Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267, è particolarmente ampia, e, a differenza del controllo, il collegamento può essere anche discontinuo nel tempo (A. Santosuosso, *Sul collegamento*, cit., 721; *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Libro V*, Tomo I, a cura di G. Perlingieri, Napoli, ESI, 2010, 1325-1330).

<sup>37</sup> D.P.R. 5 novembre 2010, n. 223. Anche l'art. 21, c. 5, Cost., inoltre, consente alla legge di imporre di rendere noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica, sancendo il principio della trasparenza. I controlli sulle acquisizioni e sul rispetto del pluralismo e quello sulle situazioni di controllo e collegamento tra editori richiedenti i contributi sono svolti da uffici diversi dell'Agcom: il primo compete alla Direzione Servizi di Media, il secondo è proprio del Servizio ispettivo, registro e Co.Re.Com., ed in particolare dall'Ufficio del Registro degli operatori di comunicazione (delibera 9 ottobre 2002, n. 316/02/CONS e s.m.i.).

## le fatiche dello stato regolatore

novembre 2006, n. 646/06/CONS), mentre quelli *ex post* si fondano prevalentemente sulle informazioni sugli assetti proprietari e amministrativi contenute nelle banche dati a disposizione dell'Autorità, vale a dire la banca dati informatica del Registro delle imprese e le informazioni comunicate in via telematica al Registro dagli stessi operatori<sup>38</sup>.

Con riferimento alla nozione di controllo, tanto l'art. 43, c. 15, d.lg. 177/2005 (in materia di radiodiffusione), quanto l'art. 1, c. 8, l. n. 416/1981 (in materia di editoria) richiamano l'art. 2359 c.c., pur precisandone la portata<sup>39</sup>. In entrambi i casi rilevano anche il controllo indiretto e quello di fatto e non occorre che l'influenza sia stata in concreto esercitata, né essa deve essere riferita al potere di determinare la linea editoriale. È, infatti, sufficiente che sussistano particolari rapporti di carattere finanziario e organizzativo; una volta accertata l'esistenza del controllo sotto il profilo economico, non occorre verificarne la concretizzazione sotto il profilo editoriale<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Delibera 26 novembre 2008, n. 666/08/CONS. Nel caso degli editori richiedenti i contributi, in caso di omessa comunicazione annuale, l'Agcom avvia un procedimento sanzionatorio e non certifica la posizione di tale operatore fino a quando esso, oltre a fare la prescritta comunicazione, non abbia obolato pagando il doppio del minimo editale (vale a dire, il doppio di 516,00 euro) o pagato l'eventuale sanzione (art. 22, c. 3, allegato A alla delibera n. 666/08/CONS). L'avvio di un procedimento sanzionatorio potrebbe, pertanto, paralizzare l'erogazione dei contributi fino al termine del procedimento (ai sensi della delibera n. 136/06/CONS, centoventi giorni) e dell'eventuale contenzioso, inducendo gli editori in difficoltà finanziaria a rinunciare a difendersi e a estinguere immediatamente la violazione. Tale dissuasione dall'esercizio del diritto di difesa, però, stride con la Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali e finisce per intaccare anche la legittimazione democratica delle autorità indipendenti, che si basa anche sul rispetto delle norme sul procedimento e della partecipazione del privato, non soltanto in sede di formazione delle norme (su cui M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005, 154-155), ma anche in sede di procedimento sanzionatorio (in materia, anche R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>). Fra la definizione del procedimento sanzionatorio e quello di certificazione ai fini dei contributi manca, peraltro, un legame logico: una volta effettuata la comunicazione obbligatoria, la posizione dell'editore sarebbe già verificabile, a prescindere dall'andamento del procedimento sanzionatorio.

<sup>39</sup> L'art. 15, d.lg. n. 177/2005 reca una presunzione di influenza dominante, mentre la l. n. 416/1981 ha previsto la fattispecie del collegamento indiretto. In argomento, R. Zaccaria, A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 553.

<sup>40</sup> La nozione di controllo rispecchia dunque le finalità del settore di riferimento (Tar Lazio, Roma, sez. II, 25 giugno 2012, n. 5785).

### 3.3. Energia elettrica e gas

Le verifiche condotte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas («Aeeg») hanno una finalità diversa: garantire la neutralità della gestione delle infrastrutture e la parità di accesso degli operatori alle reti di trasmissione o trasporto<sup>41</sup>.

Al fine di prevenire discriminazioni dei gestori delle reti a danno di fornitori di energia, infatti, le dir. nn. 2003/54/Ce e 2003/55/Ce avevano imposto la separazione giuridica e funzionale delle attività di gestione della rete dagli interessi della generazione/produzione e della fornitura<sup>42</sup>. Successivamente, le dir. nn. 2009/72/Ce e 2009/73/Ce, prendendo atto dell'insufficienza di tali misure, hanno intensificato la separazione tra la gestione delle reti e le altre attività, disponendo che le imprese verticalmente integrate fossero separate istituendo, in alternativa: (i) un gestore di trasporto o di trasmissione indipendente, gestore e proprietario della rete (c.d. modello ITO), (ii) un gestore di sistema indipendente, che gestisce una rete di proprietà di un soggetto terzo (c.d. modello ISO), (iii) un gestore di trasporto o di trasmissione, secondo le regole di indipendenza già esistenti che garantiscono una separazione più effettiva rispetto al modello ITO<sup>43</sup>.

Per accertare l'effettiva separazione dei gestori della rete dai produttori/fornitori, il d.lg. n. 93/2011 attribuisce all'Aeeg il compito di certificare l'indipendenza dei gestori dei sistemi di trasmissione e di trasporto<sup>44</sup> (art. 1 del reg. Ce n. 714/2009 e art. 1 del reg. Ce n. 715/2009), controllandone anche assetti e organi amministrativi. La procedura di certificazione da parte dell'Autorità prevede l'intervento della Commissione europea, che

<sup>41</sup> In argomento, E. Bruti Liberati, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2007, 165. Sull'accesso alle reti energetiche, E. Bruti Liberati, *La regolazione essenziale dei servizi pubblici: il caso dell'energia elettrica e del gas*, Milano, Giuffrè, 2006; P. Cirielli, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>42</sup> Sui costi e benefici di tali misure, M. Libertini, *Benefici e costi della separazione proprietaria*, in *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia. Annuario di diritto dell'energia 2012*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, il Mulino, 2012, 183 ss.; H. Caroli Casavola, *Il principio di separazione contabile, societaria e proprietaria nei servizi pubblici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, 469 ss.

<sup>43</sup> M. Rescigno, *La «governance» indipendente dei gestori dei sistemi di rete*, in *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia. Annuario di diritto dell'energia 2012*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, il Mulino, 2012, 166-168. Sulla formazione del c.d. «terzo pacchetto», E. Ciaralli, *I mercati europei dell'energia elettrica e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, 179 ss.

## le fatiche dello stato regolatore

rilascia un parere obbligatorio sulla compatibilità della proposta di decisione del regolatore nazionale con le dir. nn. 2009/72/Ce e 2009/73/Ce (art. 3 del reg. Ce n. 714/2009 e art. 3 del reg. Ce n. 715/2009). Il parere è fornito entro due mesi dalla richiesta e le autorità nazionali adottano un provvedimento in merito alla certificazione entro due mesi dalla ricezione del parere. Il documento della Commissione, tuttavia, non è vincolante, ma deve essere soltanto tenuto «nella massima considerazione».

Le autorità dispongono anche di strumenti pervasivi per eliminare gli incentivi a porre in essere condotte discriminatorie. Ove necessario per assicurare il rispetto delle direttive europee, i gestori e i proprietari di reti di trasmissione o di trasporto sono, infatti, tenuti a modificare l'oggetto sociale, lo Statuto e persino le procure conferite agli organi sociali (art. 29 della delibera 3 novembre 2011, n. ARG/Com 153/11). Al fine di garantire lo sviluppo e la manutenzione delle reti, al gestore può essere prescritto anche di adeguare le convenzioni con gli eventuali altri soggetti proprietari di porzioni della rete, in modo da assicurare la gestione unitaria della rete, come se il gestore certificato ne fosse l'unico proprietario<sup>45</sup>.

Per quanto concerne l'energia elettrica, dopo aver inizialmente affidato alla società Terna S.p.a. solamente le attività di trasmissione e dispacciamento (d.lg. n. 79/1999), il legislatore le ha conferito anche la proprietà delle reti<sup>46</sup> (d.l. n. 239/2003<sup>47</sup>), con l'obbligo di collegarvi tutti i soggetti che ne facessero richiesta, in modo imparziale e neutrale<sup>48</sup>.

Nel settore del gas si è assistito a un'evoluzione per certi versi simile. Se, infatti, il d.lg. n. 93/2011 aveva optato per il modello ISO<sup>49</sup>, il d.l. n.

<sup>44</sup> Art. 9 delibera 3 novembre 2011, n. ARG/com 153/11.

<sup>45</sup> In tal senso, la delibera Aeeg 5 aprile 2013, n. 142/2013/R/Eel, 7.

<sup>46</sup> G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Bologna, il Mulino, 2007, 144. È stato poi trasferito il capitale del gestore della rete elettrica, Terna S.p.a.: il 29,8 per cento è oggi detenuto dalla Cassa Depositi e Prestiti S.p.a.; il 42,9 per cento da investitori istituzionali e il 27,3 per cento da investitori *retail*.

<sup>47</sup> Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 290/2003.

<sup>48</sup> L'ambiziosa operazione doveva garantire anche un'adeguata qualità nella prestazione del servizio. Sul mantenimento della qualità del servizio, G. Napolitano, *La tutela dei consumatori e la regolazione pubblica del mercato elettrico*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2007, 247 ss.

<sup>49</sup> La normativa precludeva l'acquisizione di partecipazioni dirette o indirette tanto nel capitale del gestore di rete da parte delle controllate dell'impresa verticalmente integrata, quanto da parte del gestore nel capitale delle controllate nell'impresa verticalmente integrata (art. 11, comma 3, d.lg. n. 93/2011). L'indipendenza del gestore, peraltro, doveva essere garantita dallo statuto, dall'organizzazione, dal funzionamento e dalla struttura di gestione (art. 11, comma 4, d.lg. n. 93/2011). Per le imprese verticalmente integrate, tale indipendenza era

1/2012<sup>50</sup>, al fine favorire la liberalizzazione delle attività nel settore del gas naturale, ha imposto la separazione proprietaria del maggiore gestore nazionale (Snam S.p.a. tramite la sua controllata Snam Rete Gas S.p.a.) da Eni S.p.a.<sup>51</sup>.

Anche nel settore dell'energia, la nozione di controllo individuata dall'art. 1 delle direttive nn. 2009/72/Ce e 2009/73/Ce si presenta elastica. Costituiscono, infatti, controllo «tutti i diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa», con particolare riguardo ai diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio dell'impresa ed ai diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle votazioni, sulle deliberazioni e decisioni degli organi di un'impresa. Anche qui, rilevano tanto il controllo azionario, quanto tutte le altre forme in cui può esprimersi l'influenza dominante.

### *3.4. Vigilanza sul sistema finanziario*

Nel comparto bancario, finanziario e assicurativo, i mutamenti di assetti proprietari e organi amministrativi degli intermediari sono soggetti ad autorizzazione e obblighi informativi per due finalità: da un lato, garantire la stabilità del sistema finanziario; dall'altro, assicurare l'ordinato funzionamento del mercato<sup>52</sup>. La normativa deriva anche dall'ordinamento comunitario.

Con riguardo alla stabilità, la dir. n. 2007/44/Ce ha parzialmente uniformato le norme in materia di acquisizione di quote in imprese di assicu-

garantita anche tramite la predisposizione di un programma di adempimenti per escludere comportamenti discriminatori e la designazione di una persona o un organo responsabile del controllo del programma.

<sup>50</sup> Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012.

<sup>51</sup> Il D.P.C.M. 25 maggio 2012 ha poi precisato le modalità dell'operazione: Eni S.p.a. deve cedere alla Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. il trenta per cento meno un'azione del capitale di Snam S.p.a.; Eni è poi tenuta a cedere le sue partecipazioni residue in Snam (pari a circa il venticinque per cento del capitale) sui mercati finanziari.

<sup>52</sup> Oltre la stabilità e la trasparenza, la disciplina normativa e l'attività vigilanza sono venute a perseguire un ampio ventaglio di finalità (L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 261-263; M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, 407). L'art. 5 del Testo unico bancario dispone infatti che i poteri di vigilanza siano esercitati avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.



## le fatiche dello stato regolatore

razione (art. 1 e 2) e riassicurazione (art. 4), in imprese di investimento (art. 3) e in enti creditizi (art. 5)<sup>53</sup>. È soggetta ad autorizzazione preventiva l'acquisizione tanto del controllo, quanto di partecipazioni che comportino la possibilità di esercitare un'influenza notevole o una quota dei diritti di voto o del capitale pari o superiore al dieci per cento. Deve essere autorizzata anche la variazione dell'entità della partecipazione, quando la quota dei diritti di voto o del capitale detenuti raggiunge, direttamente o indirettamente, il venti, il trenta o il cinquanta per cento e, in ogni caso, quando le variazioni comportano l'acquisizione del controllo<sup>54</sup>.

La normativa citata prevede un meccanismo di silenzio assenso, che matura nel termine di sessanta giorni lavorativi, ma tale termine può essere sospeso fino a trenta giorni lavorativi. È fatto divieto agli Stati membri di assoggettare l'acquisizione diretta o indiretta di diritti di voto a requisiti più rigorosi di quelli previsti dalla direttiva.

Nell'ordinamento italiano, la Banca d'Italia vigila sul trasferimento di quote non solo di banche, ma anche di società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio e società di investimento a capitale variabile (art. 15, d.lg. n. 58/1998 – Testo unico della finanza, «Tuf»)<sup>55</sup>. Le verifiche puntano alla sana e prudente gestione delle singole imprese vigilate e per tale via alla stabilità complessiva del sistema finanziario, strettamente legata a quella dei singoli istituti che lo compongono<sup>56</sup>. Gli obiettivi c.d. microprudenziali – vale a dire, incentrati sulla stabilità dei singoli istituti – hanno quindi anche una valenza macroprudenziale<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> La dir. n. 2007/44/Ce ha modificato le dir. nn. 92/49/Cee, 2002/83/Ce, 2004/39/Ce, 2005/68/Ce e 2006/48/Ce per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario. In materia bancaria, la normativa è ora contenuta nella dir. n. 2013/36/UE, che deve essere trasposta entro il 31 dicembre 2013 (art. 162, comma 1).

<sup>54</sup> A livello europeo, la nozione di controllo è presente nell'art. 1 della dir. n. 83/349/Cee in materia di bilanci consolidati. Il controllo può derivare dalla titolarità della maggioranza del diritto di voto, dalla facoltà di un socio di nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza, nonché dalla possibilità di esercitare un'influenza dominante.

<sup>55</sup> I procedimenti sono istruiti dal servizio Rapporti esterni e affari generali. Nel quadro della nascita «unione bancaria», la Banca centrale europea dovrebbe acquisire la competenza a controllare gli assetti delle banche da essa vigilate (art. 4, comma 1, lett. b, *Proposta di Regolamento del Consiglio che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi* 12.9.2012, 12 settembre 2012, COM(2012) 511 final).

<sup>56</sup> La gestione è «sana» quando improntata a merito e redditività; «prudente» quando valuta e gestisce in modo adeguato i rischi (C. Lamanda, *Le finalità della vigilanza*, in *La nuova legge bancaria*, vol. 1, a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi, Milano, Giuffrè, 1996, 157 ss.).

<sup>57</sup> Per una trattazione delle interazioni tra tali obiettivi, *ex multis*, M. Brunnermeier, A.

L'organo di vigilanza autorizza preventivamente le operazioni di fusione e scissione (art. 57, d.lg. n. 385/1993 – Testo unico bancario, «Tub») e verifica l'identità dei titolari di partecipazioni e degli amministratori degli istituti finanziari. Nel concedere l'autorizzazione, la Banca d'Italia accerta l'idoneità del controllante a consentire la sana e prudente gestione<sup>58</sup>. Ai fini dell'esistenza della posizione di controllo, nel settore bancario e finanziario, l'art. 23 Tub, nel richiamare l'art. 2359 c.c., tipizza diverse fattispecie in cui il controllo è presunto<sup>59</sup>.

Oltre al regime autorizzatorio, esistono obblighi meramente informativi, in relazione a circostanze che potrebbero mutare la *governance* degli istituti. Devono così essere comunicati gli accordi, in qualsiasi forma conclusi, da cui possa derivare l'esercizio concertato del voto in una banca<sup>60</sup>.

L'obiettivo di garantire la sana e prudente gestione è condiviso dall'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni («Ivass»), che controlla gli assetti

Crockett, C. Goodhart, A.D. Persaud e H. Shin, *The Fundamental Principles of Financial Regulation*, Geneva Reports on the World Economy n. 11/2009.

<sup>58</sup> Rilevano la solidità finanziaria, la reputazione, i requisiti di onorabilità, la correttezza e la competenza professionale del potenziale acquirente, nonché il possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza da parte di coloro che svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella banca. La Banca d'Italia osserva altresì la struttura del gruppo del potenziale acquirente e la capacità della banca di rispettare le disposizioni che ne regolano l'attività (art. 11, delibera Cicr 27 luglio 2011, n. 675). Osta all'autorizzazione il fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa a operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (art. 19, c. 5, Tub). Qualora partecipino all'operazione anche soggetti appartenenti a Stati extracomunitari che non assicurano condizioni di reciprocità, la domanda di autorizzazione è trasmessa al Ministro dell'economia e delle finanze, che può proporre al Presidente del Consiglio dei ministri di vietare l'operazione (art. 19, c. 8, Tub), instaurando un controllo di opportunità politica (P. Bontempi, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2009, 72-75). Si noti che nel corso del 2010 sono venuti meno i limiti alla partecipazione delle imprese industriali nel capitale delle banche, che vietavano alle imprese non finanziarie di acquisire una quota superiore al quindici per cento del capitale.

<sup>59</sup> L'art. 23, c. 1, Tub precisa che il controllo sussiste anche in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento. Si considera esistente, salvo prova contraria, qualora un soggetto, in base ad accordi, abbia talune prerogative, come il potere di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza, di approvare il bilancio o di decidere in merito all'esercizio dell'azione di responsabilità o qualora rapporti di carattere finanziario e organizzativo consentano di trasmettere utili o perdite o di coordinare la gestione dell'impresa con quella di altre imprese, per perseguire uno scopo comune (art. 23, c. 2, Tub).

<sup>60</sup> Art. 7, c. 2, delibera Cicr 27 luglio 2011, n. 675. In caso di mancata autorizzazione o di omessa comunicazione, l'ordinamento prevede, oltre a sanzioni pecuniarie, anche l'impossibilità di esercitare i diritti di voto relativi alle partecipazioni per le quali siano state omesse le comunicazioni o non ottenute le autorizzazioni (art. 24 Tub).

## le fatiche dello stato regolatore

delle imprese assicurative e riassicurative, autorizzando preventivamente l'acquisizione del controllo e di partecipazioni che comportino il superamento delle soglie (art. 68, d.lg. n. 209/2005). La nozione di controllo adottata nel campo assicurativo (art. 72, d.lg. n. 209/2005) è analoga a quella del settore bancario.

L'autorizzazione è concessa solamente se sussistono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della società bersaglio, valutando gli effetti dell'operazione sulla stabilità, sull'efficienza e sulla protezione degli assicurati dell'impresa interessata<sup>61</sup>.

L'Ivass è succeduto all'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private e d'interesse collettivo («Isvap»), di cui il legislatore ha ridisegnato l'architettura istituzionale, attribuendo alla Banca d'Italia importanti prerogative (art. 13, d.l. n. 95/2012, come modificato dalla l. n. 135/2012). Il nuovo ente ha tre organi, ciascuno dei quali è espressione anche dell'organo di vigilanza bancaria. Innanzi tutto, la carica di Presidente è ricoperta dal Direttore generale pro tempore della Banca d'Italia. In secondo luogo, quest'ultima ha un ruolo determinante anche nella nomina dei due consiglieri, che insieme al Presidente compongono il Consiglio. Scelti tra persone di indiscussa moralità e indipendenza e di elevata qualificazione professionale in campo assicurativo, essi sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su iniziativa del Presidente del Consiglio, ma su proposta del Governatore della Banca d'Italia, oltre che di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. Infine, la Banca d'Italia incide sulle decisioni assunte dall'organo di indirizzo strategico dell'Ivass, il c.d. Direttorio integrato, che è composto dal Consiglio dell'Ivass e dal Direttorio della Banca d'Italia ed è presieduto dal Governatore.

Sebbene l'Ivass sia giuridicamente distinto, la disciplina legislativa coinvolge ora la Banca d'Italia nella vigilanza sulle assicurazioni. In conseguenza, da un lato, l'assetto organizzativo dell'Ivass potrebbe divenire maggiormente simile a quello della Banca centrale; dall'altro lato, si prospetta una vigilanza maggiormente coordinata con quella bancaria e finanziaria<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Devono, altresì, essere comunicate l'acquisizione di una partecipazione rilevante e le intestazioni fiduciarie (art. 69), oltre agli accordi di voto (art. 70). Sono considerate anche le partecipazioni oggetto di contratto di riporto o di contratti derivati.

<sup>62</sup> L'attività bancaria e quella assicurativa implicano talvolta valutazioni affini e hanno punti di contatto. Si pensi alle pratiche di concessione di credito con contestuale sottoscrizione di una polizza assicurativa, all'orientamento alla misurazione dei rischi o al fatto che i prodotti assicurativi possono avere finalità di investimento. Per tali aspetti, A. Banfi, M. Biasin, M. Oriani e G. Raggetti, *Economia degli Intermediari Finanziari*, Torino, Isedi, 2011, 174-192.

Alcuni gruppi svolgono un'attività significativa sia nel settore bancario e/o finanziario, sia in quello assicurativo (c.d. conglomerati finanziari). Tali situazioni richiedono, oltre alla vigilanza delle singole autorità, una vigilanza supplementare e coordinata di Banca d'Italia, Ivass e Consob (d.lg. n. 142/2005, che ha trasposto la dir. n. 2002/87/Ce), per prevenire erronei o doppi computi del patrimonio di vigilanza consolidato e aggiramenti delle normative in materia di concentrazione dei rischi e operazioni infragruppo, nonché dissesti dagli effetti potenzialmente sistemici<sup>63</sup>. In questi casi, il coordinamento è a cura dall'ente che autorizza la capogruppo e l'integrazione di Banca d'Italia e Ivass potrebbe migliorare la vigilanza sui conglomerati.

Se Banca d'Italia e Ivass sono ora maggiormente integrate, la Consob non è stata toccata da un analogo processo di convergenza. La sua attività di vigilanza punta alla trasparenza del mercato e alla correttezza dei comportamenti. Il regolare funzionamento delle negoziazioni sui mercati regolamentati, infatti, richiede trasparenza sulle partecipazioni rilevanti<sup>64</sup>, per consentire di valutare chi siano i soggetti del mercato e quali gli interessi sottesi alla loro attività. La Consob verifica sia il mantenimento delle condizioni per un ordinato svolgimento delle negoziazioni sui mercati finanziari, sia il rispetto della normativa in materia di partecipazioni incrociate (art. 121 Tuf) e l'eventuale superamento delle soglie che fanno insorgere l'obbligo di un'offerta pubblica di acquisto (art. 106 Tuf)<sup>65</sup>.

Devono, pertanto, essere comunicati alle società partecipate e alla Consob i nomi di coloro che, direttamente o indirettamente, detengono una partecipazione superiore al due per cento in una società quotata, nonché i mutamenti della compagine, qualora vengano superate determinate percentuali (cinque per cento e multipli di cinque fino al cinquanta per cento; poi 66,6, settantacinque, novanta e novantacinque per cento) o quando la partecipazione scenda al di sotto di tali percentuali o sotto al due per cento (art. 120 Tuf)<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> In argomento, R. Costi, *L'ordinamento bancario*, cit.; A. Martelloni, *I conglomerati finanziari*, Padova, Cedam, 2006.

<sup>64</sup> G.F. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Utet, 2010, 217. In argomento, *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, Utet, 2012, 226 ss.

<sup>65</sup> L'Opa totalitaria è obbligatoria non al momento dell'acquisizione del controllo, ma al superamento della soglia del trenta per cento (art. 106, comma 1, Tuf).

<sup>66</sup> L'obbligo di comunicazione riguarda unicamente le partecipazioni con diritto di voto. In caso di mancata comunicazione, oltre a sanzioni pecuniarie (art. 193 Tuf), l'ordinamento prevede la sanzione della decadenza dal diritto di voto per le partecipazioni non comunicate, con possibilità per la Consob di impugnare le eventuali delibere assembleari che contravvengano tale divieto entro 180 giorni (art. 120, c. 5, Tuf). Sulle comunicazioni rese

## le fatiche dello stato regolatore

### 3.5. Controllo degli assetti e interazione fra autorità

Poiché il controllo degli assetti, come larga parte della regolazione<sup>67</sup>, è articolato anche per finalità, i controlli possono sovrapporsi e dar luogo a notevoli interazioni fra autorità diverse. In particolare, le verifiche condotte dall'Agcom hanno aree di affinità con quelle dell'Agcm, nella misura in cui la competitività del mercato è per certi versi una condizione necessaria, seppur non sufficiente, per il pluralismo dell'informazione<sup>68</sup>. Nelle comunicazioni, però, le concentrazioni devono ottenere l'approvazione di entrambe le autorità per i rispettivi profili di competenza, con possibilità di decisioni contrastanti<sup>69</sup>.

Anche la vigilanza delle autorità preposte al settore finanziario si sovrappone a quella dell'Agcm, con particolare riguardo ai controlli di Banca d'Italia e Ivass sugli effetti di un'operazione di concentrazione. L'Agcm, su richiesta della Banca d'Italia, può autorizzare operazioni di concentrazione riguardanti banche o gruppi bancari che determinino o rafforzino una posizione dominante, per esigenze di stabilità di uno o più dei soggetti coinvolti (art. 20, c. 5-bis, l. n. 287/1990)<sup>70</sup>. L'obiettivo della tutela della concor-

alla Consob, altresì G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993.

<sup>67</sup> M. Onado, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna, il Mulino, 2008, 97-98.

<sup>68</sup> R. Zaccaria, A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 225.

<sup>69</sup> Si pensi al noto caso della concentrazione Seat/TMC, che venne autorizzata dall'Agcm per i profili concorrenziali (Agcm, C4158 – *SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, provv. n. 9142, 23 gennaio 2001, in *Boll.* n. 3, 2001), ma venne inizialmente vietata dall'Agcom per profili attinenti al pluralismo informativo (Agcom, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications s.p.a. a Seat Pagine Gialle s.p.a.*, delibera n. 51/01/CONS, 17 gennaio 2001). Su tale caso, C. Osti, *Telecom-Tmc o de la démocratie en Italie*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 519-532.

<sup>70</sup> La l. n. 262/ 2005, che ha attribuito all'Agcm la competenza a tutelare la concorrenza anche nel settore bancario, ha innescato un braccio di ferro istituzionale sulla portata del suo art. 19, c. 12 e 13. Secondo l'Agcm, infatti, l'interpretazione letterale di tali disposizioni le attribuiva il compito di vagliare non soltanto le operazioni di concentrazione, ma anche i semplici trasferimenti di partecipazioni in misura superiore al cinque per cento (I. Bufacchi, *Banche, l'Antitrust non cede*, in *Ilsole-24ore*, 31 gennaio 2006, 33; in tal senso M. Condemni, *Ridimensionamento dei poteri della Banca d'Italia in materia di concorrenza*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2006, 210-216). Per altro verso, la Banca d'Italia propendeva per una lettura sistematica, che limitasse lo scrutinio antitrust ai soli mutamenti del controllo (I. Bufacchi, *Sulle acquisizioni competenze ancora incerte*, in *Ilsole-24ore*, 26 gennaio 2006, 6; in tal senso W. Negrini, *L'intervento della Banca d'Italia in materia antitrust*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2006, 240-250). Tale di-

renza è, così, bilanciato da quello della stabilità del sistema finanziario, che consente di derogare alla finalità della competitività del mercato<sup>71</sup>.

La disciplina della scelta degli amministratori ha introdotto nuove competenze condivise fra autorità. Per limitare le situazioni potenzialmente lesive della concorrenza, l'art. 36, d.l. n. 201/2011<sup>72</sup> ha vietato le cariche incrociate, vale a dire l'assunzione o l'esercizio di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e nelle funzioni di vertice di imprese tra imprese o gruppi di imprese concorrenti operanti nei mercati del credito, assicurativo e finanziario (c.d. *interlocking directorates*). La normativa impone agli amministratori di optare per una delle cariche entro novanta giorni dal verificarsi dell'incompatibilità. In mancanza, le imprese sono tenute a pronunciare la decadenza entro trenta giorni dalla scadenza di tale termine, altrimenti lo faranno le autorità di settore (Banca d'Italia, Ivass o Consob)<sup>73</sup>.

Le disposizioni in esame contribuiscono a chiudere il cerchio di un sistema di controlli complesso, ma molto importante. Tuttavia, le verifiche si sono rivelate talvolta inefficaci. Il quadro reale è, infatti, spesso diverso da quello che appare dalla documentazione prodotta dagli operatori e le autorità devono confrontarsi con realtà dove spesso nulla è quello che sembra.

Dove si annidano, allora, le principali criticità? L'esame della casistica consente di individuare le debolezze del sistema. Nei casi di seguito descritti, il controllo cartolare si è rivelato *prima facie* inefficace, in quanto i reali assetti delle imprese regolate sono emersi soltanto a distanza di tempo e al termine di lunghi accertamenti.

battito è stato orientato nel senso sostenuto dalla Banca d'Italia dallo stesso Legislatore, che, con il d.lg. n. 303/2006, ha abrogato le disposizioni controverse, limitando l'esame dell'Agcm alle concentrazioni.

<sup>71</sup> L'Agcm, inoltre, è stata investita del controllo sull'identità dei titolari di cariche rilevanti nel settore finanziario e assicurativo. Il d.l. n. 201/2011, infatti, al fine di stimolare la concorrenza, ha vietato «ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti».

<sup>72</sup> Convertito dalla l. n. 214/2011.

<sup>73</sup> I legami fra istituzioni assicurative e finanziarie hanno indotto le autorità a ricercare condotte uniformi per assicurare una disciplina quanto più possibile coerente. Banca d'Italia, Ivass e Consob hanno, così, pubblicato delle linee guida congiunte in data 20 aprile 2012 e sottoscritto un protocollo d'intesa in data 14 maggio 2012.

#### 4. Vuoti informativi e verità nascoste: le lezioni dei casi pratici

##### 4.1. Difformità riscontrate nel controllo degli assetti

Diversi casi, curati dall'Agcom, riguardano il settore dell'editoria. Nel caso «Libero/Il Riformista»<sup>74</sup>, due editori avevano richiesto (e percepito per diversi anni) contributi pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 250/1990, rispettivamente per le testate *Opinioni Nuove – Libero Quotidiano* e *Il Riformista*. Formalmente il primo editore era controllato da una fondazione mentre il secondo si presentava in forma di cooperativa fra persone fisiche. Le risultanze cartolari non avevano evidenziato elementi di criticità, se non il fatto che i due editori affittavano le testate edite dal medesimo soggetto, una società finanziaria di diritto italiano il cui capitale era integralmente posseduto da società di diritto lussemburghese<sup>75</sup>.

Tuttavia, alcune illazioni apparse sulla stampa periodica<sup>76</sup>, secondo cui entrambe le testate erano controllate dalla medesima persona, hanno suggerito ulteriori accertamenti, tramite la Guardia di Finanza. Le indagini *on site* hanno, così, confermato e dato concretezza ai *rumors* di mercato. È emerso che la finanziaria sovvenzionava ingentemente ambedue gli editori, che vertevano in una vera e propria situazione di dipendenza economica. Alcuni finanziamenti erano diretti<sup>77</sup>, altri indiretti, ed erano erogati tramite garanzie combinate con accordi di manleva che, di fatto, rendevano impossibile l'escussione del credito. L'analisi ispettiva ha fatto emergere ulteriori aspetti sintomatici dell'assoggettamento a controllo, come la coincidenza delle sedi dove si svolgevano riunioni dei consigli di amministrazione e assemblee dei soci delle imprese editrici, spesso svolte presso la sede legale della finanziaria, la partecipazione alle assemblee sociali di un editore di soggetti provenienti dall'altro editore o dalla finan-

<sup>74</sup> Delibera 9 febbraio 2011, n. 63/11/CONS, di cui è stata disposta la pubblicazione sul sito web dell'Autorità.

<sup>75</sup> Il fatto che la testata sia di proprietà di un soggetto diverso dall'editore, che per pubblicarla paga un canone di affitto al proprietario, è consentito dalla l. n. 416/81 e non è insolito nel mondo dell'editoria.

<sup>76</sup> In particolare, *Milano Finanza*, 17 dicembre 2008.

<sup>77</sup> La finanziaria aveva versato oltre 18 milioni di euro tra il 2003 e il 2010 all'editore di *Il Riformista*; quasi otto milioni fra il 2001 e il 2007 all'editore di *Libero*. Le somme erano formalmente versate a titolo di corrispettivo per la valorizzazione delle testate da parte dei rispettivi editori, ma l'analisi ispettiva ha contraddetto tale tesi, rilevando la diseconomicità dei versamenti, spesso crescenti nonostante la riduzione della tiratura e la crisi del mercato editoriale. Le somme erogate si sono rilevate persino superiori al valore delle testate.

ziaria, nonché la ricorrenza di alcuni soci ed amministratori in entrambi gli editori.

L'Agcom è poi risalita al controllante ultimo, che si celava dietro l'interposizione di diverse società estere attraverso le dichiarazioni, non smentite, degli amministratori della fiduciaria italiana. È stata, così, ricostruita una «catena di controllo non conosciuta e parallela a quella dichiarata che si manifesta attraverso rapporti e connessioni obiettive»: nonostante l'apparente indipendenza dei due editori, essi erano controllati dal medesimo soggetto, e tale fattispecie – oltre a comportare una sanzione per omessa comunicazione di controllo<sup>78</sup> – avrebbe precluso l'erogazione dei fondi pubblici e la ripetizione di quelli erogati<sup>79</sup>.

Anche nel caso «Linea/L'Officina»<sup>80</sup> gli assetti proprietari di due editori richiedenti i contributi, Linea Società Cooperativa a r.l. («Linea») per il quotidiano *Linea* e L'Officina Società Cooperativa a r.l. («L'Officina») per il periodico *L'Officina*, erano apparsi, *prima facie*, regolari. Gli approfondimenti ispettivi, però, hanno rivelato che tali editori erano controllati dalla stessa persona fisica.

Il primo sintomo era la ricorrenza di soggetti in entrambe le società: l'amministratore di Linea era stato anche procuratore di L'Officina, di cui aveva diretto la testata per diversi anni. Se è vero che tale dato era parzialmente ricostruibile già *off site*, occorre un'ispezione per appurare che entrambi gli operatori versavano in una situazione di totale dipendenza economica dai finanziamenti di un movimento politico, controllato dallo stesso amministratore della società Linea. Tale movimento, infatti, finanziava entrambe le testate tramite l'acquisto di spazi pubblicitari, da un lato, e tramite la concessione di linee di credito infruttifere, per un importo di diverse centinaia di migliaia di euro, dall'altro. Anche in tale caso, la sanzione che è seguita agli accertamenti ispettivi ha avuto l'effetto di precludere l'erogazione dei contributi e di far avviare, da parte della Presidenza, le procedure per la restituzione di quelli erogati.

<sup>78</sup> Art. 1, c. 8, l. n. 416/1981 e art. 8, c. 1, della delibera n. 666/08/CONS.

<sup>79</sup> Sebbene l'importo della sanzione per omessa comunicazione di controllo sia stato fissato nel massimo edittale (103.300,00 euro) la cifra appare risibile rispetto al danno della decadenza dalle provvigioni pubbliche per gli anni dal 2006 e il 2010, vale a dire circa quaranta milioni di euro. Il provvedimento, dapprima annullato dal Tar Lazio, è stato confermato dal Consiglio di Stato (Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2128).

<sup>80</sup> Delibera 6 luglio 2011, n. 390/11/CONS, di cui è stata disposta la pubblicazione sul sito web dell'Autorità.

<sup>81</sup> Delibera 30 maggio 2011, n. 307/11/CONS, di cui è stata disposta la pubblicazione sul sito web dell'Autorità.



## le fatiche dello stato regolatore

Nel caso «Roma/L'Umanità»<sup>81</sup>, l'Agcom si è soffermata sulle testate *Roma* e *L'Umanità*, riscontrando che gli editori di tali quotidiani erano entrambi controllati dalla società proprietaria della testata *Roma*. Un'ispezione ha messo in luce legami finanziari e organizzativi. È emerso il controllo della proprietaria della testata *Roma* sul suo editore. Il canone d'affitto pagato dall'editore di *Roma* al proprietario della testata, infatti, rimaneva invariato nel tempo, nonostante fosse stato contabilizzato un incremento di valore della testata. Inoltre, la proprietaria di *Roma* non soltanto non escuteva l'editore, ma talvolta ne saldava persino le spese correnti, come gli stipendi dei dipendenti.

Oltre al controllo del proprietario di *Roma* sul suo editore, l'Agcom ha rilevato diffusi elementi di contatto tra tali società e l'editore di *L'Umanità*. È stato, infatti, accertato un continuo scambio di valute, con uno squilibrio in favore dell'editore di *L'Umanità*. Quest'ultimo riceveva finanziamenti dall'altro editore (teoricamente concorrente), con l'intermediazione della proprietaria di *Roma*. Sono emersi anche scambi di personale e ricorrenza di amministratori e soci in entrambi gli editori e nella proprietaria della testata, che hanno avvalorato la tesi dell'assoggettamento di entrambi gli editori al controllo del medesimo soggetto, con i conseguenti effetti di legge in ordine alla decadenza dai contributi<sup>82</sup>.

Anche nel settore bancario e finanziario sono emersi discostamenti fra quanto appariva in via cartolare e le risultanze delle ispezioni. Nel caso Delta, l'omonimo gruppo risultava semplicemente partecipato da una cassa di risparmio sammarinese. Gli ispettori della Banca d'Italia, tuttavia, hanno accertato che quest'ultima esercitava un vero e proprio controllo di fatto, avvalendosi anche delle partecipazioni detenute da altri azionisti.

Fra i vari sintomi di anomalia, è stato individuato uno scoperto transitorio di 135 milioni di euro sul conto corrente aperto dalla cassa di risparmio presso una società del gruppo Delta fra la fine del 2007 e l'inizio del 2008, senza alcuna autorizzazione dei vertici aziendali. La Banca d'Italia ha anche riscontrato la ricorrenza di amministratori e la costante erogazione di finanziamenti. L'incremento delle partecipazioni di alcuni soci, peraltro, era stato reso possibile dal finanziamento concesso dalla stessa cassa di risparmio sammarinese.

Queste e altre circostanze hanno fatto emergere una posizione di controllo della banca sammarinese sul gruppo Delta, che però non era mai stata

<sup>82</sup> Il provvedimento dell'Agcom è stato confermato da Tar Lazio, Roma, sez. II, 25 giugno 2012, n. 5785.

autorizzata dalla Banca d'Italia. Il rilascio dell'autorizzazione, peraltro, avrebbe richiesto di verificare anche l'effettività dei presidi anticircolaggio della società sammarinese. Su tali basi, l'organo di vigilanza ha proposto e ottenuto dal Ministro dell'economia e delle finanze l'amministrazione straordinaria del gruppo Delta.

Alcuni casi di elusione della normativa in materia di *disclosure* delle partecipazioni rilevanti hanno interessato anche la Consob. Anteriormente al 2011, infatti, non venivano computati nelle partecipazioni rilevanti quegli strumenti finanziari derivati che, pur non costituendo direttamente partecipazioni, attribuivano una posizione lunga su titoli azionari<sup>83</sup>. Tanto i derivati che prevedono alla scadenza il trasferimento dei titoli (c.d. *physically-settled*), quanto quelli che prevedono un regolamento per contanti (c.d. *cash-settled*), tuttavia, possono non essere semplici operazioni di speculazione, copertura o arbitraggio, ma consentire, invece, di incidere sugli assetti proprietari<sup>84</sup>. L'acquirente in posizione lunga, infatti, beneficia delle oscillazioni al rialzo del valore del titolo e sopporta perdite in caso di ribasso del prezzo. Solitamente, la posizione corta è assunta da una banca o un'impresa di investimento, che si copre dal rischio delle oscillazioni acquistando un numero corrispondente di azioni. Pur essendo formalmente titolare del diritto di voto, l'ente potrebbe esercitarlo in conformità delle indicazioni ricevute dal cliente, nonostante quest'ultimo sia solamente portatore di un interesse economico al rialzo del prezzo<sup>85</sup>. Per altro verso, un

<sup>83</sup> L'*International Accounting Standard* n. 39, par. 9, definisce strumento derivato uno strumento finanziario o altro contratto con le seguenti caratteristiche: il valore cambia in relazione alla variazione di un tasso d'interesse, del prezzo di uno strumento finanziario, del prezzo di una merce, del tasso di cambio di valuta estera, dell'indice di prezzi o di tassi, del rating o qualsiasi altra variabile denominata sottostante; non richiede un investimento netto iniziale o richiede un investimento netto iniziale che sia minore di quanto sarebbe richiesto per altri tipi di contratti da cui ci si aspetterebbe una risposta simile a cambiamenti di fattori di mercato; è regolato a data futura (R. Monachino, A. Maldifassi, *Gli strumenti finanziari derivati*, in *Il bilancio della banca*, a cura di M. Rutigliano, Milano, Egea, 2011, 227).

<sup>84</sup> In argomento, anche I. Porchia, L.A. Lo Po', *Partecipazioni rilevanti in società quotate: verso la trasparenza delle posizioni in derivati cash-settled*, in *Strumenti Finanziari e Fiscalità*, 2010, 51 ss.; I. Porchia, L.A. Lo Po', *Le nuove regole Consob in materia di trasparenza delle partecipazioni cash-settled*, in *Le Società*, 2012, 675 ss. Per una descrizione della normativa pertinente, M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., 190 ss.

<sup>85</sup> G. Ferrarini, *Prestito titoli e derivati azionari nel governo societario*, in *La società per azioni oggi*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano e M. Ventoruzzo, Milano, Giuffrè, 2007, 650 ss.; R.C. Clarke, *Vote Buying and Corporate Law*, 29 *Case W. Res L. Rev.* (1978-1979), 776 ss. Alla scadenza, peraltro, anche in caso di derivato *cash-settled*, l'intermediario potrebbe trovare indif-

## le fatiche dello stato regolatore

azionista potrebbe aver assunto una posizione corta sul titolo. In tal modo, fino alla scadenza del termine per il regolamento o la consegna dei titoli, lo stesso rimarrà titolare del diritto di voto, pur avendo un interesse al ribasso del prezzo del titolo<sup>86</sup>.

La casistica è abbondante. Nel caso Fiat/Ifil-Exor (2005), Merrill Lynch aveva acquistato, a fini di copertura di un *equity swap* stipulato con Exor, una partecipazione pari a circa l'otto per cento del capitale Fiat. Tale contratto è stato determinante per consentire al Gruppo Agnelli di mantenere la propria posizione di azionista di riferimento in Fiat<sup>87</sup>.

Negli Stati Uniti, in *CSX vs. The Children's Investment Fund's Management (TCI)*, TCI annunciò di detenere l'undici per cento di CSX tramite un derivato in essere con diverse banche d'affari. La posizione venne poi chiusa con la consegna fisica dei titoli<sup>88</sup>.

Ancora, nel caso *Continental* (2008), il gruppo Schaeffler aveva conseguito quasi il trentasei per cento della multinazionale Continental aggirando qualunque obbligo informativo. Deteneva, infatti, il 2,97 per cento del capitale in azioni (laddove la soglia per le comunicazioni prevista dalla regolamentazione tedesca era pari al tre per cento), il 4,95 per cento in derivati *physically-settled* (soglia per le comunicazioni: cinque per cento) e il ventotto per cento in derivati *cash-settled* (per i quali non era previsto alcun obbligo informativo). Il mercato rimase all'oscuro della circostanza finché la stessa Schaeffler non decise di lanciare l'Opa sull'intero capitale della continental<sup>89</sup>.

Questo tipo di strumentalizzazione dei derivati può generare asimmetrie informative, alterare il funzionamento del mercato e ridurre la fiducia

ferente consegnare i titoli aumentati di valore o venderli sul mercato per pagare il differenziale al titolare della posizione lunga, con eventuale rinegoziazione della clausola di regolamento per contanti per sostituirla con una di regolamento in natura.

<sup>86</sup> Si tratta del fenomeno dell'*empty voting*, su cui C.M. Nathan, *Empty voting and other fault lines undermining shareholder democracy: the new hunting ground for hedge funds*, in *Corporate Governance Advisor* Gennaio-febbraio 2007, 1 ss.

<sup>87</sup> Consob, *Position paper Consob in tema di trasparenza proprietaria sulle posizioni in derivati cash-settled*, 8 ottobre 2009, 3-4.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> E. De Nardis, M. Tonello, *Know Your Shareholders: The Use of Cash-Settled Equity Derivatives to Hide Corporate Ownership Interests*, in *Director Notes – The European Series*, n. 9, luglio 2010, 4. Si v. anche i casi *Victory vs Sulzer* e *Guinness Peat Group Plc vs Perry Corporation*, descritti da G. Ferrarini, *Equity Derivatives and Transparency: When Should Substance Prevail?*, in *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24 August 2010*, Berlino-New York, 2010, 1803 ss.

degli investitori<sup>90</sup>. La Consob è, tuttavia, intervenuta, modificando gli obblighi informativi<sup>91</sup>.

#### *4.2. Il lato oscuro degli assetti*

I casi descritti evidenziano disallineamenti tra assetti formali e realtà sostanziale e costituiscono un campanello d'allarme sull'efficacia dei controlli, perché sono prosperati assetti non coerenti con le finalità perseguite dai regolatori, con danno degli interessi pubblici sottesi al controllo. Sono sintomi di una vigilanza sulle imprese regolate che, con riferimento al controllo degli assetti, non sempre è tempestiva.

La casistica, però, consente anche di localizzare l'origine dell'oscurità degli assetti. Quest'ultima deriva da una somma di fattori, in larga parte comuni ai diversi settori esaminati.

In primo luogo, le criticità possono derivare dalla complessità della struttura societaria. Gli assetti sono spesso frammentati e diviene molto difficile individuare chi si celi dietro numerosissimi livelli partecipativi. Nell'editoria, il legislatore ha progressivamente rimosso i limiti all'interposizione societaria. L'art. 1, c. 4, l. n. 416/1981, infatti, imponeva di far figurare entro il terzo livello della catena partecipativa delle imprese editrici una persona fisica o una società direttamente controllata da una persona fisica, a garanzia della trasparenza degli assetti. Tuttavia, la l. n. 14/2009 ha mitigato tale requisito, imponendo solamente di dimostrare la riconducibilità della catena partecipativa a una persona fisica e consentendo agli editori di sviluppare assetti di lunghezza indefinita.

Difficoltà particolari emergono per le società cooperative. Queste ultime hanno talvolta diverse migliaia di soci, ma la banca dati del Registro delle imprese non reca i nomi dei soci, ma solo quelli degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo. Si genera così una disparità rispetto alle altre società. Le autorità devono eventualmente chiedere espressamente l'elenco dei soci alle società interessate, che spesso non sono neanche i soggetti direttamente vigilati.

Ulteriori difficoltà derivano da un sistema di *intelligence* lacunoso: non sempre le autorità preposte dispongono di un pacchetto informativo completo. Si pensi al fatto che, per lungo tempo, l'Agcom si è disinteressata degli assetti dei proprietari delle testate, concentrandosi solamente su quelli degli

<sup>90</sup> I. Porchia, L.A. Lo Po', *Le nuove regole Consob in materia di trasparenza delle partecipazioni cash-settled*, cit., 678.

<sup>91</sup> Sui rimedi adottati, *infra*.

## le fatiche dello stato regolatore

editori. Il Regolamento ROC, peraltro, non prevede l'obbligo di indicare all'Agcom i componenti del consiglio di sorveglianza, ma si limita a imporre di comunicare l'identità di soci e amministratori. Le ragioni di tale omissione non sono chiare, in quanto il consiglio di sorveglianza, organo di controllo e indirizzo strategico, ricopre un ruolo centrale nel sistema di amministrazione duale<sup>92</sup>. Anche nei mercati finanziari, solo di recente la Consob ha incrementato la sua attenzione sui derivati. Le lacune, tuttavia, vengono colmate nel momento in cui si manifestano e non sembra realistico pensare a un sistema informativo onnicomprensivo.

Oltre i limiti predetti, tuttavia, la criticità primaria parrebbe risiedere nel comportamento degli operatori. A prescindere dagli assetti proprietari, infatti, le legislazioni settoriali impongono di comunicare alle autorità preposte il nome del controllante ultimo o i nomi di chi supera le soglie partecipative. Le dichiarazioni rese non sempre sono conformi alla realtà e l'intorbidamento parrebbe talvolta finalizzato all'aggiramento di limitazioni e divieti.

Per altro verso, le sanzioni per l'omessa dichiarazione hanno dimostrato di non avere una piena efficacia deterrente rispetto ai benefici economici che possono derivare dal controllo occulto. In via generale, l'art. 2638 c.c. punisce l'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza con la reclusione da uno a quattro anni<sup>93</sup>. Le pene sono raddoppiate se si tratta di società quotate.

Le normative di settore prevedono, poi, sanzioni amministrative e, solo in alcuni casi, reati contravvenzionali. L'art. 1, c. 29, l. n. 249/1997<sup>94</sup>, sanziona chi espone all'Agcom dati contabili o fatti relativi alla propria attività non rispondenti al vero con le pene previste dall'art. 2621 c.c., vale a dire, principalmente, l'arresto fino a due anni. L'omessa comunicazione è punita con una sanzione amministrativa, da euro 516,00 a 103.300.

Nel settore bancario, gli artt. 139 e 140 Tub puniscono l'omissione di comunicazioni e domande di autorizzazione con la sanzione amministrativa

<sup>92</sup> Tale lacuna è stata però indirettamente colmata dall'integrazione, dal 1° ottobre 2012, del portale di *front office* del ROC con quello del Registro delle imprese. Su tale aspetto, si v. *infra*.

<sup>93</sup> Sono sanzionati gli amministratori, i direttori generali e i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili o comunque i soggetti tenuti a comunicazioni alle autorità di vigilanza, che, per ostacolarne l'attività, omettano comunicazioni dovute o esponano fatti non conformi al vero in relazione alla situazione contabile, finanziaria o patrimoniale della società.

<sup>94</sup> L'art. 24 del Regolamento ROC rinvia alle sanzioni previste dall'art. 1, c. 29, 30, 31 e 32 l. n. 249/1997.

da euro 25.820 a 258.225, mentre i dichiaranti mendaci soggiacciono all'arresto fino a tre anni. Il d.lgs. n. 93/2011<sup>95</sup> e la l. n. 287/1990<sup>96</sup>, inoltre, non prevedono sanzioni penali ma solo pene amministrative.

Diversi fattori incidono quindi sulla trasparenza degli assetti: caratteristiche della legislazione, lacune nel sistema di comunicazione delle informazioni e omissioni nelle dichiarazioni rese dagli operatori. Non sorprende, però, che tali fattori siano in larga parte comuni ai diversi settori. L'attività di individuazione del controllante, infatti, è la stessa, a prescindere dalle finalità della successiva valutazione dell'impatto degli assetti sul mercato.

## **5. I problemi aperti: come migliorare il controllo degli assetti?**

L'oscurità degli assetti, pur essendo in parte inevitabile, può essere comunque contenuta. Alcune misure potrebbero migliorare l'efficacia delle verifiche condotte dalle autorità di regolazione.

### *5.1. Semplificare le catene di controllo*

Un primo rimedio consisterebbe nel semplificare le catene di controllo degli operatori. Accorciare catene partecipative spesso molto lunghe e imporre la riconducibilità a una persona fisica entro un determinato grado potrebbe facilitare l'individuazione dei controllanti.

In che misura, tuttavia, sarebbe legittimo imporre agli operatori di mercato di adottare un determinato assetto? Da un lato, l'art. 41, c. 1, Cost. tutela la libertà di iniziativa economica privata. La costruzione di un assetto societario può rispondere a finalità di efficienza nel controllo, contenimento del rischio, differenziazione e ottimizzazione fiscale, liberamente perseguibili da parte di un imprenditore. Dall'altro lato, l'art. 41, c. 3, Cost. dispone che la legge determini i programmi e i controlli perché l'attività economica

<sup>95</sup> L'art. 45, d.lgs. n. 93/2011 dispone che le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Aeeg siano comprese tra euro 2.500 e 154.937.069,73 e che non possano comunque superare il dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa verticalmente integrata nello svolgimento delle attività afferenti la violazione nell'esercizio precedente l'avvio del procedimento sanzionatorio.

<sup>96</sup> L'art. 19, l. n. 287/1990 prevede, per le operazioni di concentrazione in violazione di un divieto, una sanzione compresa tra l'uno e il dieci per cento del fatturato delle attività di impresa oggetto della concentrazione, mentre per la violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva è irrogata una sanzione pecuniaria fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione.

## le fatiche dello stato regolatore

pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali<sup>97</sup>. Qual è, allora, il confine tra controllo pubblico e libertà privata?

Muovendosi in un contesto di mercato, occorre bilanciare interessi pubblici e interessi privati<sup>98</sup>, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Il primo, che discende dall'art. 3, primo comma, Cost., richiede un bilanciamento qualitativo tra gli interessi<sup>99</sup> e la congruità e logicità del ragionamento seguito. Il secondo, che costituisce un principio generale dell'ordinamento<sup>100</sup>, impone che le misure non vadano oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo, rivelandosi idonee, necessarie e adeguate<sup>101</sup>. Dovrebbero, in tal senso, essere privilegiate le misure meno intrusive per gli operatori.

Nel caso del controllo degli assetti, i principi di proporzionalità e ragionevolezza parrebbero meritevoli di uno scrutinio rigoroso. A differenza dei vincoli destinati a incidere sull'operatività (come gli eventuali requisiti in materia di forma giuridica, capitale, organizzazione, patrimonio, onorabilità di coloro che ricoprono cariche e che partecipano direttamente o indirettamente al capitale e quant'altro), la lunghezza della catena partecipativa è spesso neutra rispetto all'operatività aziendale. In questo caso, eventuali limiti alle catene non sarebbero finalizzati a consentire lo svolgimento di una determinata attività o a garantirla o orientarla a fini sociali, ma unicamente a semplificare i controlli.

Prescrivere una struttura proprietaria predefinita sarebbe per un verso, poco efficace, e per l'altro eccessivo. La casistica ha, infatti, dimostrato che spesso il controllo occulto prescinde dalla titolarità di partecipazioni, poten-

<sup>97</sup> La portata di tale articolo è stata efficacemente sintetizzata da M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 180 ss. Il comma 1 sancisce la garanzia costituzionale del diritto d'impresa come diritto del privato, mentre i commi 2 e 3 costituiscono la base per assoggettare l'esercizio di questa a potestà pubblicistiche, per tutelare interessi pubblici. La costituzione ha così riconosciuto la pari dignità dell'iniziativa economica privata e della vigilanza pubblica sulle attività economiche. G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 12, parla di «larvato dirigismo».

<sup>98</sup> B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., Milano, Giuffrè, 2004, 357-358.

<sup>99</sup> A. Sandulli, *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Dizionario giuridico del diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 4803-4805.

<sup>100</sup> *Ex multis*, C. cost., 18 luglio 1989, n. 409; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195.

<sup>101</sup> Cons. St., sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, su cui D.-U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, 396-414. In argomento già A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

dosi annidare in rapporti di finanziamento o altro. Nella pratica, peraltro, le limitazioni alla lunghezza delle catene già presenti nell'ordinamento non hanno impedito il controllo occulto. In questo senso, i costi del vincolo alla libertà d'impresa non sarebbero giustificati dai benefici. In aggiunta, come meglio evidenziato in prosieguo, esistono altre misure meno invasive.

Per tali motivi, anche alla luce delle finalità di controllo, gli interventi in esame dovrebbero essere contenuti entro limiti stretti. Parrebbe, però, legittimo, imporre di rivelare le persone fisiche direttamente o indirettamente titolari di diritti di voto sulle imprese regolate, escludendo la possibilità di mascherarsi dietro a società fiduciarie. In secondo luogo, dovrebbero essere precluse catene partecipative contrarie a ogni logica economica, che abbiano come unica finalità quella di intorbidire gli assetti. Salvo casi particolari, misure più invasive parrebbero da evitare, anche alla luce degli altri rimedi disponibili.

### *5.2. Perfezionare gli obblighi informativi*

Un secondo rimedio agli scostamenti tra forma e sostanza risiede nel perfezionamento degli obblighi informativi. Se è vero che questi ultimi difficilmente consentiranno alle autorità di conoscere tutto, nondimeno è possibile migliorarli. In tal senso, l'Agcom ha intensificato i flussi informativi dovuti dagli operatori, specialmente dopo che il D.P.R. n. 223/2010 le ha rimesso la verifica anche delle posizioni di collegamento fra editori richiedenti i contributi<sup>102</sup>; la Consob, con la delibera 9 settembre 2011, n. 17919, in attuazione della dir. n. 2004/109/Ce<sup>103</sup>, ha modificato la disciplina della trasparenza sugli assetti proprietari del Regolamento Emittenti<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> La delibera n. 666/08/CONS, come modificata dalle delibere nn. 283/11/CONS e 421/11/CONS, impone agli editori richiedenti i contributi di comunicare al Registro gli assetti proprietari di tutti i soggetti presenti nella loro catena partecipativa, fino ad individuare tutte le persone fisiche poste al vertice, nonché gli eventuali patti parasociali ed intestazioni fiduciarie. Gli editori devono, altresì, comunicare gli amministratori propri e dei loro controllanti. Qualora la testata appartenga a un soggetto diverso dall'editore, quest'ultimo deve comunicare assetti e amministratori anche del proprietario della testata.

<sup>103</sup> Il d.lg. n. 195/2007 ha recepito la direttiva rimettendo alla Consob la definizione dei casi e delle condizioni in cui le partecipazioni potenziali devono essere contemplate.

<sup>104</sup> Delibera 14 maggio 1999, n. 11971. L'art. 119 impone ora a coloro che, direttamente o indirettamente, detengono partecipazioni potenziali in acquisto *physically-settled* di comunicare alla società partecipata e alla Consob il raggiungimento o il superamento di determinate soglie ora comprese tra il cinque e il settantacinque per cento, nonché la eventuale riduzione della partecipazione potenziale al di sotto di tali soglie. L'art. 119, comma 2, peraltro, va oltre quanto richiesto dalla direttiva, in quanto impone la *disclosure* anche relativa-



## le fatiche dello stato regolatore

Tuttavia, anche il miglioramento degli obblighi informativi non è sempre efficace. Gli strumenti giuridici idonei a determinare una posizione di controllo sono, infatti, un numero indefinito<sup>105</sup>, e non sembra realistico pensare di richiedere informazioni per identificarli tutti. Un aggravio informativo, peraltro, farebbe lievitare i costi burocratici, con pieno danno per tutti gli operatori con assetti trasparenti.

Un'indigestione informativa nel sistema finanziario, inoltre, potrebbe essere persino controproducente, giacché un eccesso di dati offuscherebbe quelli più rilevanti<sup>106</sup>, senza necessariamente apportare valore aggiunto<sup>107</sup>. Una complicazione normativa gioverebbe, allora, soprattutto ai consulenti esterni, ai quali sempre più spesso le imprese regolate affidano le relazioni con le autorità.

Occorre, dunque, utilizzare tale strumento con cautela, anche in questo caso temperando l'interesse degli operatori alla semplificazione con quelli pubblici alla trasparenza e all'efficacia dell'azione amministrativa. Non dovrebbe essere imposta la comunicazione di qualunque dato, ma solamente di quelli che, di volta in volta, appaiono maggiormente sintomatici e rive-

mente alla posizione lunga complessiva, indipendentemente dalle modalità di regolamento, ed estende così il regime di trasparenza ai derivati *cash-settled*, ove utilizzati per acquisire interessi economici rilevanti o qualora siano utilizzati da soggetti già detentori di altre partecipazioni significative. La Commissione europea, sul modello del Regolamento Emittenti, ha poi proposto di estendere gli obblighi di comunicazione a tutti gli strumenti con effetti economici simili alla detenzione di azioni e al diritto di acquisire azioni, nonché di aggregare le partecipazioni azionarie con gli strumenti finanziari che diano accesso ad azioni (inclusi i derivati con regolamento in contanti) (*Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 che modifica la direttiva 2004/109/CE sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato e la direttiva 2007/14/CE della Commissione*, COM(2011) 683 definitivo).

<sup>105</sup> Si pensi, p.e., al recente caso della concentrazione Unipol-Fondiarìa Sai, sottoposta all'Agcm. Quest'ultima ha autorizzato l'operazione a condizione che venisse cessato ogni legame con Mediobanca, sul presupposto, fra l'altro, che Mediobanca controllasse già il gruppo assicurativo Generali (Agcm, C11524 – *Unipol Gruppo Finanziario/Unipol Assicurazioni – Premafin Finanziaria – Fondiarìa Sai – Milano Assicurazioni*, provv. n. 23678, 19 giugno 2012, in *Boll.* n. 25, 2012, par. 43). La tesi è stata contestata da Unipol innanzi al Tar (L. Galvagni, *Unipol contro l'Antitrust sulle quote in Mediobanca*, in *IlSole24Ore*, 12 ottobre 2012, 39).

<sup>106</sup> I. Porchia, L.A. Lo Po', *Le nuove regole Consob in materia di trasparenza delle partecipazioni cash-settled*, cit., 682. Tali possibili effetti negativi, tuttavia, sono stati mitigati introducendo un regime di esenzione dagli obblighi.

<sup>107</sup> In tal senso, A.G. Haldane, V. Madouros, *The Dog and the Frisbee – Speech given by Mr. Andrew G. Haldane at the Federal Reserve Bank of Kansas City's 36th economic policy symposium, «The Changing Policy Landscape»*, Jackson Hole, Wyoming, 31 agosto 2012, 3-4.

latori di situazioni opache (cariche e ruoli ricoperti, a qualunque livello; retribuzioni percepite; partecipazioni detenute; finanziamenti ricevuti).

Anche la definizione degli obblighi informativi, in larga parte rimessa a fonti di rango secondario, richiede, pertanto, ragionevolezza e proporzionalità. Le valutazioni potrebbero essere compiute con l'ausilio della consultazione pubblica, ancora poco diffusa in sede di imposizione degli obblighi informativi<sup>108</sup>.

Alcune informazioni, peraltro, potrebbero essere ottenute senza nessun aggravio per i soggetti del mercato, potenziando le sinergie tra le *authorities*. Diversi operatori sono, infatti, attivi in più settori e si trovano a dover comunicare le stesse informazioni a più enti (oltre che al Registro delle imprese), le cui banche dati non sono integrate tra loro. Il primo passo verso un miglior controllo degli assetti potrebbe essere rappresentato dalla realizzazione di una banca dati unica – o quantomeno di un unico portale di *front office*. Questo ridurrebbe gli oneri burocratici per gli operatori, che effettuerebbero le comunicazioni una sola volta. Al contempo, ogni ente disporrebbe della totalità delle informazioni rese alla Pubblica Amministrazione.

In tale ottica, è stato istituito il portale [impresainungiorno.gov.it](http://impresainungiorno.gov.it), gestito dall'Unione Italiana delle Camere di Commercio («Unioncamere»), che ne ha fatto il *front office* del Registro delle imprese. Tale portale dovrebbe anche costituire il *one-stop-shop* delle comunicazioni obbligatorie alla Pubblica Amministrazione<sup>109</sup>, poiché le informazioni inserite potrebbero essere trasmesse simultaneamente a tutte le banche dati di *back office* collegate, destinate, poi, a monitorarsi e aggiornarsi tra loro. L'Agcom ha, così, integrato in tale portale il *front office* del Registro degli operatori di comunicazione<sup>110</sup>, ma tale soluzione semplificatrice è stata adottata da un numero di enti pubblici piuttosto ristretto, sebbene sia di potenziale interesse per tutte le autorità chiamate a fare controlli sugli assetti.

<sup>108</sup> Si noti che, per le modifiche agli obblighi informativi dovuti ai sensi della delibera n. 666/08/CONS, non è richiesta – né è stata fatta – consultazione pubblica.

<sup>109</sup> Il portale è stato istituito ai sensi dell'art. 38, comma 3, lett. d), d.l. n. 112/2008. L'art. 3 D.P.R. n. 160/2010, dispone che il portale, oltre a fornire servizi informativi e operativi agli sportelli unici per le attività produttive, assicuri la divulgazione di informazioni sulle modalità di autorizzazione, contenga un sistema di pagamento per i diritti, le imposte e gli oneri e costituisca il punto di collegamento con le amministrazioni statali, regionali o locali e gli altri soggetti responsabili del controllo o della disciplina delle attività di servizi.

<sup>110</sup> L'integrazione è avvenuta in forza della convenzione stipulata tra l'Agcom e Unioncamere in data 18 novembre 2010 (prot. Agcom del 23 novembre 2010, n. 67361).

### 5.3. Migliorare la collaborazione tra autorità

In terzo luogo, potrebbe essere utile un maggior coordinamento delle autorità preposte ai controlli. Poiché la regolazione si articola per settori e finalità, le verifiche tendono a intrecciarsi tra loro, talvolta sovrapponendosi. Il bilanciamento degli interessi diviene particolarmente complesso, in quanto l'operatività di un'autorità potrebbe influire sulla regolazione dell'altra<sup>111</sup>. Sono quindi benvenuti i meccanismi di coordinamento fra autorità, sebbene sembri possibile andare anche oltre.

Si pensi alla vigilanza sul settore finanziario, in cui si accavallano le competenze di più enti. L'integrazione di Banca d'Italia e Ivass rappresenta un passo verso una vigilanza sul sistema finanziario più incisiva, ma la Consob è rimasta estranea a modifiche di rilievo. Analogamente, non è stata inclusa la Commissione di vigilanza sui fondi pensione («Covip»), sebbene il d.l. n. 95/2012 ne avesse inizialmente disposto l'accorpamento nell'Ivass (in tale fase denominata «Ivarp»)<sup>112</sup>.

Sembra, tuttavia, che siano storicamente superate le condizioni che portarono ad attribuire la vigilanza sul sistema finanziario a quattro autorità diverse<sup>113</sup>. Alla luce della complessità del sistema finanziario, potrebbero essere ulteriormente accorpate funzioni e competenze, eventualmente valutando la possibilità di estendere la soluzione sperimentata per l'Ivass anche alle altre autorità con competenza sui mercati finanziari, al fine di assicurare una visione unitaria sul sistema.

Per quanto riguarda i profili antitrust, il coordinamento tra autorità potrebbe essere rafforzato rimettendo a ogni autorità settoriale la designazione di un commissario dell'Agcm.

<sup>111</sup> In tal senso, A. Noce, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2011, 333 ss., pur evidenziando alcuni benefici delle decisioni con impegni da parte delle autorità antitrust, evidenzia la necessità di rafforzare il coordinamento con l'ente settorialmente competente.

<sup>112</sup> L'art. 13, d.l. n. 95/2012, pubblicato nel Supplemento ordinario alla Gazzetta ufficiale n. 156 del 6 luglio 2012 – Serie generale, aveva disposto che fossero attribuite all'Ivarp sia le funzioni dell'Isvap, che quelle della Covip.

<sup>113</sup> Gli assunti che portarono a tale assetto furono la separazione fra banca e industria, la (ritenuta) separazione fra i mercati finanziari, l'ordinamento sezionale del credito e l'esistenza di interessi fortemente corporativi in alcune realtà (G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, cit., 58). Si noti che già nel 2007 un disegno di legge (c.d. «ddl. Letta») aveva proposto la soppressione di Ivass e Covip, assegnandone funzioni e personale a Banca d'Italia e Consob (art. 10, *Disegno di legge recante «Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi» approvato dal C.d.M. del 2 febbraio 2007*).

#### 5.4. Potenziare gli accessi ispettivi

Nella casistica esaminata, il problema non era soltanto la possibile falsità delle informazioni comunicate dagli operatori, ma anche (e prevalentemente) la loro incompletezza e la loro inidoneità a evidenziare situazioni di controllo e collegamento. Alcune circostanze sintomatiche, infatti, possono essere verificate da remoto, come la ricorrenza di soci e amministratori, ma altre sfuggono completamente alle verifiche *off site*. Si pensi ai finanziamenti che, generando una dipendenza economica, possono spostare il baricentro del controllo o agli scambi di personale per cariche non comunicate alle banche dati, nonché alle operazioni con parti correlate nel sistema bancario. In tali casi, l'equilibrio del potere aziendale potrebbe cambiare, ma questo non sarebbe conoscibile da parte delle autorità, anche se le informazioni rese dagli operatori fossero tutte vere.

Alcuni episodi fraudolenti sono emersi unicamente per l'impulso di voci di corridoio e denunce di parte. Una vigilanza autoreferenziale, basata interamente su meccanismi di controllo del tipo «pattuglia di polizia», perderebbe incisività, mentre sono evidenti i benefici derivanti da meccanismi di controllo diffuso, sul modello «allarme antincendio»<sup>114</sup>, poiché gli operatori di mercato hanno una visione diretta di ciò che avviene sul mercato, specialmente per quanto concerne la *governance* e il controllo delle società cooperative. Diventa, dunque, sempre più necessario che le autorità di regolazione siano pronte a dialogare con il mercato, anche in modo informale, e a verificare i suggerimenti che ne emergono.

Rimane ferma, però, la necessità di verificare quanto dichiarato dagli operatori e di contraddire le eventuali dichiarazioni mendaci, in particolar modo quando acquisiscono grande rilevanza<sup>115</sup>, considerando anche la scarsa efficacia deterrente delle sanzioni penali e amministrative per dichiarazioni mendaci e omesse dichiarazioni.

Sulla base di quanto osservato, al fine di accertare il reale stato dei fatti, il mezzo più efficace parrebbe lo strumento ispettivo. Un'informazione ot-

<sup>114</sup> Sulle tecniche di controllo accentrato e decentrato, M. McCubbins, T. Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, in *American Journal of Political Science*, n. 28, 1984, 167 ss.

<sup>115</sup> Si pensi al procedimento di certificazione del gestore della rete elettrica, Terna S.p.a., a cui l'Aeeg ha prescritto di produrre, tra l'altro, la dichiarazione da parte di un azionista di non esercitare «poteri di nomina di membri del consiglio di amministrazione in imprese attive nella produzione o vendita di energia elettrica o gas» (delibera Aeeg 5 aprile 2013, n. 142/2013/R/Eel, 12). Tale autodichiarazione parrebbe però avere una capacità dimostrativa e un'utilità pratica molto contenuta.

## le fatiche dello stato regolatore

tenuta da remoto difficilmente avrà la stessa qualità dei dati reperiti in loco, perché le analisi meramente cartolari, per quanto approfondite, consentono di monitorare solo le fattispecie che le parti vigilate scelgono di rappresentare alla Pubblica Amministrazione. L'ispezione offre invece maggiori possibilità di cogliere la realtà dei fenomeni che si celano dietro agli assetti delle imprese regolate, tanto da suggerire un suo potenziamento.

Questa evoluzione è per certi versi il naturale corollario del passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore: nel momento in cui soggetti privati si sostituiscono all'attore pubblico, che anziché prestare servizi si limita a regolare i mercati, diviene inevitabile incrementare il focus sugli operatori, anche per colmare il vuoto informativo. La crisi finanziaria ha ulteriormente accentuato la necessità dei controlli ispettivi, specialmente per quanto riguarda le attività finanziarie<sup>116</sup>. Le analisi cartolari sono, nondimeno, importanti per indirizzare meglio i controlli ispettivi, evidenziando aspetti sintomatici di fattispecie meritevoli di approfondimento, per non limitarsi a meri controlli su denuncia di parte o a campione.

Sarebbe dunque importante potenziare i controlli ispettivi, in tutti i settori. Sarebbe, però, nondimeno opportuno sviluppare un quadro unitario di base che ponga i principi generali dell'analisi ispettiva, tuttora oggetto di diverse discipline settoriali: riserva di legge, garanzie procedurali nell'esercizio del potere e diritto di difesa in giudizio<sup>117</sup>. Le attività *on site*, infatti, pur essendo finalizzate all'acquisizione della conoscenza per compiere le opportune valutazioni in sede amministrativa<sup>118</sup>, hanno un impatto diretto sul funzionamento delle imprese, sia sul piano operativo (si pensi agli obblighi di collaborazione cui sono sottoposti i dipendenti degli enti ispezionati), sia sul piano conformativo. Il contenuto dei rapporti, infatti, condiziona la successiva attività provvedimentale, finanche a vincolare i successivi provvedimenti amministrativi adottati nei confronti dei soggetti regolati, tanto che l'attività ispettiva può diventare uno strumento di regolazione amministrativa e un mezzo dell'azione pubblica di conformazione imprenditoriale<sup>119</sup>. Ne discende la necessità di assicurare il rispetto di principi fondamentali, per ga-

<sup>116</sup> F. Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2012, 16.

<sup>117</sup> F. Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., 193.

<sup>118</sup> Il tratto caratteristico dell'ispezione è la «capacità di espletare un'attività conoscitiva in modo autoritativo sulla base di una potestà ammessa nell'ordinamento dalle norme perché necessaria alla soddisfazione di interessi pubblici primari» (F. Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., 38).

<sup>119</sup> F. Di Lascio, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., 193.

rantire il corretto temperamento della libertà d'iniziativa economica con la sua destinazione a fini sociali.

## 6. Una disciplina comune per il controllo degli assetti?

Il controllo degli assetti è figlio dalla «nuova costituzione economica» e rappresenta uno degli strumenti di controllo di cui si è dotato lo Stato regolatore. Tale potente leva di controllo è venuta articolandosi in modo frammentato e in parte disorganico. Ciononostante, alcuni aspetti inducono a riflettere sulla possibilità di ricondurre la disciplina a un fondamento unico, ravvisando nelle normative settoriali più *species* di un unico *genus*.

In primo luogo, si ravvisano notevoli similitudini nella tecnica di analisi. Pur rispondendo a finalità diverse, infatti, il controllo degli assetti segue i medesimi meccanismi di funzionamento: (i) richiesta di informazioni agli operatori sui soggetti coinvolti nei loro assetti; (ii) individuazione dei soggetti titolari di potere decisionale su un operatore; (iii) valutazione dell'impatto della loro presenza sui mercati in base agli interessi di volta in volta perseguiti; (iv) adozione di un provvedimento amministrativo.

Le informazioni richieste nei diversi settori sono simili e concernono assetti, amministratori, patti parasociali e così via. Anche l'individuazione dei soggetti rilevanti, si basa sul medesimo paradigma: la nozione di controllo dell'art. 2359 c.c.

A ben vedere, l'attività che caratterizza e differenzia i controlli è la valutazione delle operazioni, che ciascuna autorità compie alla luce delle proprie finalità. La successiva attività provvedimentale, in cui le autorità adottano provvedimenti di diniego o di autorizzazione, a seconda che il mutamento degli assetti sia o meno compatibile con gli interessi perseguiti dai regolatori, si basa su valutazioni con discrezionalità tecnica<sup>120</sup>. Un quadro chiaro e univoco può rendere univoca e, per certi versi, vincolata la decisione dell'autorità; viceversa, la presenza di elementi di incertezza sui soggetti che effettivamente controllano un operatore può rendere opinabile la decisione finale.

Il tasso di discrezionalità aumenta sensibilmente nelle decisioni con impegni, nel momento in cui le autorità sono chiamate a valutare l'idoneità

<sup>120</sup> E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, cit., 127. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, 483, nota che «la discrezionalità si riferisce [...] ad una potestà e implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo, ed implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale».

## le fatiche dello stato regolatore

dei rimedi proposti dalle parti per superare eventuali criticità<sup>121</sup>. In presenza di un'operazione in contrasto con le finalità istituzionali perseguite, gli enti preposti discutono con gli operatori richiedenti le condizioni per autorizzarla: dimissioni, scioglimento di patti parasociali, intermediazione di società fiduciarie e quant'altro. L'interesse degli operatori a effettuare una determinata operazione – espressione della libertà di iniziativa economica – viene così mitigato fino a renderlo compatibile con gli obiettivi definiti dal legislatore (tutela del pluralismo e della concorrenza e così via). Nella valutazione dei mezzi emerge, tuttavia, un «significativo margine di scelta»<sup>122</sup>, tanto che la decisione tecnica pare colorarsi dei connotati propri della discrezionalità amministrativa, intesa come ponderazione di interessi pubblici e privati per raggiungere un interesse primario<sup>123</sup>. Anche in tale prospettiva il controllo strutturale si conferma un importante strumento per instaurare un'economia di mercato più compiuta, che garantisca una migliore aderenza delle strategie degli operatori all'interesse pubblico<sup>124</sup>. Il punto di partenza dell'esame, tuttavia, è sempre il quadro informativo sugli assetti.

I controlli, peraltro, sono spesso sovrapposti. Anche questo elemento parrebbe suggerire un approccio unitario al controllo degli assetti, fino a considerarlo come un'unica tecnica di vigilanza, che si declina con alcune differenze tra un settore e l'altro.

L'approccio unitario, non meramente settoriale, appare utile sotto due profili. In primo luogo, consente di analizzare in modo efficace le lacune del sistema dei controlli e le possibili soluzioni. Se le criticità attengono a profili comuni, le buone pratiche adottate in un settore ben potrebbero essere esportate negli altri (anche a quelli non oggetto di analisi specifica in questa sede).

<sup>121</sup> Le decisioni con impegni sono previste per i procedimenti della Commissione europea (art. 9, reg. Ce n. 1/2003) e dell'Agcm (art. 14 ter, l. n. 287/90) in materia antitrust e per quelli dell'Agcom (art. 14 bis, d.l. n. 223/2006, convertito dalla l. n. 248/2006).

<sup>122</sup> In tali termini, riferendosi però all'esercizio del potere di regolazione, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, intervento svolto al Convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, tenutosi a Roma il 22 marzo 2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, 6.

<sup>123</sup> M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, 74. In questo caso, però, l'amministrazione non è libera nella scelta dei fini, e non viene dunque meno la natura condizionale tipica dell'attività di regolazione.

<sup>124</sup> L'interesse pubblico risulta dalla sommatoria e dal bilanciamento degli interessi individuali (M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., 95). L'interesse economico privato è funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico, soddisfatto anche in via mediata tramite lo sviluppo del mercato (B. Tonoletti, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, cit., 355; C. De Vincenti, *Mercato e interesse pubblico nei servizi di pubblica utilità*, cit., 49).

In secondo luogo, consentirebbe di ipotizzare una semplificazione normativa e amministrativa. Da un lato potrebbe essere accentrata presso un unico *front office* la raccolta di informazioni per tutte le autorità. Dall'altro lato, se le diverse forme di controllo degli assetti sono riconducibili a un unico istituto giuridico, potrebbe essere ipotizzata la disciplina organica e unitaria di principi e regole comuni in materia, pur nel rispetto delle specificità settoriali.

## **7. Dal controllo degli assetti alla regolazione**

La metodologia del controllo degli assetti si è rivelata trasversale e ormai collaudata. Anche in virtù di questo, i controlli strutturali possono essere considerati un pilastro della regolazione e rappresentano valide lenti d'ingrandimento per analizzarne alcuni aspetti.

Dall'indagine effettuata, è emerso come il controllo degli assetti possa (debba?) essere perfezionato, in quanto è stato talvolta attivato tardivamente e l'impatto sugli operatori è migliorabile. Nondimeno, tale strumento ha consentito di limitare pregiudizi al sistema informativo, a quello finanziario e alla competitività dei mercati. L'importanza e l'efficacia della regolazione risultano dunque confermate.

Tuttavia, la necessità di migliorare non riguarda solo le verifiche sui controllanti, ma sembra toccare anche l'approccio e le altre tecniche di regolazione. Le autorità parrebbero, infatti, chiamate ad avvicinarsi agli operatori; una regolazione efficace richiede sempre più spesso il dialogo con il mercato, per inquadrarne le strutture e individuare problematiche e soluzioni. Si pensi, al riguardo, al fatto che è stato proprio l'ascolto del mercato a consentire alle autorità di svelare alcune difformità.

Tale dialogo può avvenire in vari modi, tramite nuovi mezzi o tramite audizioni e procedure di consultazione. Queste ultime sono ancora poco diffuse, specialmente per quanto riguarda documenti di studio e analisi. Contestualmente, può essere migliorata l'efficienza della regolazione, evitando duplicazioni e interferenze sugli operatori non strettamente necessarie. Il controllo degli assetti ha evidenziato anche la potenziale utilità di maggiori sinergie tra autorità preposte a settori diversi.

Infine, dai controlli strutturali emergono suggerimenti metodologici sullo studio della regolazione. Sebbene l'approccio sia oggi prevalentemente verticale (vale a dire, articolato per settore), le forti affinità tra le regole e le metodologie in vigore nelle diverse aree hanno consentito un'analisi trasversale. Al riguardo, analoghe affinità tra settori merceologici possono es-



## le fatiche dello stato regolatore

sere osservate anche per altri aspetti, per i quali la normativa e le metodologie sono almeno in parte collaudate. Si pensi alle discipline dell'accesso al mercato, dell'obbligo legale di contrarre o della tutela del consumatore, presenti in diversi settori regolati. Fino a che punto questi strumenti potrebbero essere analizzati in modo orizzontale? Potrebbe ipotizzarsi una disciplina generale e trasversale degli aspetti giuridici comuni, con riferimento a procedure, contraddittorio, garanzie e poteri delle autorità?

### *Abstract*

*The Efforts of the Regulatory State: Effectiveness and Failures of State Supervision over Companies' Ownership Structures*

*The role of the State in economy has evolved over the past decades: it is decreasingly a service provider and increasingly a regulator. Newly established authorities now supervise the markets; not only do regulators inhibit unlawful practices, but they also remove the incentives to attempt these by controlling mergers and prohibiting transactions that could jeopardise the allocated objectives.*

*However, merger control is not always reliable, as the assessment begins with the analysis of the data provided by market players and the reality can often be different from what it appears to be. In order to compensate for the information gap and to increase the accuracy of the data at the disposal of supervisory authorities, it would be advisable to amend the relevant regulations and to intensify controls in situ.*

*Finally, it is worth noting that every sector has its own merger regulations. Despite this legal fragmentation, the similarities in existing regulations would suggest treating them as different species within the same legal instrument, requiring a common legal framework. A similar approach could also be adopted for other aspects of regulation.*



ALESSANDRA SALVATO

## LO SCORPORA DEI SERVIZI ACCESSORI E LA SEPARAZIONE STRUTTURALE DELLA RETE DI TELECOMUNICAZIONI\*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'emendamento governativo e il *genus* delle misure – 3. L'invasione di competenze minaccia l'indipendenza dell'Agcom? – 4. I *remedies* comunitari e la non-conformità delle misure. – 5. L'elusione dei controlli sovranazionali ed il dissenso nei confronti della norma. – 6. I diversi piani della legalità violata. – 7. Verso la separazione strutturale della rete. – 8. Regolazione, concorrenza, separazione. – 9. Conclusione.

### 1. Introduzione

Sovente capita che il legislatore, anche quando abbia intenzione di semplificare, produca norme foriere di incertezza<sup>1</sup>. Pare questo il caso del decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5, meglio noto come decreto «Semplifica Italia», di cui si torna a discutere ad un anno dalla sua approvazione definitiva (l. 4 aprile 2012 n. 35). In realtà ci si riferisce più limitatamente all'art. 47 c. 2 quater, introdotto dalle C.sioni riunite Affari Costituzionali e Attività produttive commercio e turismo. Tale disposizione solleva fondati dubbi di legittimità rispetto ai quali ci si concentra in questo lavoro.

La norma evocata si inserisce nel quadro delle previsioni in materia di agenda digitale italiana e impone all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom)<sup>2</sup> l'individuazione delle misure idonee a consentire l'offerta

\* Ringrazio Lorenzo Saltari per le osservazioni ad una versione precedente del testo.

<sup>1</sup> Sui tanti difetti del sistema normativo italiano, e sui possibili rimedi alla cattiva legislazione, si veda B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011, *passim*.

<sup>2</sup> L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata istituita con legge n. 249 del 1997 per presiedere al processo di liberalizzazione del settore della telefonia vocale con la funzione di accompagnare il settore delle comunicazioni elettroniche nella propria marcia di apertura al pieno funzionamento del mercato. Con tale legge si è scelto di attribuire ad un unico organismo le funzioni di vigilanza, di garanzia, di regolazione e sanzionatorie in tutti i settori delle comunicazioni: telecomunicazioni, audiovisivo, editoria. (P. Cirillo e R.

disaggregata dei servizi di accesso all'ingrosso della rete fissa. Essa dispone che tale offerta sia articolata in modo da indicare separatamente il costo della prestazione dell'affitto della linea dall'onere delle attività accessorie, quali principalmente la manutenzione e l'attivazione delle linee.

La prescrizione, nell'intenzione del legislatore, persegue il condivisibile fine di garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle comunicazioni elettroniche ed appare coerente con l'obiettivo centrale del decreto: ridare impulso al sistema produttivo. La misura, peraltro, è in armonia con la politica europea che prescrive la liberalizzazione dei servizi pubblici<sup>3</sup>, in specie delle telecomunicazioni<sup>4</sup>, e la loro soggezione alle regole di concorrenza, nonché la strumentale condivisione delle infrastrutture essenziali<sup>5</sup>.

Chieppa (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, Assago, Cedam, 2010, 476 e 492).

<sup>3</sup> Si veda, uno per tutti, S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 5° ed., 2012.

<sup>4</sup> Sul tema della liberalizzazione delle telecomunicazioni S. Cassese, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, Giuffrè, 1999; C. Cambini, P. Ravazzi e T. Valletti, *Il mercato delle telecomunicazioni: dal monopolio alla liberalizzazione negli Stati Uniti e nella UE*, Bologna, il Mulino, 2003; L.G. Radicati di Brozolo, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni. Un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Torino, Giappichelli, 1999; R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>5</sup> La dottrina delle *essential facilities* (EFD) nasce in nordamerica e si fonda sulla qualificazione del diniego ad una richiesta ragionevole di accesso ed interconnessione ad una rete essenziale e non duplicabile da parte di terzi quale elemento integrante la fattispecie di abuso di posizione dominante. Sulla nozione di *essential facilities* si vedano M. Siragusa e M. Beretta, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1999, 260; D. Durante, G. Moglia e A. Nicita, *La nozione di essential facilities tra regolazione ed antitrust. La costruzione di un test*, in *MCR*, 2001, 257. Per una lettura critica di tale dottrina P. Areeda, *Essential facilities; an epic in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, 841; S. Bastianon, *A proposito della dottrina delle essential facilities*, in *MCR*, 1999, 149. Va tuttavia segnalato che la stessa giurisprudenza statunitense, pur avendo dato vita a tale dottrina, dimostra di applicarla in maniera alquanto restrittiva. Il riferimento è alle celebri sentenze *Trinko* e *Linkline*. Lo stesso può dirsi dell'applicazione dell'EFD a livello comunitario, come testimonia la sentenza della Corte di Giustizia *Oscar Bronner*. Cfr. R. Rotigliano, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle essential facilities*, in *Dir. amm.*, 2006, 970; B. Brancoli Busdraghi, *Accesso alla rete, interconnessione e concorrenza tra Stati Uniti, UE e Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 783.

L'impiego di tale dottrina nell'ambito delle comunicazioni elettroniche è controversa per la divergenza di vedute circa la configurabilità della rete di telecomunicazioni nei termini di «infrastruttura essenziale». Si veda ad esempio M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 198. Al riguardo M. Siragusa e S. Ciullo sottolineano la non avvenuta istituzionalizzazione in ambito regolamentare di tale teoria (Cfr. M. Siragusa e S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche e i*

## lo scorporo dei servizi accessori

Eppure, è lecito domandarsi se l'art. 47 c. 2 quater celi un'incompatibilità con l'ordinamento comunitario sotto vari profili.

Innanzitutto, esso violerebbe la normativa europea che attribuisce all'Autorità nazionale di regolamentazione (Anr) le prerogative sull'analisi dei mercati e sull'imposizione di obblighi *ex ante* in caso di riscontro di una o più imprese in posizione dominante<sup>6</sup>. Se ciò fosse confermato ne conseguirebbe, di fatto, una limitazione dell'indipendenza dell'Agcom nell'esercizio dei propri poteri regolatori.

In secondo luogo, il precetto contravverrebbe ai disposti europei sui *remedies* pro-concorrenziali per la predisposizione di una misura atipica rispetto a quelle elaborate dal legislatore comunitario nelle direttive di seconda e terza generazione. Si tratterebbe, in concreto, dello scorporo di singole attività, quali i servizi ausiliari, dal canone di affitto della linea.

Per di più, risulterebbero aggirati i controlli previsti dall'ordinamento europeo sugli obblighi imposti dall'Autorità nazionale di regolamentazione agli operatori che detengono un significativo potere di mercato (Spm).

Per giungere ad una valutazione di siffatte infrazioni, occorrerà, in via preliminare, esaminare l'emendamento ed individuare il *genus* delle misure oggetto della prescrizione. Qualora fosse confermata la natura regolatoria di queste ultime, si potrà di conseguenza verificare la corrispondenza dell'intervento governativo alla disciplina comunitaria di settore, sia con riguardo

*rapporti con il diritto della concorrenza*, in MCR, 2002, 540) e rimandano, per una più approfondita trattazione sulla distinzione tra la casistica sul rifiuto di fornitura o di contrarre da parte dell'impresa dominante e quella relativa alla dottrina delle *essential facilities*, a P. Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2000, 165 ss. La questione non è di poco conto: considerare il segmento della rete di accesso alla stregua di una infrastruttura essenziale determinerà il *favor* per un approccio orientato alla promozione della concorrenza nei servizi (*service based*), mentre l'ipotesi contraria favorirà una politica di *facilities based competition*. Si veda al riguardo M. Borreau e P. Dogan, *Service-based vs. Facility-based Competition in Local Access Networks*, in *Information Economics and Policy*, 2004, 287.

<sup>6</sup> La nozione regolamentare di significativo potere di mercato è assimilabile al concetto di posizione dominante. All'art 14 della direttiva quadro si dice infatti che «si presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante, e dunque di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori» (dir. 2002/21/Ce). Tuttavia L.G. Radicati di Brozolo evidenzia la non perfetta equivalenza tra i due concetti precisando che l'Autorità di regolamentazione deve necessariamente compiere un esame diverso, con un approccio prognostico, rispetto a quello che caratterizza l'analisi dell'Autorità di concorrenza. (L.G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in MCR, 2002, 572).

al profilo della competenza che a quello della legittimità dei contenuti, ed approdare ai plausibili risvolti del presunto contrasto. Un'ultima disamina guarderà all'attualità della norma in considerazione della possibile separazione strutturale della rete e dell'avvento delle reti di nuova generazione.

## 2. L'emendamento governativo e il *genus* delle misure

Il c. 2 quater dell'art. 47 è stato introdotto in sede di conversione in legge del decreto «Semplifica Italia».

Oggetto dell'emendamento è stato il Titolo II recante «Disposizioni in materia di sviluppo» e precisamente il capo I «Norme in materia di agenda digitale e sviluppo dei settori della innovazione, ricerca e istruzione, turismo e infrastrutture energetiche».

Nella I sezione, dedicata all'innovazione tecnologica, l'art. 47 consta di due c. dedicati all'agenda digitale italiana, da attuarsi sul riflesso di quella europea, ed è volto a perseguire l'«obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese» da realizzarsi mediante «azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi, a potenziare l'offerta di connettività a banda larga, a incentivare cittadini e imprese all'utilizzo di servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi». Strumento principale per la concretizzazione di suddette finalità è la predisposizione di una cabina di regia.

Il secondo c. quater sposta invece l'attenzione sullo specifico tema della regolazione<sup>7</sup> dell'accesso alle reti di comunicazioni elettroniche<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Il termine regolazione è traduzione dell'inglese *regulation* (tradotto a volte come «regolamentazione») e, nella sua versione più ampia, è stato utilizzato per ricomprendere gran parte delle norme del diritto dell'economia, del diritto del lavoro, del diritto dei consumatori, del diritto dell'ambiente, del diritto sanitario, del diritto della previdenza e dell'assistenza sociale. G. Tesaro e M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2000, 172. In una accezione più ridotta è stato utilizzato con riferimento all'esercizio di poteri autoritari da parte di amministrazioni pubbliche. Si veda D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, il Mulino, 2002, 72. Va in ogni caso distinta la regolazione dall'ingerenza pubblica: si è in presenza della prima quando vi sia indipendenza dell'autorità pubblica regolatrice, affidamento ad essa di un unico compito, natura condizionale, relazione tri-laterale, supposizione al principio del giusto procedimento, controllo giurisdizionale delle decisioni. Questi sei elementi sono individuati e ampiamente trattati in S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *MCR*, 2002, 266.

<sup>8</sup> Il tema dell'accesso alle reti di comunicazione elettronica ha trovato una specifica regolazione solo a seguito del processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni

## lo scorporo dei servizi accessori

È previsto che, «al fine di favorire le azioni di cui al c. 1», cioè lo sviluppo di un'economia digitale, e di «garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle telecomunicazioni», l'Autorità garante per le comunicazioni, in un termine di 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, individui le misure idonee ad «assicurare l'offerta disaggregata dei prezzi relativi all'accesso all'ingrosso alla rete fissa e ai servizi accessori». Questo dovrà avvenire in modo che il prezzo del servizio dell'accesso all'ingrosso alla rete fissa indichi separatamente il costo della prestazione dell'affitto della linea e il costo delle attività accessorie, quali ad esempio l'attivazione della linea (c.d. *delivery*) e la manutenzione correttiva (c.d. *assurance*). Per gli operatori richiedenti sarà possibile, a seguito dell'intervento dell'Agcom, acquisire tali servizi anche da imprese terze operanti in regime di concorrenza, sotto la vigilanza e secondo le modalità stabilite dall'Autorità stessa allo scopo di preservare la sicurezza della rete.

La norma va innanzitutto messa in relazione con l'art. 34 c. 3 del decreto 6 dicembre 2011 n. 201<sup>9</sup>, noto come decreto «Salva Italia», al quale l'articolo in esame fa espresso richiamo e che intende eliminare alcune restrizioni in materia di libertà d'accesso, di organizzazione e di svolgimento delle attività economiche tra cui l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta.

In linea con tale proposito, l'art. 47 c. 2 quater si riferisce ai servizi relativi all'utilizzazione del doppino in rame della rete telefonica pubblica in postazione fissa, l'«ultimo miglio», da parte degli operatori concorrenti, ovvero quella porzione di linea che collega la centrale telefonica con la sede dell'utenza finale. Si tratta di un elemento di rete difficilmente duplicabile a condizioni economiche ragionevoli, per gli ingeneranti costi di scavo e di posa, e quindi ciò che viene solitamente assunto quale infrastruttura essenziale<sup>10</sup>.

che ha portato con sé l'esigenza di regolare i mercati di fatto non concorrenziali per la presenza di imprese che per molto tempo hanno beneficiato di diritti esclusivi e che possiedono un livello di autonomia tale dal mercato stesso da poter influenzare sia l'accesso alle infrastrutture essenziali che i prezzi dei servizi *retail*. Una prima attenzione al tema dell'accesso si ebbe con la direttiva 90/387/Cee, c.d. Direttiva ONP, e con la direttiva 96/19/Ce, c.d. Direttiva *full competition*. Con la riforma del 2002 la tematica dell'accesso alla rete trova una disciplina *ad hoc* nella direttiva 2002/19/Ce, c.d. Direttiva accesso. Oggi tale direttiva è stata in parte modificata dalla dir. 2009/140/Ce.

<sup>9</sup> Convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214.

<sup>10</sup> Cfr. F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche. Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, Giuffrè, 2010, 188.

La struttura della rete in rame è costituita da tre livelli: la rete di trasporto; la rete di giunzione; la rete di accesso. Mentre esistono reti in concorrenza nelle tratte di trasporto e di giunzione, la capillarità e la complessità della rete di accesso la rende non replicabile a con-

Telecom Italia (TI), proprietario della rete, è perciò obbligato a fornire all'ingrosso i servizi di accesso alla propria rete, permettendo agli altri operatori di gestire in autonomia il doppino in rame e collegarlo alle proprie centrali telefoniche, così che gli stessi possano fornire direttamente servizi telefonici ai propri clienti.

Questi servizi di accesso dovranno quindi essere offerti dall'*incumbent* in maniera disaggregata, in modo che gli operatori non paghino per quelli non richiesti dando al contempo vita ad un mercato concorrenziale dei servizi accessori. Inoltre, per la prima volta, è consentito agli operatori che si avvalgono di elementi della rete di TI e che necessitino di interventi ausiliari di poterli acquisire da imprese terze diverse dall'*incumbent*, purché di comprovata esperienza ed operanti in regime di concorrenza sotto la vigilanza dell'Agcom.

Ciò è prescritto al fine di ridurre il potere di mercato dell'*incumbent*, di aumentare la concorrenza nei servizi accessori e di limitare i costi di accesso alla rete. Una riduzione delle tariffe di accesso all'ingrosso si riverbererebbe, da ultimo, in una riduzione dei prezzi al dettaglio.

Per la realizzazione di tali obiettivi, è altresì disposto che l'Autorità si serva delle procedure previste dalla direttiva 2002/21/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, cosiddetta direttiva quadro, così come modificata dalla direttiva 2009/140/Ce.

La suddetta direttiva prevede che la Commissione europea adotti una raccomandazione che individui i mercati dei servizi e dei prodotti, all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche, le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi regolatori stabiliti dalle direttive particolari<sup>11</sup>. Tale posizione è espressa a seguito di una consultazione pub-

dizioni economiche ragionevoli (il segmento presenta il carattere di collo di bottiglia per i processi concorrenziali). La rete di accesso infatti si dipana da uno Stadio di Linea ai singoli utenti attraverso i cosiddetti doppini in rame (coppie di fili in rame). Il collegamento avviene mediante più doppini posti in serie e connessi tra loro presso punti di flessibilità chiamati «armadi» e distributori in prossimità dell'utente. Dai circa 10.400 Stadi di Linea si snodano cavi contenenti migliaia di doppini, fino a raggiungere gli armadi. Da questi ultimi si diramano i cavi, contenenti un numero di doppini progressivamente inferiore, fino ai distributori, dai quali si sviluppa la rete in cavetti che raggiunge i clienti finali. Cfr. S. Mannoni, *Regolare la rete di accesso: dal rame alla fibra*, in G. Morbidelli e F. Donati, *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli editore, 2009, 78; Astrid, *Le telecomunicazioni: problemi di concorrenza e di sviluppo*, novembre 2008, 18-19. [www.igitalia.it/doc/315.pdf](http://www.igitalia.it/doc/315.pdf)

<sup>11</sup> Senza che ciò pregiudichi l'individuazione di altri mercati in casi specifici di applicazione delle regole di concorrenza (art. 15 della dir. 2002/21/Ce come modificata dalla dir. 2009/140/Ce).



## lo scorporo dei servizi accessori

blica cui partecipano anche le Anr, tenendo in massima considerazione il parere espresso dall'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec)<sup>12</sup> e seguendo la procedura di consultazione prevista all'art. 22, par. 2. Sulla base della raccomandazione e degli orientamenti espressi, le Autorità di regolamentazione nazionali effettueranno un'analisi dei mercati rilevanti corrispondenti alla situazione nazionale<sup>13</sup> e, qualora accertino che un mercato non sia effettivamente concorrenziale, imporranno alle imprese che dispongono di un significativo potere di mercato specifici obblighi e manterranno o li modificheranno dove già esistenti<sup>14</sup>. Qualora le Anr intendano discostarsi dagli orientamenti della C.sione, individuando mercati differenti da quelli indicati nella raccomandazione, andrà seguita una procedura che prevede una consultazione pubblica e il coinvolgimento diretto della C.sione e del Berec.

L'emendamento governativo fa dunque espresso richiamo alle norme comunitarie che delineano il procedimento finalizzato all'imposizione degli obblighi *ex ante*. Esse assegnano delle prerogative alle Autorità nazionali di regolazione da attuarsi in concerto con il Berec e con la C.sione europea, la quale mantiene diversi compiti sia in merito alla definizione dei mercati che in relazione alla conformità delle misure individuate dal regolatore al diritto comunitario<sup>15</sup>.

E, ancora, la disposizione sembrerebbe priva dei tratti tipici delle misure antitrust. Esse, infatti, sono improntate ad un basso grado di interventismo nelle scelte interne delle imprese, finalizzate ad una correzione *ex post* delle deviazioni al libero gioco concorrenziale del mercato ed indirizzate indistintamente a tutti i settori<sup>16</sup>. L'art. 47, c. 2-*quater*, invece, si riferisce esclusivamente al settore delle comunicazioni elettroniche ed interviene *ex ante* sugli assetti del mercato contraendo la prerogative di Telecom di negoziare in piena libertà le condizioni di accesso alle reti infrastrutturali di cui

<sup>12</sup> L'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche è stato istituito in sostituzione del Gruppo dei regolatori europei (Erg) con funzioni principalmente consultive.

<sup>13</sup> In particolare i mercati geografici rilevanti nel loro territorio (art. 15, par. 3, della dir. 2002/21/Ce come modificata dalla dir. 2009/140/Ce).

<sup>14</sup> Artt. 15 e 16 della dir. 2002/21/Ce.

<sup>15</sup> Art. 7 della dir. 2002/21/Ce.

<sup>16</sup> Cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008. Sulla distinzione tra regolazione e concorrenza S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro, M. D'Alberti, *cit.*, 12. Con riferimento allo specifico settore delle comunicazioni elettroniche si veda F. Bassan *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2002.

è proprietaria. All'opposto la disciplina antitrust generalmente non comprime la *freedom of contract* delle imprese, lasciandole libere di utilizzare nella forma più estesa la loro autonomia contrattuale (fino a quando non giungano eventualmente ad abusare della loro posizione dominante). A ciò si aggiunga che, nonostante i confini tra le misure *ex ante* ed quelle *ex post* tendano sempre più spesso a confondersi<sup>17</sup>, competendo all'autorità di settore e all'autorità per la concorrenza sia compiti regolatori che sanzionatori, la terza generazione di direttive sembra mantenere un rigoroso controllo dell'Agcom sui mercati *wholesales* e quindi sull'accesso; per questo, l'ambito elettivo di intervento dell'Autorità per la concorrenza è ristretto alla vigilanza sulla concorrenza tra reti e su quella nei mercati al dettaglio<sup>18</sup>.

Ne discende la prevalente natura regolatoria delle misure oggetto dell'emendamento. È perciò lecito domandarsi se il governo, in probabile difetto di competenza, abbia imposto all'Agcom di attuare la cosiddetta dissaggregazione dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa, per di più specificandone i contenuti.

L'analisi procederà seguendo due linee complementari. Da un lato, si verificherà se e in che modo il governo abbia invaso le prerogative dell'Agcom; dall'altro, si proverà a valutare se i rimedi regolamentari che l'Autorità dovrebbe attuare sulla base del disposto dell'art. 47 c. 2 quater sono fino in fondo coerenti con l'ordinamento europeo.

<sup>17</sup> Per la verità da sempre si rileva una certa difficoltà ad individuare con certezza una netta distinzione dogmatica tra regolazione e diritto della concorrenza. Cfr. M. Siragusa e S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e i rapporti con il diritto della concorrenza*, cit., 529. Può però proporsi una distinzione tradizionale che veda nella regolazione una attività *ex ante* consistente nell'emanazione di prescrizioni di tipo regolamentare e/o provvedimento atte ad incidere ed orientare il comportamento delle imprese ed ispirata (prevalentemente) da finalità di promozione della concorrenza e della concomitante esigenza di correzione dei fallimenti del mercato, imperniata (prevalentemente) su misure asimmetriche contro gli ex monopolisti pubblici, spettante (prevalentemente) ad Autorità indipendenti; di contro la tutela della concorrenza può essere considerata un'attività *ex post*, contingente e flessibile, (prevalentemente) sanzionatoria, che presuppone l'accertamento di un fatto lesivo del libero gioco della concorrenza e che mira ad esercitare un controllo sul mercato, basata sull'accertamento di comportamenti anticoncorrenziali costituenti illeciti. F. Cintoli, *Integrazione e sovrapposizione tra regolazione e antitrust. Il caso dei servizi di interesse economico generale*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli editore, 2010, 96-97.

<sup>18</sup> Cfr. F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 54.

### 3. L'invasione di competenze minaccia l'indipendenza dell'Agcom?

La direttiva quadro, come precedentemente ricordato, assegna all'Agcom il compito di individuare i mercati rilevanti regolabili, tenuto conto degli orientamenti della C.s.sione, e di imporre o mantenere gli obblighi di regolazione per le imprese che detengono un significativo potere di mercato affinché sia assicurata la concorrenzialità del mercato.

Ciò che però rileva ai fini della nostra analisi, ancor prima dell'attribuzione di competenza, è la considerazione che il legislatore comunitario ha voluto individuare una serie di deterrenti alla «cattura» del regolatore da parte dei regolati<sup>19</sup>. Tale intento, originariamente espresso *in nuce* nella direttiva quadro, ha trovato ulteriore conferma e sviluppo nella direttiva di terza generazione, la 2009/140/Ce<sup>20</sup>.

All'art. 3, nel capo dedicato alle autorità nazionali di regolamentazione, si stabilisce infatti che «gli Stati membri garantiscono l'indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica». E che gli stessi debbano provvedere «affinché le rispettive Autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente

<sup>19</sup> Sulla teoria della cattura si veda uno fra tutti A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Milano, il Mulino, 2000, 122 ss. Il concetto di «*regulatory capture*» affonda le sue origini in un saggio del 1971 di J.J. Stigler intitolato *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of economics and Management Science*, 1971, 3. Il modello fu poi perfezionato da S. Peltzman nel 1976 e sviluppato ulteriormente da R. Posner (1971, 1974, 1975) e G.S. Becker (1985). Tra la vastissima letteratura sul tema delle autorità amministrative indipendenti si vedano almeno S. Cassese e C. Franchini, *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 1996; A. Pedrieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Antella, Passigli, 1997; F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, il Mulino, 2000; V. Cerulli Irelli, F.A. Grassino ed E. Letta, *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, il Mulino, 2001; F. Merusi e M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2003; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino, 2005; C. Calabrò e L. Paganetto (a cura di), *Authorities: imparzialità e indipendenza*, Roma, Donzelli, 2007; A. La Spina e S. Cavatorto, *Le Autorità indipendenti*, in *Le istituzioni politiche in Italia*, a cura di M. Cotta e C. Guarneri, Bologna, il Mulino, 2008.

<sup>20</sup> Cfr. M. Orofino, *L'indipendenza delle ANR tra diritto interno e diritto comunitario: con particolare riferimento al Telecom Package ed alla sua attuazione sul piano interno*, in *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, Giuffrè, 2012, 225. Sulla rinascita del modello di regolazione per autorità indipendenti si veda G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 228.

e tempestivo»<sup>21</sup>, operando in indipendenza e non sollecitando né accettando alcuna istruzione da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati<sup>22</sup>. A tal fine sono state predisposte apposite misure organizzative e funzionali<sup>23</sup>: è ammessa la confutabilità delle decisioni delle Anr dai soli organi di ricorso istituiti ai sensi dell'art. 4 della medesima direttiva<sup>24</sup>; sono previste forme di tutela dall'arbitraria destituzione da un incarico di vertice; sono assicurate adeguate risorse finanziarie e umane.

Dall'indipendenza, intesa quale distinzione giuridica e autonomia funzionale dai destinatari della regolazione, ne consegue la necessità dell'autonomia quale disancoraggio dagli esecutivi. E ciò perché fra i regolati è possibile che vi siano imprese in proprietà pubblica. Sarebbe auspicabile pertanto che il governo non sia al contempo regolato e regolatore.

Vero è che l'Agcom non è isolata nello spazio regolatorio nazionale<sup>25</sup>. La parziale bicefalia della regolazione<sup>26</sup> trova la sua disciplina nel Codice delle comunicazioni elettroniche quando all'art. 7 c. 4 si afferma che nell'ambito delle rispettive attribuzioni tanto l'Agcom quanto il Ministero delle comunicazioni espletano funzioni di regolazione dei mercati.

Tuttavia vanno immediatamente chiariti i termini della questione. Mentre all'Autorità nazionale di regolamentazione spetta una competenza generale e aperta che spazia dalla definizione e analisi dei mercati all'imposizione di vincoli regolatori, il Ministero delle comunicazioni è titolare di un ambito funzionale delimitato al solo regime di autorizzazione generale. Ricalcando il

<sup>21</sup> Art. 3 par 3 della dir. 2002/21/Ce, come modificato dalla dir. 2009/140/Ce. Il testo originario prevedeva che gli Stati membri provvedessero affinché le Autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente.

<sup>22</sup> Art. 3 bis della dir. 2002/21/Ce come modificato dalla dir. 2009/140/Ce.

<sup>23</sup> Cfr. B. Argiolas, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 195. È chiaro che tra le finalità dell'ultimo intervento comunitario vi è proprio quella di rafforzare l'autorità e l'indipendenza delle Anr, così come espressamente enunciato al 13° considerando introdotto con la direttiva 2009/140/Ce.

<sup>24</sup> In particolare le Anr possono essere sindacate solo da un organo indipendente dalle parti coinvolte, in possesso di competenze adeguate e le cui decisioni siano impugnabili davanti ad una giurisdizione ai sensi dell'ex art. 234 del trattato Ce, oggi art. 267 Tfu. Non è pertanto ammessa la sindacabilità delle decisioni da parte di un soggetto politico.

<sup>25</sup> L'espressione «spazio regolatorio» è ripresa da M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello spazio regolatorio: l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubblico*, 2004, 1035. Trattasi di traduzione della locuzione "regulatory space" utilizzata per la prima volta in letteratura da L. Hancher e M. Moran, *Organizing regulatory space*, in L. Hancher e M. Moran, *Capitalism Culture and Economic Regulations*, Oxford Press, 1989. Si veda anche C. Scott, *Analyzing Regulatory Space: fragmented resources and institutional design*, in *Public Law*, 2001, 329.

<sup>26</sup> Così L. Saltari, *Accesso ed interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo. Quaderni diretti da Sabino Cassese*, Ipsa, 2008, 62.

## lo scorporo dei servizi accessori

modello della denuncia di inizio attività<sup>27</sup>, l'autorizzazione generale<sup>28</sup> non ha natura provvedimentale e si configura piuttosto come un regime giuridico speciale conferente diritti ed obblighi a coloro i quali desiderino accedere al settore delle comunicazioni elettroniche. Rappresenta un preciso esempio della soggettazione della regolazione pubblica alla logica della concorrenza, espressa nella tendenza alla riduzione del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche nel condizionare l'accesso al mercato<sup>29</sup>.

Pertanto, a ben guardare la disciplina comunitaria di settore, in nessun caso il legislatore, neppure per il tramite di un emendamento governativo<sup>30</sup>, sembrerebbe legittimato a intervenire nell'imposizione di obblighi di regolamentazione *ex ante* alle imprese detentrici di un significativo potere di mercato perché ne conseguirebbe una limitazione della discrezionalità delle Autorità di regolamentazione ed un'invasione della loro area di competenza riservata<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> All'art. 25, c. 4, del Codice delle Comunicazioni elettroniche si dice che la dichiarazione presentata al Ministero dalla persona fisica titolare o dal legale rappresentante della persona giuridica, contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, unitamente alle informazioni strettamente necessarie per consentire al Ministero di tenere un elenco aggiornato dei fornitori di reti e di servizi di comunicazioni elettroniche, costituisce denuncia di inizio attività ai sensi dell'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. Va segnalato però che l'impresa può iniziare immediatamente a svolgere la propria attività senza attendere trenta giorni previsti in via generale dall'art. 19 della l. 241/1990. (F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 66).

<sup>28</sup> Sul regime autorizzatorio si vedano almeno M. Clarich, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2003, 137; M. Clarich e A. Boso Caretta, *I titoli abilitativi nel nuovo sistema delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. inf. ed inform.*, 2004, 401.

<sup>29</sup> La soppressione e l'allentamento dei vincoli che impediscono il libero accesso al mercato è una delle più appariscenti espressioni della «riduzione della sfera pubblica». In tal senso M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, 136.

<sup>30</sup> Peraltro non è il primo caso in cui si registra una certa tensione tra istituzioni interne. Al riguardo L. Saltari, *Segnali di tensione tra Agcom e governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 788.

<sup>31</sup> In tal senso si è pronunciata la Corte di Giustizia nella sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07. La vicenda aveva ad oggetto la modifica della legge nazionale delle comunicazioni elettroniche ad opera della Repubblica federale di Germania, con l'introduzione della deregolamentazione dei mercati delle reti di prossima generazione. La C.s.sione decise di avviare una procedura di infrazione perché le nuove norme avrebbero ridotto la discrezionalità dell'Autorità nazionale di regolamentazione ed eluso la procedura di definizione dei mercati rilevanti. Adita la Corte di giustizia, quest'ultima richiamerà la direttiva quadro nel punto in cui prevede una riserva della funzione di definizione dei mercati rilevanti a favore delle Anr, da attuarsi in concerto con la C.s.sione, mettendo di fatto al riparo i regolatori dai legislatori nazionali. A tal proposito si veda la nota di B. Brancoli Busdraghi, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 589.

Eppure va effettuata un'ultima considerazione: l'intervento del governo in questo specifico caso, sebbene con mezzi non appropriati, si inserisce nell'interazione *incumbent-new entrants* colpendo la prima a favore dei secondi. In particolare si fa carico di risolvere il problema dell'inefficienza di Telecom nel provvedere ai servizi accessori dell'*unbundling* con il relativo aggravio dei costi di interconnessione pagati dai terzi.

È lecito congetturare che questa azione fosse orientata a supplire alla parziale inerzia dell'Agcom, la quale avrebbe avuto a disposizione gli strumenti per correggere anche tale condotta distorsiva del mercato. In ultima analisi l'indipendenza dell'Agcom dal potere politico ne esce in parte ridimensionata, ma la disposizione colpisce altresì l'*incumbent* privandolo della velata protezione di cui ha probabilmente beneficiato fino ad ora<sup>32</sup>.

#### **4. I *remedies* comunitari e la non-conformità delle misure**

Gli interventi richiesti all'Agcom, in quanto misure *ex ante* di chiara matrice regolatoria, vanno ricondotti alla categoria dei *remedies* comunitari, per verificare se, benché disposti dal legislatore in difetto di competenza, siano legittimi nei contenuti.

All'art. 8 della direttiva accesso, come modificata dalla direttiva 2009/140/Ce, è previsto infatti che gli Stati garantiscano che le rispettive autorità di regolamentazione abbiano l'autorità di imporre gli obblighi individuati negli articoli che vanno dal numero 9 al 13 *bis*. E ancora che tali Autorità impongano i medesimi obblighi in funzione delle circostanze e a seguito di un'analisi dei mercati che individui un operatore come detentore di un significativo potere di mercato. Il legislatore comunitario fa seguire un elenco (*numerus clausus*) di misure applicabili: obblighi di trasparenza, obblighi di non discriminazione, obblighi di separazione contabile, obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse, obblighi in materia di controlli dei prezzi e di contabilità dei costi, separazione funzionale.

I primi comportano l'obbligatorietà di rendere pubbliche talune informazioni relative all'accesso e all'interconnessione, quali quelle di carattere contabile, specifiche tecniche, caratteristiche della rete, termini e condizioni per la fornitura e per l'uso<sup>33</sup>, e prezzi. Quando poi un operatore sia assog-

<sup>32</sup> Sulle complesse e pluridirezionali interazioni tra regolatori e regolati S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., 265.

<sup>33</sup> Comprensive eventuali condizioni che limitino l'accesso a servizi e applicazioni e il

## lo scorporo dei servizi accessori

gettato ad obblighi di non discriminazione, allo stesso può essere imposto di pubblicare un'offerta di riferimento sufficientemente disaggregata, al fine di garantire che le imprese non debbano pagare per risorse non necessarie ai fini del servizio richiesto, e in cui figurino una descrizione delle offerte suddivisa per componenti in funzione delle esigenze del mercato, correlata dai relativi prezzi, termini e condizioni.

Gli obblighi di non discriminazione garantiscono che l'operatore con significativo potere di mercato applichi condizioni equivalenti in circostanze equivalenti nei confronti degli altri operatori che offrono servizi equivalenti e che fornisca a terzi servizi ed informazioni garantendo condizioni e un livello di qualità identici a quelli che assicura per i propri servizi o per i servizi delle proprie società o dei propri partner commerciali. L'importanza di tale misura risiede nel fatto che consente agli operatori che vogliono offrire servizi di comunicazione elettronica a livello *retail* di competere equamente con imprese verticalmente integrate, potendo acquistare da esse i servizi intermedi in regime di parità di trattamento<sup>34</sup> rispetto alle proprie divisioni commerciali o alle proprie controllate che operano sul mercato al dettaglio.

Le Autorità di regolamentazione possono inoltre imporre obblighi in materia di accesso e di uso di determinate risorse, obbligando gli operatori ad accogliere richieste ragionevoli di accesso e di utilizzare l'uso di determinati elementi di rete e risorse correlate. Agli operatori può altresì essere imposto di concedere a terzi un accesso a determinati elementi e/o risorse di rete, compreso l'accesso agli elementi della rete che non sono attivi e/o l'accesso disaggregato alla rete locale; di negoziare in buona fede con le imprese che chiedono un accesso; di non revocare l'accesso alle risorse concesso in precedenza; di garantire determinati servizi all'ingrosso per rivendita da parte di terzi; di concedere un accesso alle interfacce tecniche, ai protocolli o ad altre tecnologie d'importanza decisiva, indispensabili per l'interoperabilità dei servizi o dei servizi di reti virtuali; di consentire la coubicazione o altre forme di condivisione associata degli impianti; di fornire determinati servizi necessari per garantire agli utenti l'interoperabilità dei servizi da punto a punto, tra cui risorse per servizi di reti intelligenti o servizi di *roaming* per le reti mobili; di garantire l'accesso ai servizi di supporto operativo o a sistemi *software* analoghi, necessari per garantire eque condizioni di concorrenza nella fornitura dei servizi; di interconnettere reti o ri-

loro utilizzo, qualora tali condizioni siano previste dagli Stati membri conformemente al diritto comunitario (art. 9 della dir. 2002/19/Ce come modificata dalla dir. 2009/140/Ce).

<sup>34</sup> Cfr. F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 150.

sorse di rete; di fornire l'accesso ai servizi correlati come quelli relativi all'identità, alla posizione e alla presenza.

Gli obblighi in materia di controllo dei prezzi attengono al recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di una concorrenza effettiva comporti la possibilità per l'operatore interessato di mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimere i prezzi a discapito dell'utente finale.

Gli obblighi di separazione contabile consistono nell'imporre ad una impresa verticalmente integrata di rendere trasparenti i propri prezzi all'ingrosso e i prezzi dei trasferimenti interni per garantire gli obblighi di non discriminazione o per evitare sovvenzioni incrociate abusive.

Infine, qualora gli obblighi appropriati imponibili a sensi degli articoli da 9 a 13 si siano rivelati inefficaci per conseguire un'effettiva concorrenza e a titolo di misura eccezionale<sup>35</sup>, è previsto che l'Autorità nazionale di regolamentazione possa obbligare le imprese verticalmente integrate a collocare le attività relative alla fornitura all'ingrosso di detti prodotti di accesso in un'entità commerciale operante in modo indipendente, conformemente alle norme sull'imposizione, modifica o revoca degli obblighi. Si tratta della cosiddetta separazione funzionale, la quale può essere frutto anche di una scelta volontaria da parte dell'impresa verticalmente integrata.

Posto che imporre all'*incumbent* di accogliere richieste ragionevoli di accesso ed uso di determinate risorse o elementi di rete, in termini di accesso disaggregato alla rete locale, rientri pertanto fra i *remedies* tipizzati dal legislatore comunitario, e ancora che sia legittimo esigere che un operatore assoggettato ad obblighi di non discriminazione e di trasparenza pubblici un'offerta di riferimento sufficientemente disaggregata affinché le imprese non

<sup>35</sup> L'eccezionalità della misura è confermata dalla procedura per l'imposizione dell'obbligo di separazione funzionale che prevede la sottoposizione alla C.sione di una proposta dell'Autorità nazionale di regolamentazione contenente: a) prove che giustifichino le conclusioni dell'Autorità nazionale di regolamentazione di cui al paragrafo 1; b) prove che attestino che le prospettive di concorrenza a livello delle infrastrutture sono scarse o assenti in un lasso di tempo ragionevole; c) un'analisi dell'impatto previsto sull'Autorità di regolamentazione, sull'impresa, in particolare sulla forza lavoro dell'impresa separata e sul settore delle comunicazioni elettroniche nel suo insieme e sugli incentivi ad investire in un settore nel suo insieme, in particolare per quanto riguarda la necessità di garantire la coesione sociale e territoriale, nonché sugli altri soggetti interessati, compreso in particolare l'impatto previsto sulla concorrenza tra infrastrutture e ogni potenziale effetto sui consumatori; d) un'analisi delle ragioni per cui l'obbligo in questione sarebbe lo strumento più efficace per applicare le misure correttive volte a ovviare ai problemi di concorrenza/carenze del mercato individuati. (art. 13 bis della dir. 2002/19/Ce come modificata dalla dir. 2009/140/Ce).



## lo scorporo dei servizi accessori

debbano pagare per risorse non necessarie, nella direttiva accesso non è presente alcun riferimento alla possibilità di effettuare uno scorporo di singole attività, quali ad esempio i servizi accessori di attivazione e manutenzione, dal canone di affitto della linea. Tale rimedio è nuovo e diverso rispetto all'obbligo posto in capo all'*incumbent* di negoziare l'accesso alle *facilities*, necessarie per operare in un dato mercato e non duplicabili a condizioni economiche ragionevoli, nella maniera più equa e non discriminatoria possibile.

E sebbene ulteriori obblighi in tema di accesso ed interconnessione sarebbero suscettibili di essere imposti dall'Autorità agli operatori aventi significativo potere di mercato in circostanze eccezionali e a seguito di una decisione di autorizzazione da parte della C.s.sione, la quale tiene in massima considerazione il parere espresso dal Berec, un procedimento del genere non risulta mai essere stato avviato.

Infatti, nonostante i servizi ancillari facciano parte di un servizio regolato dall'Agcom, gli stessi non sono stati fino ad ora oggetto né di una distinta regolazione né di una apposita liberalizzazione. E ciò in conseguenza del fatto che la C.s.sione europea non ha mai individuato nelle sue raccomandazioni il mercato dei servizi accessori come mercato rilevante e meritevole di specifiche attenzioni. E neppure l'Agcom si è mai orientata in tal senso. Di conseguenza non si era ancora manifestata l'esigenza di prevedere rimedi orientati a rimediare ad un deficit di concorrenza scaturente dalle scelte dell'*incumbent* nel mercato dei servizi ausiliari.

Con un evidente sforzo logico e ripercorrendo a tappe inverse il percorso disegnato dall'ordinamento comunitario, sembrerebbe che quello dei servizi accessori sia un mercato nato alla rovescia: che agli obblighi regolatori, seppur illegittimi, segua la nascita di un mercato a sé stante; e che la liberalizzazione sia conseguenza e non premessa della regolazione.

Non resta quindi che guardare alle reazioni suscitate dall'adozione della norma e alle plausibili conseguenze della sua incompatibilità con l'ordinamento comunitario.

### **5. L'elusione dei controlli sovranazionali ed il dissenso nei confronti della norma**

La posizione della C.s.sione europea sul disposto dell'art. 47, c. 2-*quater* è stata molto netta<sup>36</sup>: la norma violerebbe la disciplina comunitaria delle co-

<sup>36</sup> Il 19 luglio 2012 la C.s.sione ha avviato la procedura di infrazione inviando all'Italia una lettera di messa in mora, cui è seguito il parere motivato del 21 febbraio 2013.

municazioni elettroniche perché risulterebbe minata la posizione di autonomia ed indipendenza dell'Agcom ed aggirato il controllo che la stessa ed il Berc esercitano sulle misure *ex ante*. Quest'ultimo organismo risponde all'imprescindibile esigenza di assicurare un coordinamento orizzontale tra le Anr e verticale tra queste e la C.sione. Infatti sia le Anr che la C.sione devono tenere nel massimo conto i pareri, le raccomandazioni e gli orientamenti adottati dal Berc.

Nello specifico, alla luce dell'art. 7 bis introdotto con la direttiva di terza generazione, quando una misura miri ad imporre, modificare o revocare un obbligo imposto ad un operatore Smp, la C.sione può notificare all'autorità nazionale di regolamentazione interessata e al Berc i motivi per cui ritiene che un progetto di misura crei un ostacolo al mercato unico o per cui dubita seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario. In tal caso l'adozione del progetto di misura viene sospesa per i tre mesi successivi alla notifica della C.sione<sup>37</sup>. Durante tali mesi la C.sione, il Berc e l'Autorità nazionale di regolamentazione interessata cooperano strettamente allo scopo di individuare la misura più idonea ed efficace alla luce degli obiettivi generali dell'attività di regolamentazione, indicati all'art. 8, tenendo debitamente conto del parere dei soggetti partecipanti al mercato e della necessità di garantire una pratica regolamentare coerente.

Entro sei settimane dall'inizio dei tre mesi di cui prima, il Berc esprime, a maggioranza dei suoi membri, un parere sulla notifica della C.sione, indicando se ritiene che il progetto debba essere ritirato o modificato oppure avanza specifiche proposte a tal fine. Se tale parere è in linea con la posizione espressa dalla C.sione, il Berc collabora con l'Autorità nazionale di regolamentazione interessata al fine di individuare la misura che risulti maggiormente idonea ed efficace. L'Autorità interessata può ritirare o confermare il progetto di misura.

Qualora il Berc non condivida i dubbi della C.sione, o non esprima un parere o ancora l'Autorità nazionale di regolamentazione modifichi o mantenga il suo progetto, la C.sione, entro un mese dal termine dei tre sopra indicati, può formulare una raccomandazione in cui inviti l'Autorità a modificare o ritirare il progetto di misura, includendo specifiche proposte a tal fine e adducendo giustificazioni, o può sciogliere le sue riserve. Entro un mese dalla raccomandazione o dal ritiro delle riserve, l'Autorità nazio-

<sup>37</sup> In assenza di notifica in tal senso l'Autorità nazionale di regolamentazione interessata può adottare il progetto di misura tenendo in massima considerazione le osservazioni della C.sione, del Berc o di altra Autorità nazionale di regolamentazione (art. 7 bis introdotto con la dir. 2009/140/Ce).

## lo scorporo dei servizi accessori

nale di regolamentazione comunicherà la misura finale adottata alla C.sione e al Berec. Se decida di non modificare o ritirare la proposta di misura dovrà fornire una giustificazione motivata.

Alla luce della previsione della procedura di coordinamento in merito alle decisioni sui rimedi, che configura un potere di veto, seppur non vincolante, in capo alla C.sione, il disposto dell'art. 47 secondo c. quater sembra qualificarsi come un intervento elusivo delle forme di controllo previste dall'ordinamento comunitario. Non soltanto sembra scavalcare le attribuzioni delle Autorità nazionali di regolamentazione, ma si dimostra altresì incurante delle supremazia funzionale attribuita al livello sovranazionale<sup>38</sup>.

I termini dell'incompatibilità rischiano di essere chiariti di fronte alla Corte di giustizia, in sede di ricorso per inadempimento<sup>39</sup>. Ma ancor prima, come si dirà in seguito, lo stesso giudice nazionale, in veste di giudice comunitario, potrà presumibilmente disapplicare le misure nazionali che reputi in contrasto con la normativa comunitaria e, se del caso, interpellare la Corte con rinvio pregiudiziale. Allo stesso modo la pubblica amministrazione, *rectius* l'Agcom, sembrerebbe legittimata a non tener conto della norma illegittima.

In linea con il pensiero della C.sione europea, benché espressa in una posizione non del tutto terza, è l'opinione, chiaramente contraria all'emendamento, di coloro i quali vantano una profonda conoscenza del settore delle telecomunicazioni<sup>40</sup>. In particolare gli stessi ritengono non fattibile e poco produttiva la decisione di separare i servizi di attivazione e manutenzione delle linee dalle altre componenti del servizio di accesso alla rete. Ciò perché più operatori, con altrettanti manutentori, si troverebbero ad operare su un medesimo tratto di linea condiviso, in quanto composto da un cavo ad elevata velocità contenente migliaia di doppini in rame. Sarebbe così messa a repentaglio la stessa sicurezza della rete. Seppur la norma preveda espressamente un controllo dell'Agcom sulle imprese terze, le quali per poter operare debbono dimostrare una comprovata esperienza, non risulterebbe agevole attribuire la responsabilità di eventuali disfunzioni. Tale incertezza rischierebbe di vanificare l'abbassamento dei prezzi seguente al-

<sup>38</sup> Parla di «preminenza funzionale» S. Cassese in *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 297.

<sup>39</sup> Per una approfondita disamina della procedura di infrazione e del ricorso per inadempimento si rinvia a M. Condanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, 47 ss.

<sup>40</sup> Il riferimento è alle posizioni espresse dall'Associazione europea degli operatori di telecomunicazioni (Etno), costituita dagli ex-monopolisti, e dall'Associazione Azionisti Telecom Italia (Asati).

l'entrata di nuovi operatori nel mercato, con un innalzamento dei costi *retail* dovuto al proliferare degli interventi manutentivi. In ultima analisi sarebbe vanificata una delle principali finalità del libero mercato: il beneficio per il consumatore.

## 6. I diversi piani della legalità violata

L'integrazione normativa europea ha implicato l'enuclearsi di una legalità comunitaria che predomina su quella nazionale<sup>41</sup>. Specialmente nel settore delle telecomunicazioni, l'Unione europea si è infatti sostituita al legislatore nazionale disponendo circa le strutture e le attività amministrative degli Stati e dettando norme sull'organizzazione, sul procedimento, sull'attività: la signoria comunitaria limita l'autonomia degli Stati nell'esercitare il proprio potere discrezionale<sup>42</sup>. Le conseguenze si esplicano su diversi piani. In questa sede ci si limiterà ad una breve analisi dei principali risvolti della presunta illegittimità dell'art. 47, c. 2-*quater*.

Alcune considerazioni possono innanzitutto essere svolte in relazione al piano del contrasto tra la disposizione legislativa e la normativa europea di settore.

Vi è in primo luogo un limite presente del nostro ordinamento che si frappone alla potestà legislativa di Stato e regioni e che trova esplicito riferimento all'art. 117 Cost.: è il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Tale principio costituzionale assume la funzione di limite, di indirizzo e di conformazione per le leggi nazionali e regionali e assurge da parametro del giudizio di costituzionalità sulle leggi<sup>43</sup>. Lungi dall'operare una sostituzione con l'art. 11 Cost. in relazione alla copertura costituzionale

<sup>41</sup> L. Saltari, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 481. Sul principio di legalità all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea si veda il recente studio di B. Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, Giappichelli editore, 2013.

<sup>42</sup> Al riguardo S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, cit., 291. Si veda anche ID., *Il concerto regolamentare delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689.

<sup>43</sup> In tal senso L. Torchia, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1206. L'A. sottolinea gli aspetti di continuità ma anche quelli più innovativi della riforma del Titolo V. Tra i primi più cauti contributi sul tema all'indomani della riforma si veda C. Pinelli, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 195, il quale esclude «ogni ipotesi di surrettizia innovazione della disciplina dei rapporti della legge statale con la normativa comunitaria derivata o con le leggi di esecuzione dei Trattati internazionali».

## lo scorporo dei servizi accessori

dei rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne, l'art. 117, primo comma, fornisce una base solida alla garanzia del rispetto delle fonti comunitarie che non possono beneficiare della tutela della disapplicazione ad opera del giudice nazionale in quanto sprovviste di efficacia diretta<sup>44</sup>. Precisamente, qualora il legislatore nazionale adottasse un atto avente forza di legge contrario ad una disposizione dell'Unione europea non direttamente efficace, lo stesso rischierebbe di essere sottoposto al sindacato della Corte Costituzionale e qualificato come incostituzionale per violazione del parametro interposto rappresentato dall'ordinamento giuridico sovranazionale.

In modo del tutto speculare, secondo la posizione espressa dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Simmenthal*, peraltro fatta propria seppur con qualche variante dal nostro giudice delle leggi<sup>45</sup>, una norma interna incompatibile con una norma dell'Ue può e deve essere disapplicata dal giudice nazionale e dalla pubblica amministrazione, in ossequio al principio della preminenza del diritto comunitario sulla legislazione interna, purché dotata di efficacia diretta<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> R. Mastroianni, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea. La posizione della Corte Costituzionale italiana*, in *Dir. Com. e degli scambi intern.*, 2009, 441. Si vedano anche Id., *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3520; ID., *Conflitti tra norme interne comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte Costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 585. In proposito G. Tesaurò rileva che a stretto rigore la norma nazionale sarebbe sottoposta allo scrutinio di costituzionalità soltanto se contrastante con un atto comunitario sprovvisto dell'effetto diretto, perché solo in tal caso la disposizione interna conserverebbe la sua rilevanza (G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2010, 222).

<sup>45</sup> Con la sentenza *Granital* (C. cost., 8 giugno 1984, n.170, in *Foro it.*, 1974, I, 2062) la Corte costituzionale ha ammesso l'esistenza di una forte integrazione tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, tanto da consentire ai giudici nazionali la disapplicazione della normativa interna contrastante con il diritto comunitario. Tuttavia ragionando in termini di competenza, e non di gerarchia, non ha ammesso che dal contrasto tra le fonti interne e quelle comunitarie derivi un effetto invalidante nei confronti della normativa nazionale configgente. Piuttosto la legge statale si ritrarrà, rimanendo «a ben guardare».

<sup>46</sup> Si vedano innanzitutto le sentenze della Corte di giustizia 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa contro Enel*, in *Racc.* p.1129, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.* 1978, p. 629, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, causa 103/88, in *Racc.* 1989, p. 1839, 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio industrie fiammiferi*, in *Racc.*, p. I-8055. La disapplicazione opererebbe nel caso di norma dotata di efficacia diretta, mentre nel caso di norma sprovvista di tale requisito vi sarebbe soltanto una violazione degli obblighi da parte dello Stato di creare, modificare o abrogare le norme interne contrastanti (G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 219). Tuttavia vi sono stati casi in cui la Corte di giustizia ha disgiunto il giudizio sull'efficacia diretta delle direttive dall'obbligo per il giudice nazionale e per l'amministrazione di disapplicare le norme interne non conformi alle stesse, ammettendo la sussistenza di un autonomo effetto di esclusione delle norme interne difformi come conse-

Nell'articolato caso in esame, l'art. 47, c. 2-*quater* del decreto «Semplifica Italia» risulterebbe in conflitto con la direttiva quadro e con quella accesso, entrambe trasposte nell'ordinamento interno, pochi giorni dopo la scadenza del termine, attraverso il decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259, noto come il Codice delle comunicazioni elettroniche. Sembrerebbe così escluso l'intervento sussidiario della Corte costituzionale<sup>47</sup>, in favore di un giudizio del giudice comune sul contrasto della disposizione con l'ordinamento comunitario per via della violazione della normativa europea attribuita del potere di emanare atti regolamentari nel mercato delle comunicazioni elettroniche e a causa della previsione di un rimedio non contemplato dalla disciplina europea di settore. Questi dovrà decidere se disapplicare l'articolo in esame per difformità dalle direttive suddette, le quali, proprio in forza della trasposizione nel nostro ordinamento, esplicano in maniera piena i propri effetti<sup>48</sup>.

In questa valutazione dovrà tener conto che le direttive, nonostante necessitino della mediazione dell'intervento attuativo statale, sono fonti comunitarie obbligatorie ai sensi dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che contengono norme giuridiche vincolanti per gli Stati membri e che godono di una posizione di *primauté* rispetto a quelle nazionali<sup>49</sup>. E che tale supremazia non può essere garantita ricorrendo ai criteri conosciuti dall'ordinamento interno per risolvere l'antinomia tra le due fonti nazionali, precisamente l'art. 47, c. 2-*quater* e il Codice delle comuni-

guenza del principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno (G. Strozzi e R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, 284). Nel caso concreto la direttiva quadro e quella accesso sono state trasposte nel nostro ordinamento attraverso il decreto legislativo n. 259/2003, per cui la loro efficacia è piena.

<sup>47</sup> Qualora il conflitto si riferisca a norme comunitarie dotate di efficacia diretta la questione di legittimità non può essere sollevata, a pena di irricevibilità per difetto di rilevanza, in quanto le regole proprie dell'ordinamento attribuiscono al giudice comune il compito di risolvere immediatamente il conflitto disapplicando la norma interna contrastante. Volendo operare una schematizzazione la Corte Costituzionale sarebbe legittimata ad intervenire soltanto: i. in caso di asserita violazione del diritto comunitario invocata in un ricorso proposto in via principale; ii. in caso di violazione della delega legislativa conferita al Governo ex art. 76 Cost. per l'attuazione delle direttive; iii. in caso di contrasto tra leggi interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta (R. Mastroianni, *L'ordinamento giuridico nazionale nei rapporti con le regole comunitarie e dell'Unione europea*, cit., 437 ss).

<sup>48</sup> Una volta recepite, le direttive acquisiscono la cosiddetta efficacia orizzontale, ovvero l'efficacia normativa nei rapporti tra privati. In tutti gli altri casi posseggono invece la sola efficacia verticale.

<sup>49</sup> R. Mastroianni, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, cit., 3525.

## lo scorporo dei servizi accessori

cazioni elettroniche, perché ciò andrebbe presumibilmente a scapito della disposizione di recepimento della disciplina comunitaria che precede la norma interna lesiva.

Ai fini di assicurare una qualche forma di tutela avverso il diritto interno formatosi in violazione del diritto dell'Unione europea, tanto più se recepito, e consentire il raggiungimento degli obiettivi previsti dalle direttive europee, si può quindi immaginare che al giudice comune si imporrà il potere/dovere di disapplicare la disposizione interna difforme alle direttive trasposte, così come avviene nel caso di contrasto con gli atti dotati di efficacia diretta.

Ciò anche in considerazione del fatto che, in virtù del principio di leale collaborazione, le autorità degli Stati membri, e in particolare i giudici, dovrebbero garantire che le norme di trasposizione siano effettivamente applicate e rispettate sul territorio nazionale, *in primis* dallo stesso legislatore nazionale<sup>50</sup>. L'Italia sarebbe altresì tenuta ad abrogare o modificare le norme interne disapplicate dal giudice comune per incompatibilità con il diritto comunitario attraverso gli strumenti disciplinati dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234<sup>51</sup>.

La questione rischia di complicarsi se si decida di allargare la riflessione alle direttive del Telecom package<sup>52</sup>, intervenute a modificare la disciplina precedente ma recepite con un certo ritardo, nelle more del quale sarebbe forse riaffiorata la possibilità di promuovere un giudizio di costituzionalità per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., con riguardo alle specifiche disposizioni ivi contenute<sup>53</sup>.

Su un differente piano di analisi si collocherebbe poi la divergenza tra

<sup>50</sup> Si tenga conto che in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto non solo di rendere *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie. (Corte di giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, cit., p. 629)

<sup>51</sup> Recante «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea».

<sup>52</sup> Il riferimento è principalmente alla direttiva 2009/140/Ce che ha modificato la direttiva quadro e quella accesso.

<sup>53</sup> Sempre che le stesse non siano capaci di produrre effetti diretti, il che avviene quando pongano obblighi con un contenuto percettivo sufficientemente chiaro e preciso tale da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati membri; abbiano carattere incondizionato, tale da non richiedere l'adozione di ulteriori atti di diritto interno; creino diritti a favore dei singoli chiaramente individuabili nel loro contenuto (G. Stozzi e R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 274).

un provvedimento dell'Agcom, conforme al dettato dell'emendamento passibile di disapplicazione, e le disposizioni della direttiva accesso.

Tale atto rischierebbe di essere affetto da invalidità perché contrario alla tassatività dei rimedi regolamentari prevista dalla disciplina europea di settore e recepita dall'ordinamento interno, con complesse implicazioni<sup>54</sup>. In altri termini, dalla previsione di un vincolo amministrativo non contemplato nell'elenco dei *remedies* comunitari ne discenderebbe una lesione della legalità comunitaria, la quale diviene parametro per verificare la legittimità amministrativa nazionale di un provvedimento<sup>55</sup>.

Le determinazioni dell'Agcom, infatti, altro non sono che atti con cui l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico di cui è affidataria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni giuridiche di privati, per dirla alla maniera di Giannini<sup>56</sup>, ovvero provvedimenti amministrativi, sottoposti al principio di legalità e ai corollari che ne discendono<sup>57</sup>, che solo accidentalmente possono avere contenuto normativo<sup>58</sup>; seppur nella forma di atti amministrativi sostitutivi di atti negoziali di privati finalizzati alla creazione artificiale di un mercato concorrenziale<sup>59</sup>. Così come accade per gli altri provvedimenti interni, questi rappresentano il risultato di una sequenza ordinata di atti e comportamenti<sup>60</sup>:

<sup>54</sup> Non si discuterà in questa sede del regime dell'atto amministrativo nazionale illegittimo per anticomunitarietà. In proposito basti ricordare che sono presenti quattro diversi orientamenti: a) la tesi dell'invalidità-annullabilità, prevalente nella giurisprudenza amministrativa; b) la tesi della nullità per carenza di potere; c) la tesi intermedia; d) la tesi della disapplicazione.

<sup>55</sup> Sull'integrazione tra legalità comunitaria e legittimità amministrativa nazionale si veda F. Merusi, *L'integrazione fra legalità comunitaria e legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2009, 43.

<sup>56</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2° edizione, Milano, Giuffrè, 1988, 672.

<sup>57</sup> L'atipicità degli atti delle autorità amministrative indipendenti è uno degli attuali fattori di crisi del principio di legalità. Sul tema F. Merusi, *Sentieri ininterrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2007.

<sup>58</sup> F. Merusi, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche. Il contraddittorio sul «progetto» dalla proprietà all'impresa*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 1276.

<sup>59</sup> Sul punto F. Merusi, *Sentieri ininterrotti della legalità*, cit., 68 ss. e da ultimo Id., *La legalità amministrativa, altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 96.

<sup>60</sup> Così A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di Sabino Cassese, vol. II, 2° edizione, Giuffrè, Milano, 1036 e s. L'A. sottolinea che «l'articolazione di un procedimento secondo uno schema predeterminato comporta che il soggetto che esercita il potere pubblico debba rispettare un nutrito numero di regole, formali e sostanziali, e motivare le ragioni che l'hanno spinto ad adottare una determinata soluzione. In tal senso il soggetto che è destinatario degli effetti dell'attività amministrativa rinviene, nel corpo di regole di azione, una serie di strumenti di tutela procedimen-



## lo scorporo dei servizi accessori

un procedimento amministrativo che nel caso concreto si qualifica come composito<sup>61</sup> in quanto consta non di uno bensì di un concerto di regolatori nazionali e comunitari<sup>62</sup> e che prevede diverse forme di partecipazione. Gli stessi sono così sottoposti alla *judicial review* del giudice amministrativo.

Ciò che li contraddistingue è che rappresentano atti amministrativi predeterminati da norme europee o da norme nazionali recettive di prescrizioni europee ed emanati da un'autorità amministrativa indipendente qualificata come «ente autarchico della Comunità europea<sup>63</sup>», che trae origine da un'attribuzione di potere comunitaria<sup>64</sup>.

Anche nell'Ue vige il principio di legalità, inteso quale sottoposizione dell'amministrazione al diritto in generale, e non specificatamente alla legge, quale principio centrale e primigenio dell'ordinamento<sup>65</sup>. Discende dalla necessaria condizione che l'attribuzione della titolarità di un potere autoritativo ad un organo amministrativo sia esterna e preventiva<sup>66</sup> ed implica che l'attività amministrativa debba sempre trovare una base giuridica nei Trattati e nel diritto derivato. E nonostante la verifica del rispetto della regola di diritto sia passata più spesso attraverso il controllo sulla competenza e sulle regole di procedura<sup>67</sup>, non va ignorato che la necessaria conseguenza del principio di legalità è proprio rappresentata dalla tipicità dell'esercizio del potere amministrativo, in tutti gli ordinamenti occidentali così come

tale». Ne consegue che il procedimento amministrativo, quale modalità tipica di svolgimento dell'attività amministrativa, può rappresentare uno strumento di tutela degli amministrati tanto per sistema amministrativo italiano che per quello europeo.

<sup>61</sup> Al riguardo L. Saltari, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 389.

<sup>62</sup> Si richiama S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, cit. A tal proposito G. della Cananea sottolinea che «tra i diversi regolatori è stata creata ben più di una semplice "rete". Le Autorità nazionali di regolazione sono, infatti, incluse in un'organizzazione comune, istituita e retta dalle norme europee» (G. della Cananea, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Giacinto della Cananea, Torino, Giappichelli, 2005, 12). Quest'ultima affermazione ci tornerà utile per lo sviluppo delle argomentazioni che seguono.

<sup>63</sup> F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti*, cit., 75 s.

<sup>64</sup> Per tali aspetti l'Agcom può essere considerata un esempio di amministrazione nazionale che agisce in funzione comunitaria quale parte del composito ordinamento amministrativo europeo. Al riguardo si veda L. Saltari, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, in *Saggi di diritto amministrativo. Collana diretta da Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>65</sup> Cfr. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, 428 ss.

<sup>66</sup> Cfr. N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, 226.

<sup>67</sup> In tal senso G. della Cananea e C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 86 ss.

nell'Ue<sup>68</sup>. Tipizzare in una norma il possibile contenuto dell'atto, esercizio di un potere, equivale a individuare il tipo di sacrificio imponibile all'amministrato per mezzo dell'esercizio di quello stesso potere: ciò si rende necessario allorché una norma introduce una deroga alla posizione di libertà ed autonomia dei consociati, valore molto caro al nostro così come all'ordinamento comunitario<sup>69</sup>; o, come nel caso specifico, assegna ad una autorità amministrativa il potere di derogarvi sostituendo proprie determinazioni a negozi privati. Anche dal legislatore comunitario ci si aspetta quindi che individui con sufficiente precisione l'estensione dell'attribuzione e le categorie soggettive ed oggettive che possono essere coinvolte nell'esercizio del potere, così come, nel caso in cui la disposizione comunitaria non sia *self-executing*, che non lasci un eccessivo spazio di manovra all'organo che dovrà provvedere all'attuazione delle stesse<sup>70</sup>.

E difatti, attraverso le direttive comunitarie, l'Unione europea ha inteso realizzare proprio la cosiddetta «tipicizzazione amministrativa», correlata al conseguente effetto omogeneizzante del diritto applicato dalle singole amministrazioni<sup>71</sup>. La previsione di un *numerus clausus* di rimedi va interpretata come la volontà di circoscrivere gli ampi poteri discrezionali delle Anr, le quali detengono la libertà di determinare quando ricorrano i presupposti per imporre gli obblighi *ex ante*, quali applicare e come renderli effettivamente praticabili<sup>72</sup>, in carenza di un potere di veto vincolante nelle mani della C.s.sione. Oltre ad essere il frutto di un intento armonizzante ed uniformante<sup>73</sup> con riguardo alle regolazioni presenti nei diversi Stati membri.

Alla luce di ciò è possibile presumere che un provvedimento dell'Ag-

<sup>68</sup> Lo sottolinea F. Merusi, *Sentieri ininterrotti della legalità*, cit., 30.

<sup>69</sup> Così N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 155 e 226.

<sup>70</sup> *Ivi*, 227 s.

<sup>71</sup> Cfr. Merusi, *Sentieri ininterrotti della legalità*, cit., 14. L'A. attribuisce a G.D. Romagnosi il merito di essere stato tra i primi a rinvenire nella necessaria tipicità dell'esercizio del potere il fondamento del diritto amministrativo (F. Merusi, *Sentieri ininterrotti della legalità*, cit., p. 28 s.). Si veda anche ID., *La legalità amministrativa*, cit., 96.

<sup>72</sup> Cfr. L.G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche*, cit., 578. La libertà a cui si fa riferimento va esercitata, in ogni caso, nel rispetto del principio di proporzionalità. In tal senso G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina comunitaria sulle comunicazioni elettroniche*, in *Il Dir. Un. Eur.*, 2009, 175, il quale precisa che «il regolatore deve dimostrare che le misure *ex ante* sono necessarie, per accertata insufficienza della disciplina antitrust, e non sono eccessive, e cioè non vanno al di là dell'obiettivo perseguito».

<sup>73</sup> Le direttive nascono come strumenti di armonizzazione delle discipline nazionali. Tuttavia si è sempre più frequentemente fatto uso di direttive talmente dettagliate da lasciare un ridottissimo margine di discrezionalità agli Stati membri nel recepirle.

## lo scorporo dei servizi accessori

com che contempra l'imposizione di un rimedio atipico, eccedendo le attribuzioni operate dalle norme europee così come trasposte nel nostro ordinamento, risulti invalido al pari di un qualsiasi altro atto amministrativo adottato in violazione dei limiti imposti dal precetto normativo nazionale attributivo del potere: in questo caso specifico i vincoli cui deve sottostare l'attività amministrativa derivano però da un diritto ultrastatale<sup>74</sup>.

Concludendo, la tipizzazione, essenza della legalità amministrativa, e la procedimentalizzazione, nella sua forma composita e partecipativa, rappresentano gli antidoti elaborati dal legislatore comunitario contro l'uso arbitrario della discrezionalità concessa all'Agcom dalle direttive di seconda generazione<sup>75</sup> e la disomogeneità della regolazione nel mercato europeo delle comunicazioni elettroniche. Al tempo stesso costituiscono forme di tutela dei privati nei confronti degli amministratori propri del sistema amministrativo italiano<sup>76</sup>. Stupisce quindi che il legislatore nazionale non ne abbia tenuto conto nella predisposizione della norma sotto esame, determinando l'illegittimità nazionale e l'illegalità comunitaria dell'atto amministrativo che ne conseguirebbe.

### 7. Verso la separazione strutturale della rete

L'art. 47, c. 2-*quater* impone ad Agcom di individuare le misure idonee a consentire l'offerta disaggregata dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete fissa e ai servizi accessori. La norma ha sempre corso il rischio di essere disattesa per incompatibilità con l'ordinamento comunitario. Tant'è vero che lo stesso legislatore nazionale decide di tornare sui suoi passi: con l. 6 agosto 2013, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (Legge europea 2013)", il suddetto obbligo diviene per l'Agcom una mera facoltà<sup>77</sup>. Si è voluto in tal

<sup>74</sup> Da ultimo su questo tema M. Macchia, *La legalità amministrativa e la violazione dei diritti non statali*, in *Saggi di diritto amministrativo. Collana diretta da Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>75</sup> Lo rileva L. Saltari, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, cit.

<sup>76</sup> Il rispetto delle garanzie poste a tutela degli amministrati diviene ancor più importante quando ad esercitare un potere autoritativo siano le autorità amministrative indipendenti, gravate dall'accusa di non possedere una legittimazione sufficiente a giustificare l'esercizio di ampi poteri, specie se normativi, in grado di incidere sui diritti di proprietà ed impresa.

<sup>77</sup> «Al fine di favorire le azioni di cui al comma 1 e al fine di garantire la massima concorrenzialità nel mercato delle telecomunicazioni, in linea con quanto previsto dall'articolo

modo interrompere la procedura di infrazione avviata dalla Commissione prima della fase contenziosa dinanzi alla Corte di Giustizia.

Di contro, il contenuto delle misure adottabili dall'Autorità permane intatto, così come i dubbi sulla legittimità di un rimedio atipico: di fatto esse opererebbero uno scorporo (orizzontale) dei servizi ausiliari dagli altri servizi connessi all'affitto della rete, nel quadro degli obblighi imposti a Telecom Italia affinché conceda agli operatori alternativi un accesso equo e non discriminatorio agli elementi essenziali della rete. L'ex monopolista verticalmente integrato è infatti colui il quale gestisce la rete, possedendone il pieno controllo, e contemporaneamente fornisce servizi agli utenti finali. Operando sia a valle che a monte, l'*incumbent* è incentivato a mettere in atto comportamenti anticoncorrenziali orientati a negare o ritardare l'accesso o a praticare condizioni economiche o tecniche di fatto conducenti al medesimo risultato. Ne sono un tipico esempio le pratiche abusive del *margin squeeze* o del *price squeeze*<sup>78</sup>. Di contro i concorrenti, in mancanza di reti alternative, sono obbligati a ricorrere ai servizi di affitto all'ingrosso dell'ultimo miglio e sopportano il rischio di essere discriminati in particolar modo nella fase di accesso alla rete. Ma la regolazione dell'accesso, nonostante i rigorosi obblighi a carico degli operatori con significativo potere di mercato, non sembra aver rappresentato un sufficiente deterrente rispetto alle condotte abusive di Telecom Italia<sup>79</sup>. Ricordiamo in proposito i comportamenti di TI concernenti le offerte commerciali alla clientela *business* e la gara Con-

34, comma 3, lettera g), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, secondo le procedure previste dalla direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, individua le misure idonee a» è sostituito da «Al fine di favorire le azioni di cui al comma 1, in accordo con i principi, gli obiettivi e le procedure definite dal quadro normativo europeo in materia di comunicazioni elettroniche, come recepito nell'ordinamento nazionale dal codice di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può considerare di adottare le misure volte a».

<sup>78</sup> Esempi di comportamenti abusivi, tipici del settore delle telecomunicazioni, sono infatti il cosiddetto *margin squeeze*, che consiste nel comprimere i margini di profitto dei concorrenti praticando un prezzo a monte talmente alto da non permettere ai concorrenti di realizzare alcun margine di profitto nel mercato a valle, e il *price squeeze*, che perviene al medesimo risultato fissando un prezzo troppo basso nel mercato a valle rispetto al prezzo dell'input. Utilizzati a volte come sinonimi, altre volte considerate pratiche distinte ma combinabili, si tratta in entrambi i casi di comportamenti volti a ridurre la pressione competitiva a favore dell'operatore verticalmente integrato che opera sia a valle che a monte.

<sup>79</sup> Cfr. F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, cit., 160.

## lo scorporo dei servizi accessori

sip 2002 che nel 2004 hanno provocato all'*incumbent* l'irrogazione di una sanzione da parte dell'Agcm<sup>80</sup>. Ma in particolare ci riferiamo all'abuso di posizione dominante, accertato e sanzionato lo scorso maggio dall'Agcm<sup>81</sup>, attuato nell'ambito della fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso alla rete locale e a banda larga attraverso due distinti comportamenti che hanno avuto l'effetto di ostacolare l'espansione dei concorrenti nei rispettivi mercati *retail*: opporre ai concorrenti un numero ingiustificatamente alto di rifiuti di attivazione dei servizi all'ingrosso (KO)<sup>82</sup>; attuare una politica di sconto alla clientela *business* per il servizio di accesso al dettaglio alla rete telefonica fissa tale da non consentire ai concorrenti, a parità di efficienza, di operare sul medesimo mercato in condizioni redditizie e in modo duraturo.

Ci si dovrebbe chiedere allora se la separazione delle attività di gestione della rete da quelle relative all'erogazione dei servizi, attraverso la cosiddetta separazione strutturale, non possa costituire un'efficace e più efficiente misura alternativa agli interventi orientati ad attuare una ulteriore articolazione della disaggregazione dei servizi d'accesso alla rete locale, meno intrusiva nei confronti del libero mercato e in grado di garantire una autentica parità di accesso.

Lo scorporo (verticale) della rete può condurre a diversi livelli di disarticolazione dell'integrazione verticale e della *governance* dell'ex monopolista<sup>83</sup>.

Un primo grado di separazione può essere individuato nella separazione contabile (*accounting separation*) e trova una sua definizione all'art. 11 della direttiva accesso.

Un secondo grado di disaggregazione può essere implementato attraverso la separazione funzionale (*operational separation*), ovvero l'attribuzione della gestione e fornitura dei servizi ad una divisione nata *ad hoc* ma facente capo allo stesso *incumbent*. Ciò può avvenire sulla base di un impegno vo-

<sup>80</sup> Agcm, delibera 16 novembre 2004. Ampliamente sul caso L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 555.

<sup>81</sup> Con delibera 9 maggio 2013.

<sup>82</sup> Al fine di fornire servizi finali alla clientela gli operatori alternativi inviano ordini di lavoro a Telecom per l'attivazione dei necessari servizi all'ingrosso (c.d. processo di *delivery*). Nell'ambito della fornitura di servizi da accesso, gli ordini di lavoro possono avere un esito positivo, consentendo quindi che l'OLO eroghi il servizio all'utente finale, o un esito negativo, dando luogo ad un c.d. K.O. (o scarto) (Agcm, delibera 9 maggio 2013, 20).

<sup>83</sup> Cfr. M. Cave, *Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation*, in *Communications & strategies*, 2006, 89.

Vedi anche Astrid, *Le telecomunicazioni: problemi di concorrenza e di sviluppo*, novembre 2008, 21 ss. [www.igitalia.it/doc/315.pdf](http://www.igitalia.it/doc/315.pdf).

lontario dell'ex monopolista o imposta quale *remedy* dall'Agcom<sup>84</sup>. La divisione possiederebbe un'indipendenza strategica e di giudizio dalle altre unità societarie e, operando con una contabilità separata, assicurerebbe una maggiore correttezza e trasparenza nella definizione dei prezzi.

Un terzo modello consiste nella separazione strutturale (*structural separation*), societaria o proprietaria. La prima fattispecie comporta la costituzione di una società separata per la rete d'accesso che può essere a controllo totale o maggioritario dell'*incumbent*. Auspicabile sarebbe comunque la partecipazione di altri azionisti minoritari, in specie altri operatori o un operatore specializzato di rete, per assicurare un controllo effettivo sulle politiche e gli investimenti. Viceversa un controllo totale da parte dell'ex monopolista inficerebbe i benefici della separazione della rete, comportando per di più i costi dello scorporo dell'*asset* societario. La separazione proprietaria, esempio del più alto grado di separazione della rete dai servizi, prevede invece la nascita di una società di rete gestita in esclusiva da uno o più operatori di rete senza che l'ex monopolista sia azionista di riferimento o socio maggioritario.

Illuminati dall'esperienza inglese di Ofcom, l'Agcom ha imposto a Telecom Italia con una delibera del 2005 di attuare una separazione contabile per le attività di gestione della rete ed erogazione di servizi e nel 2008 l'ex monopolista ha intrapreso la strada della separazione funzionale<sup>85</sup> presentando una proposta di impegni che, a seguito di consultazione pubblica e dopo essere stata modificata più volte nel corso dello stesso anno, è stata approvata dall'Agcom con delibera n. 718/2008/CONS<sup>86</sup>. Telecom Italia ha pertanto istituito una nuova funzione aziendale denominata *Open Access* il cui compito principale risiede nella gestione, pianificazione, sviluppo e razionalizzazione della rete di accesso. È stato altresì creato un organismo di vigilanza incaricato di vegliare sulla corretta attuazione degli impegni e un comitato OTA per risolvere le controversie tecnico-operative sull'accesso alla rete<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> La separazione funzionale è stata introdotta quale *remedy* dalla direttiva 2009/140/Ce.

<sup>85</sup> Alcune brevi considerazioni sui benefici e le criticità insite nel modello italiano di separazione funzionale sono svolte da A. Nucciarelli e B.M. Sadowsky, *The Italian way to functional separation: An assessment of background and criticalities*, in *Telecommunications policy*, 2010, 384. Sull'adozione del modello della separazione funzionale nei vari paesi dell'Unione europea si veda T. Tropina, J. Whalley e P. Curwen, *Functional separation within the European Union: Debates and challenges*, in *Telematics and Informatics*, 2010, 231.

<sup>86</sup> Sugli impegni di TI si veda il *paper* di M. Orofino, *Gli impegni presentati da Telecom (ed accettati dall'Agcom) tra parità di accesso alla rete fissa e sviluppo di reti di nuova generazione*, in Astrid-online, 2009. [www.astrid-online.it/Regolazione1/.../Orofino\\_Impegni-Telecom.pdf](http://www.astrid-online.it/Regolazione1/.../Orofino_Impegni-Telecom.pdf).

<sup>87</sup> Completa il quadro il comitato NGN Italia con funzioni consultive con riguardo agli aspetti tecnici, organizzativi ed economici connessi alla transizione alle reti NGN.

## lo scorporo dei servizi accessori

Tuttavia la scelta della soluzione funzionale non è priva di inconvenienti e rischi<sup>88</sup>: può non rappresentare la soluzione migliore per ogni contesto; non assicura l'aumento degli investimenti né l'incentivazione dello sviluppo infrastrutturale; può far nascere dubbi sulla capacità del nascente *board* di accedere ai dati necessari per la definizione e il controllo dei prezzi dei servizi; rischia di avere l'effetto di far acquisire nuove quote di mercato all'ex monopolista per l'allentamento degli obblighi regolamentari; non dà sufficiente garanzia che la divisione non operi a favore dell'*incumbent*.

Di contro bisogna tener presente che la rete è l'*asset* principale di un'azienda totalmente privatizzata e che la separazione societaria o proprietaria non può che arrivare a seguito di una negoziazione tra Telecom Italia e l'Agcom<sup>89</sup>.

A tal proposito l'art. 13 ter della direttiva accesso, in tema di separazione volontaria da parte di un'impresa verticalmente integrata, prevede che le imprese che siano state designate come aventi significativo potere di mercato in uno o più mercati rilevanti informano anticipatamente e tempestivamente l'Autorità nazionale di regolamentazione al fine di consentire alla stessa di valutare l'effetto dell'auspicata transazione, quando intendono trasferire le loro attività nelle reti di accesso locale, o una parte significativa di queste, a un soggetto giuridico separato sotto controllo di terzi o qualora intendano istituire un'entità commerciale separata per fornire a tutti i fornitori al dettaglio, comprese le sue divisioni *retail*, prodotti di accesso perfettamente equivalenti. Le imprese informano inoltre l'Autorità in merito ad eventuali cambiamenti di tale intenzione, nonché del risultato finale del processo di separazione. Questa valuta l'effetto della transazione prevista sugli obblighi normativi esistenti e, sulla base di tale valutazione, impone, mantiene, modifica o revoca obblighi conformemente alla procedura prevista agli articoli 6 e 7 della direttiva quadro. L'entità commerciale separata dal punto di vista giuridico e/o operativo può essere anch'essa soggetta ad obblighi ai sensi degli articoli da 9 a 13 con riferimento ad ogni mercato specifico nel quale l'entità disponga di un significativo potere di mercato oppure ad un qualsiasi altro obbligo autorizzato dalla Commissione conformemente all'art. 8 par 3. La scelta di effettuare lo scorporo della rete rimane pertanto nelle mani dell'*incumbent* e l'Agcom è legittimata ad intervenire solo a seguito di una comunicazione ufficiale.

Nel caso di Telecom Italia sarebbero l'indebitamento derivante dalla

<sup>88</sup> Sui possibili difetti della soluzione funzionale si veda Astrid, *Le telecomunicazioni: problemi di concorrenza e di sviluppo*, cit., 23 s.

<sup>89</sup> *Ivi*, 30.

privatizzazione e dai successivi passaggi di proprietà<sup>90</sup> e la spinta verso lo sviluppo delle reti di nuova generazione le ragioni che hanno costretto l'ex monopolista a prendere in seria considerazione la proposta, intervenuta da più fronti, sulla costituzione di una apposita società a cui attribuire l'asset della rete nella quale Telecom sarebbe azionista insieme ad altri investitori, quali ad esempio la Cdp. In particolare, in un dossier risalente al 2012<sup>91</sup>, TI sembrerebbe aver valutato le opportunità, in termini di riduzione del debito e di alleggerimento degli obblighi regolamentari, derivanti dalla costituzione di una *newco*, qualificata come operatore di accesso *wholesales* su rete fissa (OPAC), attraverso tre diversi percorsi societari: lo scorporo e il conferimento del ramo d'azienda ad una nuova società controllata interamente dall'*incumbent*; la scissione proporzionale; la cessione del ramo d'azienda ad altra società di cui TI può eventualmente acquisire una quota post cessione.

Di recente TI aveva poi annunciato di voler procedere allo societarizzazione della rete, facendo confluire nella nuova società le attività e le risorse relative allo sviluppo e alla gestione della rete di accesso passiva, sia in rame che in fibra, e della componente attiva della fibra rappresentata da OLT (*Optical Line Termination*) e *Cabinet* e garantendo a tutti gli operatori (Telecom e *Other Licenses Operators*-OLO) l'accesso alla rete secondo il modello dell'*Equivalence of Imput*<sup>92</sup>. Di tale proposito avrebbe dato debita comunicazione all'Agcom.

Da ultimo, le modifiche intervenute nell'assetto azionario dell'ex monopolista, con Telefonica divenuta azionista di maggioranza di Telco<sup>93</sup>, hanno generato un notevole grado di incertezza sulla concretizzazione dello scorporo della rete e sui tempi di realizzazione, che potrebbero rivelarsi eccessivamente lunghi<sup>94</sup>. Nonostante ciò, sia l'Agcom che il presidente dimis-

<sup>90</sup> Sulle vicende che, fino alle recenti modifiche, hanno segnato l'articolazione proprietaria di TI si veda C. Cambini, A. Giannaccari, *Il matrimonio Telecom-Telefonica, tra reti alternative e scenari di separazione*, in *MCR*, 2007, 277.

<sup>91</sup> [http://danielelepidi.blog.ilsole24ore.com/i-bastioni-di-orione//files/scorporo-rete-telecom\\_sole24ore.pdf](http://danielelepidi.blog.ilsole24ore.com/i-bastioni-di-orione//files/scorporo-rete-telecom_sole24ore.pdf).

<sup>92</sup> Telecom Italia, *CDA approva il progetto di societarizzazione delle reti di accesso*, comunicato stampa del 30/05/2013. [www.telecomitalia.com/tit/it/archivio/media/comunicati-stampa/telecom-italia/corporate/economico-finanziario/2013/05-30a.html](http://www.telecomitalia.com/tit/it/archivio/media/comunicati-stampa/telecom-italia/corporate/economico-finanziario/2013/05-30a.html).

<sup>93</sup> In seguito all'accordo raggiunto nella notte del 23 settembre da Generali, Mediobanca, Intesa Sanpaolo e Telefonica, quest'ultima ha raggiunto il 66% delle quote azionarie di Telco, la holding che detenendo il 22,4% delle azioni di Telecom di fatto controlla l'impresa di telecomunicazioni.

<sup>94</sup> All'annuncio della volontà di attuare la societarizzazione della rete di accesso era già seguito, poco più di un mese dopo, un comunicato stampa con cui il Cda dichiarava il «congelamento» del progetto subordinandone l'implementazione ad una verifica circa la coerenza



## lo scorporo dei servizi accessori

sionario di TI Franco Bernabè sono stati concordi nel ribadire l'importanza di portar avanti il progetto: la separazione strutturale potrebbe dunque rappresentare il prossimo scenario. Prevedibile conseguenza sarebbe la diminuzione dei vincoli regolatori imposti all'*incumbent*.

Alla luce di ciò è possibile concludere che la cosiddetta disaggregazione dei servizi di accesso alla rete fissa ai sensi dell'articolo 47, c. 2 -*uater*, tanto più se illegittima, sembrerebbe destinata a divenire un rimedio ad esaurimento. D'altronde la regolazione andrebbe intesa quale strumento transitorio per pervenire ad un mercato concorrenziale non sorretto da alcuna misura regolamentare<sup>95</sup>.

### 8. Regolazione, concorrenza, separazione.

L'emendamento governativo al decreto «Semplifica Italia» persegue il meritevole fine dell'incentivare la concorrenza nel mercato dei servizi di accesso all'ingrosso, riducendo il potere economico dell'*incumbent* in un ambito, quello dei servizi ausiliari, in cui lo stesso non garantisce l'efficienza.

L'Agcom, da parte sua, avrebbe avuto a disposizione strumenti sufficienti per contrastare l'inefficienza di TI nel provvedere ai servizi accessori, primo dei quali l'approvazione del listino di interconnessione. Ma non ha agito.

Allora, anziché l'intervento del Governo, sarebbe stata probabilmente più opportuna un'iniziativa dell'Antitrust, preliminare all'esordio del mer-

dei contenuti e del percorso regolatorio intrapreso dall'Agcom con i recenti provvedimenti di approvazione del listino dei prezzi *wholesale* per l'anno 2013. [www.telecomitalia.com/tit/it/archivio/media/comunicati-stampa/telecom-italia/corporate/economico-finanziario/2013/07-15.html](http://www.telecomitalia.com/tit/it/archivio/media/comunicati-stampa/telecom-italia/corporate/economico-finanziario/2013/07-15.html)

<sup>95</sup> Lo ricorda M. Libertini, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 207. A tale proposito è possibile richiamare l'approccio del *Ladder of investment*, elaborato da M. Cave, che prevede la concessione dell'accesso alle infrastrutture dell'*incumbent* ai nuovi operatori attraverso obblighi ad intensità via via decrescente e per un periodo limitato, ovvero fino a quando questi ultimi non si siano conquistati una posizione nel mercato che gli consenta di investire nella realizzazione di proprie reti scalando gradatamente la cosiddetta scala degli investimenti (mediante ad esempio delle *sunset clauses*). Cfr. M. Cave, *Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment*, in *Telecommunication policy*, 2006, 223. In effetti l'analisi sulla effettiva concorrenzialità del mercato effettuata dall'Anr, sulla base degli orientamenti della Commissione, preliminare all'imposizione di obblighi regolamentari, sembra avere la funzione di una *sunset clause*. Cfr. M. Siragusa e S. Ciullo, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni e il rapporti con il diritto della concorrenza*, cit., 532-533. C'è chi vede infatti nel *fine-tuning* della regolazione una migliore soluzione rispetto ai rimedi strutturali e alla totale rimozione dei vincoli *ex ante*. Cfr. J.C. Laguna De Paz, *What to keep and what to change in European electronic communications policy?*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1951.

cato dei servizi ausiliari<sup>96</sup>, volta a verificare che non vi sia stato un accordo tra l'*incumbent* e le imprese terze, o semplicemente fra queste ultime, a cui lo stesso domanda, esternalizzando, la fornitura dei servizi di manutenzione e di attivazione delle linee, finalizzato al mantenimento di tariffe particolarmente alte, in violazione dell'art. 101 Tfue. O ancora che Telecom non individui tali imprese tra quelle che, controllate dalla stessa, mantengono alti i costi di tali servizi, qualificando un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 Tfue. L'intervento dell'Agcm si è dimostrato tante volte essere compensativo dell'inefficienza della regolazione *ex ante*<sup>97</sup>, che lasciando un seppur ridotto margine di manovra alle imprese verticalmente integrate, non può evitare l'ipotesi di condotte distorsive della libera concorrenza.

Inoltre, ciò che si è appena sostenuto in relazione alla regolazione di settore può ripetersi in merito al tentativo di realizzare la separazione funzionale: quest'ultima si è rivelata una misura insufficiente ad escludere comportamenti anticoncorrenziali da parte dell'*incumbent*.

A conferma di quanto detto è infatti intervenuta la già menzionata decisione dell'Agcm di sanzionare Telecom Italia spa per abuso di posizione dominante, ex art. 102 Tfue, nonostante gli stretti vincoli derivanti dagli obblighi regolamentari a cui era sottoposta<sup>98</sup> e a dispetto della creazione di un'apposita divisione, *Open Access*, incaricata della gestione delle risorse di rete, nonché di un organo di vigilanza *ad hoc*.

Alle accuse mosse nei suoi confronti l'*incumbent* avrebbe opposto la tesi

<sup>96</sup> Un intervento dell'Antitrust in tal senso si è avuto solo in seguito alla liberalizzazione del mercato dei servizi tecnici accessori all'accesso alle rete fissa prevista dall'art. 47 c. 2 quater. In particolare, con il procedimento 1761, l'Agcm ha avviato un'istruttoria al fine di verificare se vi sia una stabile intesa tra le imprese fornitrici del servizio di manutenzione sulla rete di TI configurabile quale intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 Tfue. Secondo la stessa infatti «la presenza di un numero ridotto di imprese che attualmente offrono tali servizi a Telecom Italia, infatti, potrebbe aver favorito il raggiungimento e il mantenimento di una intesa, facilitando la comunicazione tra imprese, determinando il coordinamento dei prezzi e facilitando il monitoraggio dei comportamenti».

<sup>97</sup> Sull'interazione tra regolazione e diritto antitrust con specifico riferimento alla tematica dell'accesso si veda L. Saltari, *Accesso ed interconnessione*, cit., 160 ss. A proposito dell'effetto compensativo del secondo nei confronti della prima risulta emblematico il citato caso Telecom del 2004, per cui si è rinviato a L. Saltari, *L'interazione tra il diritto antitrust e la regolazione nelle comunicazioni elettroniche*, cit., 555.

<sup>98</sup> L'Agcm con delibera n. 314/09/CONS ha effettuato l'ultima analisi dei mercati individuando TI come operatore avente significativo potere di mercato in tutti i mercati rilevanti. Pertanto, con delibera 731/09/CONS, le ha imposto una serie di obblighi relativi ai i) servizi di accesso fisico all'ingrosso, ii) servizi di accesso virtuale all'ingrosso in banda larga (*bistream*), iii) servizi di accesso all'ingrosso al servizio di vendita del canone (*Wholesale Line Retail - WLR*) e iv) servizi di accesso al dettaglio per clienti residenziali e non residenziali.

## lo scorporo dei servizi accessori

per cui la presenza di una regolazione pervasiva relativa alle condotte investigate non giustificherebbe l'intervento dell'Antitrust, sottolineando come, in particolar modo con riferimento alla prima fattispecie di condotte anti-concorrenziali, i processi di *provisioning* e le condizioni di fornitura dei servizi di accesso all'ingrosso si sarebbero realizzate nell'ambito del modello di separazione funzionale fondato sul principio della *equivalence of output*, il quale assicurerebbe l'equivalenza dei risultati finali dei processi di fornitura in termini di parità di trattamento tra gli OLO e le divisioni *retail* di Telecom<sup>99</sup>.

L'Agcm, di contro, ha innanzitutto rammentato che i rapporti tra la disciplina antitrust e la regolazione settoriale non si configurano in termini di esclusione, bensì di complementarietà. Infatti le due discipline perseguono finalità solo in parte coincidenti: mentre la regolazione settoriale interviene *ex ante* a definire un quadro di regole ispirate al principio della concorrenza e compatibili con il mercato, l'intervento antitrust si colloca nella fase a valle, essendo volto a verificare *ex post* l'eventuale illiceità dei comportamenti che, seppur conformi alla regolazione, si dimostrano tuttavia idonei a generare effetti anti competitivi. E ciò perché le regole lasciano inevitabilmente un ambito di discrezionalità nella loro applicazione e non coprono, com'è ovvio che sia, fin nel minimo dettaglio le condotte degli operatori con significativo potere di mercato. Pertanto i due strumenti, insieme, garantiscono una completa tutela del mercato.

L'Agcom, nell'ambito del parere espresso nel medesimo procedimento, ha poi qualificato l'assetto organizzativo di Telecom ed il sistema di *equivalence* come specificazioni degli obblighi di non discriminazione che per loro natura non possono eliminare la possibilità che si verificino comportamenti restrittivi della concorrenza<sup>100</sup>. L'efficacia di un siffatto modello è fortemente dipendente dall'implementazione dell'organizzazione e della costruzione di regole e processi effettivamente in grado di garantire la parità di accesso<sup>101</sup>. In sostanza la separazione funzionale, al pari degli altri strumenti di regolazione *ex ante*, si configura come un assetto dove permane una facoltà di autodeterminazione tale da consentire a Telecom scelte organizzative e gestionali autonome idonee a generare eventuali effetti anticoncorrenziali<sup>102</sup>. Nel caso concreto, infatti, l'eccessivo livello di KO risulterebbe il frutto dell'ampia libertà che TI continua a detenere nel definire il

<sup>99</sup> Agcm, delibera 9 maggio 2013, 86.

<sup>100</sup> *Ivi*, 112.

<sup>101</sup> *Ivi*, 104.

<sup>102</sup> *Ivi*, 113.

*design* delle strutture organizzative, dei sistemi e dei processi utilizzati per il processo di *provisioning*<sup>103</sup>, nonostante la stessa operi in un contesto fortemente regolamentato nell'ambito del quale si svolge un'accurata attività di controllo e vigilanza svolta dall'Organo di Vigilanza con espresso riferimento al monitoraggio degli impegni *Open Access*<sup>104</sup>.

Dunque va effettuata un'ultima considerazione: un effettivo mercato concorrenziale delle comunicazioni elettroniche potrà forse realizzarsi solo se all'annunciato impegno dell'ex monopolista seguirà la realizzazione dell'autentica separazione strutturale della rete. La separazione societaria sembrerebbe la migliore soluzione prospettabile<sup>105</sup>. I benefici che ne deriverebbero potrebbero andare a vantaggio di tutti gli attori in gioco: Telecom alligierirà la propria situazione debitoria; agli OLO sarà garantito un accesso non-discriminatorio all'infrastruttura; gli utenti finali gioveranno di un mercato più competitivo e con prezzi *retail* più bassi; potrà realizzarsi un consistente investimento a favore dello sviluppo delle reti di nuova generazione.

Su quest'ultimo punto è il caso di soffermarsi in quanto la realizzazione di reti di nuova generazione rappresenta non soltanto il fulcro dell'attuale politica di sviluppo del settore delle telecomunicazioni in tutta l'Europa ma soprattutto una concreta opportunità di rilancio dell'economia nazionale<sup>106</sup>.

La realizzazione di una rete in fibra ottica capillarmente diffusa in tutto il territorio nazionale, in sostituzione della tradizionale rete in rame, ri-

<sup>103</sup> L'Autorità giunge alla conclusione che i processi di fornitura dei servizi all'ingrosso utilizzati per soddisfare le richieste di Telecom e degli OLO sono stati caratterizzati da differenze sotto il profilo strutturale ed organizzativo che hanno generato una disparità di trattamento nell'accesso alla rete. In particolare mentre le divisioni commerciali di Telecom interagivano direttamente con *Open Access*, gli operatori alternativi interagivano con la funzione aziendale *National Wholesale Services* (NWS), che, occupandosi della gestione commerciale e contrattuale dei contratti di accesso ed interconnessione stipulati con gli OLO e di attività e verifiche gestionali in relazione agli ordinativi di lavoro inviati dagli stessi, operava come interfaccia tra gli OLO e *Open Access*. L'intermediazione di NWS introduce per gli OLO fasi di controllo diverse ed ulteriori rispetto a quelle a cui sono sottoposti gli ordinativi delle direzioni commerciali di Telecom ed aumenta la probabilità che agli ordinativi degli OLO vengano opposti rifiuti di attivazione, per cause formali e gestionali. (Cfr. Agcm, delibera 9 maggio 2013, 130)

<sup>104</sup> *Ivi*, 142.

<sup>105</sup> Tale è stato il tema del convegno, organizzato dall'Istituto per la competitività, «*In principio è la rete. Scorpo del network, rilancio degli investimenti e competitività dell'Italia in Europa*», tenutosi il 23 settembre 2013, Roma.

<sup>106</sup> Cfr. Cassa depositi e prestiti, Banda Larga e Reti di Nuova Generazione, agosto 2012, studio di settore. [www.cassaddpp.it/static/upload/ban/banda-larga-e-reti-di-nuova-generazione.pdf](http://www.cassaddpp.it/static/upload/ban/banda-larga-e-reti-di-nuova-generazione.pdf).

## lo scorporo dei servizi accessori

chiede il reperimento di ingenti risorse. L'Italia, condizionata dal rispetto delle norme sugli aiuti di stati e gravata da un pressante debito pubblico nonché da stretti vincoli di bilancio, non è in grado di programmare un consistente intervento pubblico volto allo sviluppo delle reti di nuova generazione mediante risorse di bilancio<sup>107</sup>.

Come è avvenuto nel Regno Unito, si potrebbe optare per il finanziamento dell'infrastruttura *Next Generation Networking* (NGN) da parte dell'*incumbent* il quale, proprietario della rete, potrebbe assicurare una graduale migrazione dal rame alla fibra. Negli anni Novanta Telecom Italia è stato uno dei primi ad investire in NGN presentando il «progetto Socrate» che è stato abbandonato per gli alti costi. Attualmente la società prevede di coprire con la fibra ottica il 25% della popolazione e circa sei milioni di unità immobiliari entro il 2014<sup>108</sup>.

Imporre stringenti obblighi di accesso nel mercato della banda larga (o in quello della banda ultralarga) rischierebbe di dissuadere l'*incumbent* dall'investire in nuove reti ad alta tecnologia, ma anche di scoraggiare gli investimenti degli operatori alternativi che riterrebbero più conveniente ricorrere all'affitto delle porzioni di linea necessarie per operare nel mercato *retail*. All'opposto, se si riducessero i suddetti obblighi, in assenza di rimedi strutturali, l'*incumbent* sarebbe incentivato ad investire, ma al contempo sarebbe spinto ad agire strategicamente per impedire l'accesso di nuovi entranti nei mercati nascenti. Il ricorso alla separazione strutturale della rete, ad esempio attraverso la creazione di una distinta società a partecipazione pubblica-privata, potrebbe invece avere il merito di consentire l'ingaggio dei capitali necessari allo sviluppo delle infrastrutture innovative di rete, con il conseguente superamento del *digital divide* e indubbi risvolti positivi sulla crescita delle attività economiche, migliorando l'efficienza delle imprese, la produttività e favorendo l'occupazione. Al contempo eviterebbe forse il riproporsi delle problematiche relative all'accesso per le reti di nuova generazione.

In definitiva risulta evidente il ruolo cruciale che l'*Information e Communication Technology* (ICT) può avere nella crescita duratura e sostenibile dei paesi dell'Ue<sup>109</sup>. Aniché guardare ancora alla rete in rame<sup>110</sup>, sarebbe per-

<sup>107</sup> Come è avvenuto ad esempio in Giappone e in Sud Corea. (Cassa depositi e prestiti, *Banda Larga e Reti di Nuova Generazione, cit.*, 78).

<sup>108</sup> *Ivi*, 79.

<sup>109</sup> Si veda al riguardo Commissione europea, *Un'agenda digitale europea*, comunicazione 2010/245, Bruxelles, 26/08/2010.

<sup>110</sup> S. Mannoni sottolinea che «la struttura tecnologica condiziona fortemente la sovrastruttura normativa molto più di quanto la seconda possa influenzare la prima» e che «gli obblighi concepiti all'interno di un mondo rame non sono suscettibili di attecchire con al-

tanto più opportuno che il governo favorisca, con gli strumenti di cui dispone<sup>111</sup>, l'accelerazione del processo di diffusione della rete in fibra.

## 9. Conclusione

L'emendamento governativo al decreto «Semplifica Italia» sembrerebbe operare lo scorporo di singole attività dal canone di affitto della linea attraverso l'invasione delle competenze dell'Agcom e la previsione di un *remedy* non contemplato dalla disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche. In aggiunta, esso parrebbe aggirare i controlli che la C.sione europea e il Berec esercitano sulle misure delle Anr impositive di obblighi *ex ante* agli operatori con significativo potere di mercato.

Introdotta con l'intento di promuovere la concorrenza in un ambito in cui Telecom si dimostra inefficiente, quella dei servizi accessori, mina il principio di *primauté* del diritto dell'Unione europea. Il giudice di Lussemburgo potrebbe trovarsi a dover bilanciare in sede di ricorso per inadempimento il principio della supremazia del diritto comunitario con quello della tutela della concorrenza e del libero mercato. I giudici nazionali, in veste di giudici comuni del diritto dell'Unione europea, sarebbero tenuti a disapplicare la norma<sup>112</sup>, così come la pubblica amministrazione.

trettanta facilità in un mondo fibra». (S. Mannoni, *Regolare la rete di accesso: dal rame alla fibra*, cit., 77).

<sup>111</sup> Le misure nazionali a sostegno delle reti di nuova generazione possono costituire aiuti di stato ai sensi degli art. 107 e ss. del Tfu ed essere incompatibili con il mercato unico se: a) l'aiuto è concesso dallo Stato o mediante risorse statali; b) il vantaggio procurato opera a favore soltanto di una o di alcune imprese o produzioni nazionali; c) il beneficiario gode di un vantaggio competitivo in grado di falsare o minacciare la libera concorrenza; d) la misura incida negativamente sugli scambi tra Stati membri. Sarà la C.sione europea che valuterà *ex ante* la compatibilità delle misure nazionali, sulle quali incombe un obbligo di notifica, con le norme sugli aiuti di Stato. Gli aiuti pubblici a sostegno della Banda larga di Base sono considerati sempre compatibili nelle zone a fallimento di mercato in cui le infrastrutture sono inesistenti e non si prevede verranno realizzate nell'arco di un triennio. Analogamente le misure a sostegno dello sviluppo di reti NGA in aree in cui l'infrastruttura a Banda larga di Base è inesistente o dove gli operatori considerano poco redditizio lo sviluppo di reti NGA nell'arco di un triennio sono ritenute compatibili con le regole UE sugli aiuti di stato. Cfr. C.sione europea, *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, comunicazione 2009/C235/04, 30/09/2009.

<sup>112</sup> Potendo in ogni caso interrogare la Corte di Giustizia sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea, qualora sorga un dubbio in tal senso nel corso di un procedimento pendente dinanzi ad essi.

## lo scorporo dei servizi accessori

Pur ipotizzando un intervento tardivo dell'Agcom, il provvedimento da questi adottato risulterebbe invalido per violazione delle norme sovranazionali attributive del potere di emanare un simile atto.

Il legislatore pertanto trasforma in facoltà il dovere di adozione delle misure da questi suggerite da parte dell'Autorità. Ciò non elimina le perplessità sulla legittimità dell'adozione di un rimedio atipico del Regolatore nazionale, tanto che derivi da una libera scelta, quanto che sia il frutto di un obbligo legale.

Ci si chiede allora in che altro modo si sarebbe potuto intervenire, data l'inerzia del regolatore o l'insufficienza della sua azione, qualora ci si sia effettivamente trovati di fronte ad una condotta abusiva dell'*incumbent* nell'ambito in questione. Ed è certamente la tutela antitrust che tante volte ha assolto una funzione compensativa della regolazione imperfetta o catturata; ed è lei che recentemente è intervenuta sanzionando l'operatore verticalmente per aver posto in essere comportamenti anticoncorrenziali nonostante gli stringenti vincoli regolamentari e l'adozione di un modello di disarticolazione verticale basato sul principio dell'*equivalence of output*.

Si può concludere sostenendo che, se è vero che in diverse occasioni l'integrazione tra regolazione e diritto antitrust ha assicurato l'efficienza e l'effettiva concorrenzialità del mercato delle telecomunicazioni, la necessità del ricorso a frequenti interventi correttivi *ex post* potrebbe venir meno qualora si decidesse di procedere con l'adozione di un rimedio strutturale che disponga la separazione delle attività di gestione della rete da quelle di erogazione dei servizi. Ciò comporterebbe inevitabili costi<sup>113</sup> e richiederebbe tempi di realizzazione abbastanza lunghi, ma avrebbe il merito di consentire un accesso non discriminatorio a tutti gli operatori di rete, un allentamento dei vincoli regolatori e l'incentivazione dello sviluppo delle reti di nuova generazione. Sarebbe inoltre il primo caso di autentica separazione strutturale in Europa, ponendo il Paese in una inconsueta posizione di avanguardia.

<sup>113</sup> Sui costi della realizzazione delle separazione strutturale in una impresa verticalmente integrata si vedano R.W. Crandall e J.G. Sidak, *Is structural separation of incumbent local exchange carriers necessary for competition?*, in *Yale Journal of regulation*, 2002, 335; R.W. Crandall, J.A. Eisenach e R.E. Litan, *Vertical separation of Telecommunications Networks: evidence from five countries*, in *Federal Communications Law Journal*, 2013, 493. P.W.J. De Bijl ritiene che una comparazione tra i costi e i benefici della separazione strutturale avrebbe un senso solo se si assumesse che il segmento dell'accesso abbia le caratteristiche di un persistente collo di bottiglia (Cfr. P.W.J. De Bijl, *Structural separation and access in telecommunications markets*, CESifo working paper n. 1154, 2005).

*Abstract*

*The Separation of Ancillary Services and The Structural Separation of The Telecommunications Network*

*Article 47 c. 2 quater of the decree law n. 5/2012, so-called “Semplifica Italia”, requires national regulatory authority for communication (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - Agcom) to identify the necessary measures to enable the local loop unbundling so that the ancillary services, such as maintenance and activation of line, are available by operators other than the incumbent operator Telecom Italia. In practice, the provision imposes the unbundling of ancillary services. This would be contrary to the European regulation on electronic communications for three reasons: first, only the national regulatory authority has competence to exercise ex ante regulatory powers; secondly, the unbundling of individual services is an atypical remedy; third, European controls on the imposition of ex ante obligations would have been evaded. The Commission has therefore decided to start the procedure of infringement. In this work we analyze the supposed conflict and the possible consequences. Furthermore, the rule is evaluated in the light of the announced structural separation of the network and in relation to the advent of the Next Generation Networks (NGN).*



ALFREDO MOLITERNI

## L’AFFIDAMENTO DELLE CONCESSIONI DI SERVIZI TRA PRINCIPI GENERALI E REGOLE DI DETTAGLIO

SOMMARIO: 1. L’incertezza del dato normativo in materia di concessioni di servizi tra diritto comunitario e diritto interno. – 2. Le caratteristiche strutturali e funzionali della concessione di servizi e la distinzione dall’appalto di servizi. – 3. La disciplina applicabile all’affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali, disposizioni puntuali e discrezionalità dell’amministrazione. – 4. (Segue): L’Adunanza plenaria n. 13/2013 e la distinzione tra “norme di principio o esplicative di principi generali” e “mere disposizioni”. – 5. Il problema di una disciplina giuridica “per principi”, tra integrazione giurisprudenziale del dato normativo ed esigenze di certezza del diritto. Le prospettive di riforma nella proposta di direttiva sull’affidamento delle concessioni.

### **1. L’incertezza del dato normativo in materia di concessioni di servizi tra diritto comunitario e diritto interno**

La disciplina applicabile alle concessioni di servizi ha sollevato e continua a sollevare molteplici profili di incertezza, tanto in sede di ricostruzione giurisprudenziale, quanto in sede di elaborazione dottrinarie. E infatti, alle tradizionali (e risalenti) problematiche che hanno accompagnato la definizione del regime giuridico applicabile ai rapporti concessori nel nostro ordinamento – e che si muovevano principalmente lungo la dialettica (e la contrapposizione) tra diritto pubblico e diritto privato<sup>1</sup> –, nell’ultimo de-

<sup>1</sup> Il problema della ricostruzione del regime giuridico delle concessioni amministrative è stato al centro di un importante dibattito nel secolo scorso, su cui rimangono fondamentali i contributi di O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, 7-83; pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 3-100, 315-372; pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ivi*, XIX, 1895, 3-107; *ivi*, XX, 255-337; *ivi*, XXI, 1896, 77-172, 350-379; *ivi*, XXII, 1896, 177-277 (ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, III, Napoli, Jovene, 1992, 35 ss.); U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss. (e poi *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, Roma, Foro Italiano, 1937, I, 360 ss.); F. Cammeo, *Le conces-*

cennio si sono affiancate anche le difficoltà interpretative connesse all’“interessamento” dell’ordinamento europeo per l’istituto concessorio<sup>2</sup>. Tale fenomeno di “attrazione” delle concessioni nella sfera sovranazionale, infatti,

*sioni per l’illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 473 ss.; L. Galateria, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1942; C. Vitta, *Concessioni*, in *Nss. D.I.*, III, 1959, 919 ss.; E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1961, 370 ss.; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965; M. D’Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981; M. D’Alberti, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Treccani, 1988; D. Sorace e C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989; più di recente, ma sempre in una prospettiva di ricostruzione storica dell’istituto, B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008. Peraltro, il problema della natura delle concessioni amministrative ha assunto un ruolo centrale nella stessa costruzione del “sistema a diritto amministrativo”, come sottolineato da B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509, essendosi venuto ad intrecciare con la teorica dell’atto amministrativo, con il dibattito sul contratto di diritto pubblico e, più in generale, con il tema della contrattualità amministrativa, come testimoniano i contributi di G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, A.R.E., 1931; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1936; C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, Cya, 1937; M.S. Giannini, *L’attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 26 ss.; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>2</sup> Con particolare riferimento alla trasformazione dell’istituto concessorio ad opera del diritto comunitario, si veda *Concessioni e concorrenza*, a cura di M. D’Alberti, Roma, Istituto poligrafico, 1998; F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 250 ss.; *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2007, e, *ivi*, E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, I, Torino, Utet, 2007, spec. 17 ss.; A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Plus, 2011; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. 161 ss. Con specifico riguardo all’istituto della concessione di servizi, F. Mastragostino, *Le concessioni di servizi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, I, Milano, Giuffrè, 2008, 97 ss.; B. Raganelli, *Le concessioni di lavori e servizi*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, II, Torino, Utet, 2007, 1006 ss.; G. Calderoni, *La “nuova” concessione di servizi*, in *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 213 ss. Sulla figura della concessione di pubblico servizio, anche a seguito della trasformazione della nozione di “servizio pubblico”, si veda *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano e V. Spagnuolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995; R. Cavallo Perin, *La struttura delle concessioni di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998; *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, Cedam, 1998; B. Mameli, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, Giuffrè, 1998; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n. 3-4, 1999, 381 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008, 106 ss.; da ultimo, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, n. 4, 567 ss.

## I'affidamento delle concessioni di servizi

ha determinato una (inevitabile) “tensione” tra l’affermazione delle competenze e dei vincoli comunitari in materia di tutela della concorrenza, da un lato, e la difesa delle irrinunciabili prerogative statali in materia di politiche pubbliche di rilevanza sociale (da sempre connesse all’utilizzo di tale strumento), dall’altro<sup>3</sup>.

In questa prospettiva, lo stesso intervento normativo di matrice comunitaria – che ha condotto all’introduzione della prima disciplina generale in materia di rapporti concessori nell’ordinamento nazionale<sup>4</sup> – non è parso in grado di risolvere le principali problematiche connesse alla definizione della disciplina alle concessioni di servizi, avuto riguardo tanto alla fase di affidamento del rapporto, quanto alla fase di gestione ed esecuzione dello stesso.

E infatti, le direttive comunitarie n. 17/2004 e n. 18/2004 si sono preoccupate essenzialmente di introdurre – in linea con un consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria<sup>5</sup> e sulla scia di quanto già previ-

<sup>3</sup> Sull’incidenza della disciplina della concorrenza sull’istituto concessorio, si veda A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, spec. 389 ss., il quale evidenzia che «l’intima natura della concessione delinea fenomeni di immediata rilevanza per il corretto funzionamento dei mercati», posto che «sia l’attribuzione patrimoniale operata dall’amministrazione a favore del privato, sia la disciplina dell’attività imprenditoriale possono determinare, in assenza di idonee cautele, un’alterazione del regime di concorrenza» (p. 390). In una prospettiva non dissimile, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., spec. 154 ss. In chiave critica rispetto all’utilizzo di un concetto eccessivamente estensivo di “concorrenza”, tale da includere, non solo le regole poste a presidio della concorrenza tra le imprese, ma anche le modalità di regolazione pubblicitica delle attività economiche private, inclusa la disciplina di affidamento degli appalti e delle concessioni, si veda, invece, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell’Unione e nella Costituzione (all’indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2012, n. 5, 723 ss., e, da ultimo, Id., *Il “principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 1-2, 15 ss.

<sup>4</sup> Come è noto, infatti, per circa un secolo nessuna legge si era preoccupata di definire cosa fosse una concessione, né di dettare regole generali applicabili a tale istituto, sicché la ricostruzione era stata affidata soprattutto all’opera della giurisprudenza e della dottrina (su cui, ampiamente, M. D’Alberty, *Le concessioni amministrative*, cit.). Singole disposizioni normative si preoccupavano di definire solo alcuni aspetti di specifiche ipotesi concessorie, quali le concessioni di lavori o talune concessioni di beni, soprattutto relative a beni demaniali (è il caso ad esempio della concessione di beni demaniali marittimi disciplinata dagli artt. 36–48 del Codice della navigazione; o delle concessioni aeroportuali di cui all’art. 42 del Codice si regola il regime delle revoca; ovvero si pensi all’art. 704 del medesimo Codice che disciplina all’art. 704 il rilascio della concessione di gestione aeroportuale).

<sup>5</sup> Si veda, in particolare, C. giust. CE, 10 novembre 1998, in C-360/1998, in *Foro amm.*, 1999, 1675 e C. giust. CE, 10 aprile 2003, in C-20/01 e C-28/01.

sto a livello di *soft law* da una Comunicazione della Commissione<sup>6</sup> – una definizione di concessione di servizi comune a tutti i Paesi membri<sup>7</sup>. In particolare, la concessione di servizi – definita espressamente come “contratto” dallo stesso legislatore comunitario<sup>8</sup> – si sarebbe venuta a differenziare dall’appalto pubblico di servizi essenzialmente in ragione della diversa modalità di remunerazione del soggetto privato<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Si tratta della Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000.

<sup>7</sup> Essa viene infatti a costituire quel «contratto che presenta le *stesse caratteristiche* di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizio in tale diritto accompagnato da un prezzo»: così l’art. 1, par. 4, dir. 2004/18/Ce del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004).

<sup>8</sup> Sul punto, tuttavia, è stato sostenuto che il riferimento nominalistico al “contratto di concessione” lascerebbe impregiudicata la natura sostanziale del rapporto concessorio per come ricostruita nei singoli ordinamenti nazionali ai quali spetterebbe la competenza esclusiva nella disciplina dei servizi pubblici: così F. Fracchia, *Concessioni amministrative*, cit., 267 ss. il quale auspica una «una certa circospezione nell’esaltazione del dato letterale che da essa può essere estrapolato, atteso che, spesso, l’impiego di alcune formule letterali può derivare dalla preoccupazione del legislatore comunitario di utilizzare pragmaticamente una locuzione valida per tutti gli ordinamenti». In chiave critica rispetto alla possibilità di ricavare indicazioni sulla natura contrattuale o meno della concessione, posto che il diritto comunitario avrebbe voluto semplicemente assicurare la massima estensione dell’ambito di applicabilità della disciplina a tutela della concorrenza, si veda anche R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 2008, 106 ss. secondo cui «l’art. 3 del Codice dei contratti pubblici qualifica espressamente come contratto la concessione di servizi, ma il dato non pare in realtà significativo, sia perché (...) è dubbia l’identificazione di siffatta categoria con l’atto di affidamento di servizi pubblici, sia perché l’intendimento del legislatore comunitario era quello di tracciare un confine tra appalti e concessioni di servizi e non di fornire una nozione generale e di incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri». Per una maggiore apertura alla prospettiva “contrattualistica” accolta dalle direttive comunitarie, e confermata dal Codice dei contratti pubblici, si vedano, invece, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 154 ss. e R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 165 ss., il quale sottolinea che, con riguardo all’ordinamento italiano, la qualificazione contrattuale della concessione di servizi non pare neanche potersi limitare alla sola applicazione del Codice dei contratti pubblici, posto che il legislatore non ha inteso circoscrivere l’efficacia della qualificazione alle finalità del d.lgs. n. 163/2006. Sul punto, peraltro, va considerato che il legislatore comunitario e nazionale non solo ha definito espressamente la concessione come un «contratto», ma anche evidenziato che esso debba presentare le «stesse caratteristiche» del contratto di appalto di servizi: come si è avuto modo di sottolineare, le «stesse caratteristiche evocano necessariamente una coincidenza della connotazione strutturale e, quindi, del regime giuridico (contrattuale) del rapporto» (così), A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, cit., 579).

<sup>9</sup> Come sottolineato da A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 154 ss., la concessione di lavori e servizi «ormai in larghissima parte spogliata (...) dei suoi antichi con-

## L'affidamento delle concessioni di servizi

Tuttavia, al di là dell'importante introduzione di una nozione comune di concessione, la disciplina di riferimento è continuata a rimanere scarsamente formalizzata, soprattutto se paragonata a quella propria degli appalti pubblici.

Il legislatore comunitario, infatti, dopo aver precisato che la direttiva non trova applicazione alle concessioni di servizi<sup>10</sup>, si è limitato ad affermare che il concessionario di servizio pubblico, titolare di diritti esclusivi o speciali, è tenuto al rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità per l'affidamento degli appalti di forniture da lui stesso conclusi con terzi<sup>11</sup>. Ma nulla è stato precisato riguardo alle modalità con cui la stessa concessione di servizi deve essere affidata o gestita nella relativa fase di esecuzione. In sostanza, l'ordinamento comunitario sembra far salva al massimo grado l'autonomia degli Stati membri nel delineare la disciplina applicabile a tali rapporti, limitandosi ad introdurre una nozione comune di concessione.

In sede di recepimento della direttiva, il legislatore italiano – dopo aver accolto integralmente la definizione “contrattuale” di «concessione di servizi» – ha tentato di specificare maggiormente le regole applicabili ai fini dell'affidamento di tali rapporti. In particolare, l'art. 30, c. 3, del Codice dei contratti pubblici ha previsto che la scelta del concessionario debba avvenire «nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo ricono-

notati autoritativi, è pressoché integralmente acquisita, in forza dell'impulso decisivo proveniente dal diritto sovranazionale, all'area della contrattualità pubblica come forma di partenariato pubblico-privato contrattualizzato (...), ove il rischio derivante dalla gestione del lavoro o del servizio (...) è assunto come connotato differenziante la concessione medesima dall'appalto». Nella stessa prospettiva, V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 38 secondo i quali il diritto positivo vigente offre l'indicazione di due tipologie di operazioni contrattuali utilizzabili dall'amministrazione (lo schema dell'appalto e della concessione), la cui differenza va rilevata solo nella diversa «sostanza economica dell'operazione». Sul tema si veda anche, R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 161 ss.; F. Mastragostino, *Le concessioni di servizi*, cit., 97 ss.; B. Raganelli, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., 1006 ss.; G. Calderoni, *La “nuova” concessione di servizi*, cit., 213 ss.; e, con riferimento al quadro normativo antecedente alle direttive del 2004, G. Greco, *Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, cit., 9.

<sup>10</sup> Si veda l'art. 17, dir. n. 18/2004, secondo cui, «fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4».

<sup>11</sup> Dir. n. 18/2004, art. 3.

scimento, proporzionalità». A tal fine, il legislatore nazionale ha imposto l'espletamento di una gara informale con necessaria predeterminazione dei criteri selettivi, alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti, qualora, naturalmente, sussista un tale numero di soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione. Infine, si è prevista l'applicazione delle regole concernenti il contezioso in materia di appalti pubblici (parte IV del Codice) e, in quanto compatibile, anche dell'art. 143, c. 7, del Codice, concernente la presentazione di un piano economico-finanziario<sup>12</sup>.

In definitiva, anche a livello interno, ci troviamo dinanzi ad una disciplina a "maglie larghe" che si fonda sul mero richiamo ai «principi desumibili dal Trattato» nonché ai «principi generali relativi ai contratti pubblici», senza dettare regole specifiche in ordine alla fase dell'affidamento o di esecuzione del rapporto. Viene soltanto precisato che l'affidamento della concessione deve avvenire mediante una gara, seppure «informale», la quale sia stata preceduta dalla predeterminazione dei criteri selettivi. Proprio l'obbligo di espletamento della gara costituisce una diretta declinazione dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento espressamente richiamati dal legislatore. Naturalmente, il legislatore si preoccupa di fissare uno "standard minimo" di tutela di tali principi, ben potendosi prevedere, come espressamente sancito al c. 4, discipline specifiche che assicurino «forme più ampie di tutela della concorrenza».

Tale ultimo comma evidenzia chiaramente che, anche per l'ordinamento italiano, la disciplina della concessione, ancorché scarsamente formalizzata, è inserita in una chiara logica «pro-concorrenziale»<sup>13</sup>. Proprio que-

<sup>12</sup> Art. 143, c. 7: «L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo». Sull'importanza di tale rinvio, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 157.

<sup>13</sup> In senso critico rispetto ad una nozione "ampia" di concorrenza tale da ricomprendere, attraverso la prospettiva "pro-concorrenziale", anche la normativa sulle procedure ad evidenza pubblica, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza*, cit., 723 ss., la quale invece sostiene che l'apertura dei mercati in tali settori non ha per obiettivo l'applicazione delle «regole di concorrenza in senso proprio», ma semmai «la garanzia della non discriminazione delle imprese secondo la nazionalità (art. 12), del diritto di stabilimento (art. 43) e della libertà di prestazione dei servizi (art. 49)». Mette in luce, invece, l'incidenza della "disciplina della concorrenza" non solo sull'autonomia dei privati ma anche sulla regolazione dei mercati, con particolare riferimento all'attività contrattuale dell'amministrazione, A. Lalli, *Disciplina della concorrenza*, cit., spec., 398 ss., secondo cui «i presupposti di applicazione della disciplina sugli appalti e la logica interpretativa elaborata dalla Corte di giustizia si fondano

## I'affidamento delle concessioni di servizi

sto elemento contribuisce a far “recedere” quella che è sempre stata una delle principali caratteristiche del provvedimento concessorio, e cioè l'essere espressione di un potere discrezionale dell'amministrazione in sede di scelta del soggetto privato cui affidare, in chiave fiduciaria, la missione di pubblico interesse<sup>14</sup>. E infatti, in un'ottica di massima apertura del mercato interno, là dove è in gioco l'attribuzione di un vantaggio competitivo potenzialmente lesivo del libero gioco concorrenziale non vi è – né vi può essere – spazio per scelte meramente discrezionali da parte dei pubblici poteri<sup>15</sup>. Tale profilo, accentuando una più netta separazione tra la fase preliminare di affidamento (avente una funzione di evidenza pubblica) e quella più marcata-mente negoziale di regolazione degli obblighi e dei diritti assunti dalle parti<sup>16</sup>, contribuisce ad avvicinare, almeno da questo punto di vista, la disciplina delle concessioni di servizi a quella degli appalti di servizi, pur rimanendo distinta la *ratio* dell'operazione economica sottesa ai due istituti<sup>17</sup>.

sul principio di concorrenza, che definisce l'ambito di applicazione delle regole: in generale i pubblici poteri sono considerati come potenzialmente in grado di ostacolare il funzionamento del mercato con comportamenti protezionistici e, per tale ragione, essi sono posti sotto una speciale tutela».

<sup>14</sup> Sul punto, chiaramente, M. D'Alberti, *Introduzione*, in *Concessioni e concorrenza*, a cura di M. D'Alberti, cit., 15, il quale evidenziava che il «modo più diffuso» per pervenire alla scelta del concessionario da parte dei pubblici poteri fosse «senza dubbio, nella legislazione e nella prassi, quello fondato su di un'ampia discrezionalità amministrativa». A conferma di ciò, la stessa giurisprudenza amministrativa ha continuato a sottolineare il fatto che in sede di costituzione del rapporto l'amministrazione fosse tenuta a ponderare e bilanciare numerosi interessi pubblici e privati: Tar Lazio, sez. III, 19 marzo 1987, n. 331, in *Tar*, 1987, I, 1273, in materia di concessione di autolinee.

<sup>15</sup> Come evidenziato da M. D'Alberti, *Introduzione*, cit., 15, dall'utilizzo dello strumento concessorio «fondato su di un'ampia discrezionalità amministrativa» possono derivare «alcune rilevanti distorsioni del gioco della concorrenza», sia sotto il profilo dell'accesso al mercato, sia per quanto attiene allo svolgimento dell'attività d'impresa. In generale, sulla tendenza alla riduzione della discrezionalità amministrativa come tratto caratteristico dell'attuale fase di regolazione pubblica dei mercati, si veda M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, spec. 99 ss.

<sup>16</sup> Come già evidenziato da M. D'Alberti, *Concessioni amministrative*, cit., 5, l'atto di concessione lungi dal rivestire valenza costitutiva di un rapporto essenzialmente paritario svolge una funzione strumentale e servente di «evidenza pubblica».

<sup>17</sup> In questo senso, chiaramente, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 153 s., secondo cui, con riguardo alle concessioni, «la multipolarità propria dello spazio del mercato qui viene presa in diretta considerazione *ex ante* e *sub specie* della relazione triangolare amministrazione committente-imprenditori candidati alla gestione dell'opera o del servizio-utenti fruitori delle utilità rese dall'una o dall'altro allo scopo di tipizzare la fattispecie, senza che ciò impedisca che questa a sua volta venga tendenzialmente assimilata alla bipolarità della

## 2. Le caratteristiche strutturali e funzionali della concessione di servizi e la distinzione dall'appalto di servizi

Come si è anticipato, nonostante il processo di progressivo “interessamento” del diritto comunitario per le concessioni di servizi – che ha contribuito ad attenuare alcune delle caratteristiche tradizionali connesse all'utilizzo dello strumento concessorio nell'ordinamento interno – permangono ancora delle differenze significative tra questo istituto e l'appalto di servizi. Si tratta di differenze che attengono sia alla struttura, sia alla “funzione economica” del rapporto e che, per quel che si dirà nel successivo paragrafo, incidono fortemente anche sulla specifica disciplina applicabile con riguardo alla fase di evidenza pubblica.

Per quanto attiene al primo profilo, va evidenziato che la giurisprudenza – dopo aver contribuito nel secolo scorso ad edificare la figura della concessione amministrativa e, in particolare, della “concessione-contratto”<sup>18</sup> – è oggi continuamente chiamata a precisare le caratteristiche strutturali e funzionali della concessione di servizi, soprattutto al fine di stabilire quando un dato rapporto economico sia da ricondurre all'appalto di servizi e quando, invece, alla concessione di servizi.

In primo luogo, sembra ormai essere stato pienamente accolto, anche a livello interno, l'indirizzo che ricostruisce la concessione di servizi come quel contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura consiste unicamente nel diritto di gestire e di sfruttare economicamente il servizio<sup>19</sup>.

relazione committente-appaltatore, al fine di sottoporre l'intera vicenda dell'attività contrattuale riferita a tali prestazioni ad un regime che, sia nelle procedure di affidamento che nell'esecuzione del contratto concluso, è sì in parte diverso da quello dell'appalto (...), ma che poi ritrova elementi di ricomposizione unitaria nella comune sottoposizione ai principi fondamentali della disciplina contrattuale pubblica quali dettati dal diritto sovranazionale a salvaguardia e sostegno della concorrenza ‘per’ il mercato». Sottolinea la progressiva sottoposizione alle concessioni delle regole di concorsualità, R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 163. Sull'importanza dell'estensione delle procedure ad evidenza pubblica nel processo di progressiva “contrattualizzazione” del rapporto concessorio con riferimento ai lavori pubblici, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Le procedure di affidamento delle concessioni di lavori* (art. 145), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini e S.Vinti, Torino, Utet, 2014 (in corso di pubblicazione).

<sup>18</sup> Su cui M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 175 ss.

<sup>19</sup> Sul punto si veda, ad esempio, Tar Liguria, Genova, sez. II, 21 gennaio 2009, n. 81, ove si sottolinea la presenza, nelle concessioni, di un «oggetto» che presenta le «stesse caratteristiche dell'appalto» («affinché si possa ritenere di essere in presenza di una concessione di servizi ciò che conta è che l'oggetto presenti le stesse caratteristiche di un appalto pubblico



## L'affidamento delle concessioni di servizi

Sia la giurisprudenza amministrativa che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) individuano, infatti, il tratto distintivo dell'istituto concessorio essenzialmente nella particolare modalità di remunerazione dell'operatore privato<sup>20</sup>.

Proprio in virtù di tale ricostruzione, l'interprete è chiamato a verificare la sussistenza di una «concreta» ed effettiva assunzione del rischio di gestione da parte del privato<sup>21</sup>. Nella concessione di servizi, infatti, il rischio della gestione economica (inteso come esposizione all'alea del mercato) sarebbe interamente o prevalentemente a carico del privato che assume su di sé il pericolo dell'insuccesso economico dell'operazione e dell'eventuale

di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura del servizio consiste unicamente nel diritto di gestirlo, ex art. 3 comma 12 del d.lgs. n. 163/2006»).

<sup>20</sup> In giurisprudenza, si veda *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, secondo cui «è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi». Si è parlato, in questa prospettiva, di «contratto *simile* all'appalto, fatta eccezione per il corrispettivo che consiste nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo» (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689). Nello stesso senso, si veda AVCP, deliberazione 8 maggio 2013, n. 22, con riguardo ad un servizio di refezione scolastica.

<sup>21</sup> Sull'elemento del "rischio", Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, secondo cui «si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume in *concreto* i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione» (enfasi aggiunta). Come ha altresì precisato Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 maggio 2012, n. 2014, «si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione, mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi». L'elemento dell'effettiva presenza del rischio è anche al centro della ricostruzione della Corte di Giustizia che, ad esempio, non ha mancato di qualificare come appalti di servizi le convenzioni pubbliche relative al trattamento di rifiuti urbani e stipulate tra le imprese aggiudicatrici e il Commissario governativo Straordinario per l'emergenza rifiuti in Sicilia, in virtù di un'attenta analisi del sistema di remunerazione: «le modalità di remunerazione previste dalle convenzioni controverse non rientrano nel diritto di gestire i servizi, né implicano l'assunzione, da parte dell'operatore, del rischio legato a tale gestione. Sulla base della disciplina negoziale, l'operatore risulta infatti remunerato mediante una tariffa fissa conferitagli per tonnellata di rifiuti. Il Commissario delegato, inoltre, s'impegna a far sì che tutti i comuni interessati conferiscano all'operatore l'integralità della loro frazione residua di rifiuti in modo che un quantitativo annuo minimo di rifiuti sia ad esso conferito. Le convenzioni prevedono inoltre l'adeguamento dell'importo della tariffa nell'ipotesi in cui la quantità annua effettiva di rifiuti conferiti sia minore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla quantità minima garantita» (così C. giust. CE, sez. II, 18 luglio 2007, in C-382/05).

mancata remunerazione del capitale investito<sup>22</sup>. In particolare, per quanto concerne la definizione di «rischio», anche a livello interno è stato recepito l'orientamento comunitario che limita tale ipotesi ai soli casi in cui ricorra una effettiva esposizione dell'impresa all'alea di mercato, escludendo, quindi, le situazioni in cui il rischio derivi da una cattiva gestione o da errori di valutazione da parte dell'operatore economico<sup>23</sup>. In definitiva, proprio tale elemento conferma il fatto che il *proprium* dello strumento concessorio non pare più essere legato alla delega o al trasferimento di poteri pubblicistici, con conseguente effetto accrescitivo della sfera giuridica del privato<sup>24</sup>, bensì

<sup>22</sup> Sul concetto di rischio nella ricostruzione della concessione, si veda chiaramente già C. giust. CE, sez. I13 ottobre 2005, in C-458/03, in dottrina, A. Massera, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, cit., 76 secondo cui l'elemento distintivo della concessione risiederebbe ormai nel «profilo della allocazione del rischio della gestione il cui diritto viene contrattualmente assegnato all'impresa» e quindi nel «rischio derivante dagli andamenti della domanda di prestazione di servizio generata dal mercato, a sua volta correlato alla capacità dell'impresa stessa di avvantaggiarsi delle opportunità che le consente un mercato così regolato».

<sup>23</sup> Sul punto, si veda, *ex multis*, C. giust. UE, sez. III, 10 marzo 2011, in C-274/09, la quale ha chiaramente precisato che il rischio «deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio. Al contrario, 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 essi sono insiti in qualsiasi contratto». Naturalmente il trasferimento del rischio può anche non essere totale, come ha chiarito C. giust. CE, sez. II, 10 novembre 2011, in C-348/10, secondo cui «anche se il rischio economico legato alla gestione può essere, "ab origine", considerevolmente ridotto a causa della configurazione di diritto pubblico applicabile all'organizzazione del servizio, ai fini della qualificazione come concessione di servizi è necessario, tuttavia, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre». In dottrina, R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 115, ha messo in luce che l'alea che caratterizza la concessione «è qualcosa di più e di diverso rispetto alla normale alea dell'imprenditore che, per conseguire l'utile sperato deve saper organizzare in modo adeguato i propri mezzi di produzione e rientrare nelle previsioni economiche che ha formulato in sede di offerta...».

<sup>24</sup> Secondo la ricostruzione di G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, II, pt. 3, Milano, Società Editrice Libreria, 1935, 41 ss.: l'idea del trasferimento, tuttavia, è stata talvolta richiamata in alcune isolate pronunce nazionali (emblematica la ricostruzione che si ritrova ancora in Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294) e comunitarie (si veda in particolare C. giust. CE, 26 aprile 1994, in C-272/1991, che individua il criterio distintivo tra appalto e concessione nel «trasferimento di poteri al concessionario», punto: 24).

## I'affidamento delle concessioni di servizi

ad un dato economico, ovvero il trasferimento del rischio imprenditoriale sul concessionario privato<sup>25</sup>.

Oltre al dato economico relativo alla particolare modalità di remunerazione e all'assunzione del rischio, la giurisprudenza, al fine di distinguere la concessione dall'appalto, fa solitamente riferimento – dal punto di vista strutturale – anche alla diversità del destinatario della prestazione oggetto di affidamento all'operatore privato: mentre, infatti, nella concessione di servizi la prestazione sarebbe rivolta al «pubblico», con ciò venendosi a configurare un rapporto trilaterale, nell'appalto la prestazione sarebbe rivolta all'amministrazione e il rapporto rimarrebbe essenzialmente bilaterale<sup>26</sup>.

Proprio in considerazione della diversa struttura (bilaterale o trilaterale) del rapporto, talvolta si sottolinea che, mentre il costo della prestazione nelle concessioni verrebbe generalmente a gravare sugli utenti, nell'appalto spetterebbe direttamente all'amministrazione<sup>27</sup>. Tale profilo, tuttavia, non ap-

<sup>25</sup> In questo senso, chiaramente, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., p. 76 ss. secondo cui non è tanto «il trasferimento di poteri ad essere determinante per la qualificazione della fattispecie», quanto il «fattore economico-finanziario» che caratterizza il rapporto. La centralità dell'analisi economica del rapporto, a discapito della tradizionale visione provvedimentale, trova conferma anche in giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377) ove si ricostruisce in chiave concessoria un contratto di tesoreria in considerazione del fatto che «le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato».

<sup>26</sup> Come precisato anche di recente, Tar Piemonte, Torino, sez. I, 19 dicembre 2012, n. 1365, «ai sensi dell'art. 30 comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e in linea con l'opinione interpretativa ormai consolidata, il criterio distintivo tra concessione di servizi ed appalto deve essere ricercato nel differente destinatario della prestazione e nella diversa allocazione del rischio di gestione del servizio; di conseguenza può parlarsi di concessione se il servizio è rivolto al pubblico, e non direttamente all'Amministrazione, e se, almeno per la parte prevalente, la remunerazione del concessionario deriva dalla gestione del servizio». In questa prospettiva, Cons. St., sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270, ha messo in luce che «l'appalto si distingue dalla concessione di servizi per il fatto che, nel primo, le prestazioni (di servizio, di fornitura o di lavori) sono rese in favore dell'amministrazione, mentre la seconda è caratterizzata dalla costituzione di un rapporto trilaterale, tra amministrazione, concessionario ed utenti». In definitiva – come è stato evidenziato anche di recente – «la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a favore dell'amministrazione, mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta agli utenti» (così Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13).

<sup>27</sup> In questo senso, Cons. St., V, n. 4270/2007, secondo cui «nella concessione di servizi

pare realmente caratterizzante il rapporto concessorio, posto che esso risulta assente con riguardo a determinate tipologie di concessione, come quella di illuminazione pubblica, ove l'utenza rimane destinataria della prestazione pur senza pagare direttamente la prestazione di cui beneficia<sup>28</sup>. E in ragione di ciò, ai fini della configurazione di un rapporto concessorio, è stata sostenuta «l'irrilevanza del fatto per cui, in ragione del godimento diffuso del servizio da parte della popolazione, il relativo costo è sostenuto dal Comune e non direttamente dagli utenti»<sup>29</sup>.

A ben vedere, proprio il problema dell'individuazione dei destinatari della prestazione erogata chiama in causa la (incerta) distinzione tra la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico<sup>30</sup>. Generalmente, infatti, il riferimento all'istituto della concessione di servizi di cui all'art. 30 del Codice sembra prescindere da un'indagine sulla specifica natura (pubblica o meno) del servizio oggetto di concessione<sup>31</sup>. Tuttavia, sempre più

il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nel corrispondente appalto l'obbligazione di compensare l'attività svolta dal privato grava a carico all'amministrazione». Sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333.

<sup>28</sup> Come è stato sottolineato, infatti, in tali casi sussiste una concessione anche in «assenza di un rapporto diretto con l'utenza, che, però, rimane destinataria diretta del servizio stesso, finalizzato a soddisfare in maniera diretta ed immediata un'esigenza della collettività e non una necessità del Comune in quanto ente» (così Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 2 agosto 2010, n. 2612).

<sup>29</sup> Così, ancora, Tar Lombardia, Brescia, II, n. 2612/2010. In una prospettiva non dissimile, con riguardo all'affidamento dell'attività di trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani, si veda Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294.

<sup>30</sup> Su cui, in dottrina, L. Bertozzi e R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, 1857, i quali sottolineano che la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico si porrebbero tra loro in un rapporto di *genus ad speciem* che ricalcherebbe la distinzione comunitaria tra i servizi di cui all'art. 57 TFUE e i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106 TFUE, posto che «vi sono concessioni di servizi che non si traducono in concessioni di pubblici servizi, non avendo ad oggetto servizi di interesse generale rivolti alla collettività». Nello stesso senso, C. Sgubin, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in *www.giustamm.it*, 2009, n. 6, secondo cui, mentre la concessione di pubblico servizio avrebbe ad oggetto solo la gestione di un servizio pubblico, la concessione di servizi riguarderebbe tutte le tipologie di servizi rivolti al pubblico. Sottolinea, invece, l'attenuazione della differenza tra i due istituti A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 77, anche in ragione del venir meno dell' "elemento finalistico" quale tratto distintivo dei diversi strumenti di cui si compone il panorama della contrattualistica pubblica. In una prospettiva non dissimile, sia consentito anche il rinvio a A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni*, cit., spec. 606 ss.

<sup>31</sup> Sull'irrilevanza della riconducibilità del servizio oggetto di affidamento alla nozione di "servizio pubblico", si veda Tar Liguria, Genova, sez. II, 21 gennaio 2009, n. 81, secondo

## L'affidamento delle concessioni di servizi

spesso il richiamo alla concessione di servizi sembra sottintendere, anche implicitamente, il riferimento alla tradizionale concessione di servizio pubblico: e ciò valorizzando proprio il fatto che i destinatari della prestazione sarebbero i cittadini-utenti, a differenza di quanto avviene nell'appalto<sup>32</sup>. In alcuni casi, tuttavia, la giurisprudenza ha tentato di introdurre un criterio distintivo tra la concessione di servizi e la concessione di servizio pubblico: ma anche in questo caso, il criterio, lungi dall'interessare la particolare tipologia di attività prestata, viene ad essere ridotto ad un dato economico, ovvero l'entità della "compensazione" a carico dell'amministrazione per l'erogazione del servizio<sup>33</sup>. Tuttavia, si tratta di una distinzione che non rileva ai

cui «laddove l'oggetto del rapporto in questione non sia limitato al conferimento degli spazi pubblici ove collocare i distributori automatici, ma comprenda specificamente la "gestione, in esclusiva, del servizio di distribuzione automatica di alimenti e bevande ed altri generi di conforto", si è in presenza di una concessione di servizi (segnatamente, del servizio contemplato dall'allegato II B al d.lgs. n. 163/2006, cat. n. 17, servizi alberghieri e di ristorazione), a nulla rilevando che il servizio in questione possa o meno definirsi "servizio pubblico" in ragione del destinatario finale della prestazione».

<sup>32</sup> A conferma di ciò, soprattutto con riguardo ai servizi degli enti locali, la giurisprudenza effettua generalmente una comparazione, per differenza, tra l'appalto pubblico e la concessione di servizio pubblico, lasciando implicitamente intendere che l'utilizzo della concessione riguardi sempre «una produzione di beni o attività rivolti a fini sociali e di promozione economica» (così AVCP, Parere di precontenzioso n. 212 del 31 luglio 2008, la quale, utilizzando tale criterio, esclude la riconduzione del «servizio di gestione calore degli edifici pubblici» alla fattispecie di cui all'art. 30 del Codice). E così, ad esempio, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 31 marzo 2008, n. 788, sottolinea che «allorché una società a capitale interamente pubblico partecipata da vari Comuni, concessionaria di uno di detti Comuni per il servizio integrato dei rifiuti, abbia indetto una gara a procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il servizio pluriennale di raccolta e trasporto di rifiuti urbani e assimilati nel predetto Comune ed eventualmente in altri comuni serviti dalla medesima società, non si tratta di una concessione di servizi pubblici (cui non si applicano le regole del "codice dei contratti pubblici", d.lgs. n. 163/2006, tranne che le disposizioni del medesimo art. 30) ma si versa in ipotesi di appalto di servizi disciplinato da detto codice, per via della fissazione nel bando del corrispettivo e del fatto che questo grava sulla stazione appaltante». Nello stesso senso, Tar Sicilia, Catania, sez. III, 18 febbraio 2009, n. 369, ha precisato che «mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore di una p.a., la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la p.a. nell'erogazione del servizio, ossia nello *svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo*» (corsivo aggiunto). In una prospettiva simile, Tar Lombardia, Brescia, I, n. 1689/2008, secondo cui «servizio pubblico e appalto pubblico di servizi sono attività strumentali all'erogazione di un servizio, con la differenza che nel primo caso la prestazione viene erogata direttamente all'utente, nel secondo si sviluppa un moto opposto poiché è l'Ente il primo beneficiario dell'attività economica svolta».

<sup>33</sup> È stato infatti precisato da Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 febbraio 2013, n. 1692, che

fini dell'applicazione del Codice dei contratti, posto che la definizione di cui all'art. 3, c. 12, prescinde dal fatto che il servizio prestato sia indivisibile e remunerato con il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione ovvero sia pagato direttamente dagli utenti mediante un corrispettivo<sup>34</sup>.

In ogni caso la distinzione tra la concessione di servizi e la concessione di servizi pubblico rimane incerta, come testimonia, peraltro, la varietà di fattispecie ricondotte dalla giurisprudenza all'art. 30 del Codice, che non sempre ineriscono ad un tradizionale servizio pubblico, rappresentando piuttosto dei servizi "offerta al pubblico"<sup>35</sup>. E così, facendo leva sui sopraindicati criteri sostanziali e funzionali di riferimento, sono state ricondotte allo schema della concessione di servizi le fattispecie contrattuali relative al servizio di riscossione dell'imposta comunale sulle pubblicità e dei diritti

si è dinanzi ad una concessione di servizio pubblico «quando il costo di questo grava esclusivamente sull'autorità concedente, di talché il concessionario non si remunera attraverso i proventi derivanti dalla gestione del servizio, ma spetta all'Amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato».

<sup>34</sup> In questo senso, Cons. St., sez.V, 5 dicembre 2008, n. 6049, secondo cui «ai sensi dell'art. 3, comma 12, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e della direttiva 2004/18/CE il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio è dato dall'assunzione del rischio legato alla gestione dello stesso, risultando irrilevante che sia indivisibile e remunerato con il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione anziché mediante un corrispettivo a carico degli utenti, e dalla circostanza che il corrispettivo non è versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, la quale anzi percepisce un canone da parte del concessionario, e dall'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale, coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti, mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante-appaltatore)».

<sup>35</sup> Sul punto si veda, in dottrina, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 75 ss., il quale sottolinea la progressiva assimilazione dei «servizi pubblici» in quanto servizi «per il pubblico»; con «servizi pubblici» in quanto servizi «per l'amministrazione», al punto che la distinzione rilevante opererebbe tra «appalto di servizi (comunque) pubblici e concessione di servizi (comunque) pubblici» (77). In questa prospettiva, appare emblematica della confusione terminologica che conduce a ricostruire dei «servizi per il pubblico» come «servizi pubblici», la vicenda dei c.d. «servizi aggiuntivi» di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). La deliberazione AVCP del 6 giugno 2010, n. 57, ad esempio, ha ricostruito tali servizi – tra cui ad esempio rientra il «servizio di guardaroba» – come «servizi pubblici», in quanto servizi «offerta al pubblico»: e infatti, secondo l'Autorità «l'ipotesi del "servizio pubblico" ricorre se la prestazione resa soddisfa in via immediata le esigenze degli utenti, costituendo, al contrario, "mero servizio" quello le cui prestazioni vengono effettuate direttamente a favore della stazione appaltante (cfr. *ex multis* TAR Liguria, sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39)». Sembrerebbe, quindi, che l'ipotesi della concessione di servizi dia necessariamente luogo all'affidamento di un servizio pubblico e si contrapporrebbe, da questo punto di vista, solo all'appalto di servizi che avrebbe ad oggetto meri servizi offerti all'amministrazione e, quindi, solo indirettamente alla collettività.

## **L'affidamento delle concessioni di servizi**

sulle pubbliche affissioni<sup>36</sup>; quelle afferenti il servizio di tesoreria comunale<sup>37</sup>; quelle aventi ad oggetto il servizio di distribuzione del gas<sup>38</sup> o il servizio di illuminazione pubblica comunali<sup>39</sup>; le attività di gestione di un complesso aeroportuale<sup>40</sup>; quelle concernenti l'installazione e la gestione presso i locali di scuole o università di alcuni distributori automatici di alimenti e be-

<sup>36</sup> Su cui, da ultimo, Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 363, con riferimento ad un rapporto in cui «l'aggiudicatario assume totalmente il rischio dell'iniziativa intrapresa e la sua remunerazione avviene attraverso la riscossione di un aggio percentuale calcolato sull'ammontare corrisposto dagli utenti». Si veda altresì Cons. St., VI, n. 3333/2006, secondo cui «la natura del contratto di affidamento di gestione di spazi pubblicitari non può essere ricondotta all'appalto, ma alla concessione di servizi, instaurandosi un rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario ed utenti, pertanto, dal momento che il concessionario agisce in luogo dell'amministrazione cedendo gli spazi a terzi, dietro compenso, e, nei confronti dell'amministrazione è tenuto al pagamento di un canone, è legittima tanto la scelta di quantificare il canone stesso secondo una componente costituita da un minimo garantito e da una parte variabile in rapporto al fatturato conseguito dal concessionario, quanto la scelta di commisurare i requisiti del fatturato a quello presumibile a seguito della commercializzazione degli spazi». Nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270.

<sup>37</sup> Rispetto al contratto di tesoreria la giurisprudenza sembra talvolta continuare a far riferimento anche al profilo tradizionale del trasferimento funzioni pubblicistiche al privato, consistenti principalmente nel maneggio di denaro pubblico, nel controllo sulla regolarità dei mandati di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti di bilancio. Si veda, ad esempio, Cons. St., sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, secondo cui «il contratto di tesoreria va qualificato in termini di rapporto concessorio (sub specie di concessione di servizi), e non di appalto di servizi, avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del t.u. com. prov., approvato con r.d. 3 marzo 1934 n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio». Nello stesso senso, da ultimo, Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 aprile 2013, n. 1902, il quale tuttavia sottolinea che, oltre a tale trasferimento, «le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del gestore di sfruttare la propria prestazione con assunzione del rischio legato alla relativa attività».

<sup>38</sup> Secondo Tar Molise, Campobasso, sez. I, 2 luglio 2008, n. 677, «l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano configura una concessione di servizi in considerazione del fatto che la controprestazione per la gestione del servizio non è rappresentata dal pagamento di un prezzo (sicché non è configurabile alcun contratto oneroso per l'ente committente), ma dal diritto di gestire la rete applicando direttamente agli utenti le tariffe imposte dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; ne discende che la normativa comunitaria e quella nazionale derivata in materia di affidamenti di appalti pubblici non può trovare applicazione, pur dovendo trovare applicazione i principi fondamentali del Trattato Ce».

<sup>39</sup> Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 2 agosto 2010, n. 2612, ha qualificato «come concessione di servizi e non appalto, il rapporto tra Enel Sole e Comune di Cologne, sorto nel 1977 sulla scorta di una convenzione standard che veniva in quei tempi stipulata con il monopolista del settore».

<sup>40</sup> Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 9 dicembre 2010, n. 824.

vande<sup>41</sup>, nonché quelle relative al servizio di refezione scolastica<sup>42</sup>; infine, in materia di beni culturali, i c.d. “servizi aggiuntivi” di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico<sup>43</sup>.

In definitiva, risulta evidente che l’istituto della concessione di servizi si atteggia sempre più come strumento “neutro” rispetto alla particolare natura della prestazione affidata al privato, la quale può consistere tanto in servizi pubblici quanto in servizi privati offerti al pubblico<sup>44</sup>. Con ciò trovando conferma la tesi che mette in luce la sempre minore rilevanza ricoperta dall’ “elemento finalistico” della prestazione al fine di distinguere la disciplina dei diversi rapporti contrattuali dell’amministrazione<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Secondo Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, «l’installazione e la gestione presso i locali di una Università degli studi di alcuni distributori automatici di alimenti e bevande è qualificabile non già come appalto di servizi, ma come concessione di servizi la quale come è noto viene definita come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». E ai fini di tale qualificazione secondo il Giudice «risultano dirimenti da un lato la circostanza per cui il rischio della gestione del servizio all’origine dei fatti di causa resta interamente in capo al soggetto affidatario, il quale oltretutto è anche tenuto a corrispondere un importo pecuniario piuttosto cospicuo in favore dell’Amministrazione, e dall’altro lato la circostanza che il servizio viene erogato non in favore della Università, ma della collettività di utenti universitari (studenti, docenti, personale)».

<sup>42</sup> Si veda AVCP, deliberazione n. 22/2013.

<sup>43</sup> Su cui Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12252, che ha distinto, nell’ambito dei servizi di cui all’art. 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, il servizio «di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico» (c. 2) dal servizio «di pulizia, vigilanza e biglietteria» (c. 3), posto che l’affidamento del primo tipo darebbe luogo «ad una concessione di servizio pubblico, il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestirli e sfruttarli economicamente, mentre il servizio di biglietteria costituirebbe normalmente un appalto di servizio pubblico, in quanto servizio reso all’Amministrazione dietro pagamento di una quota parte del prezzo del pagamento del biglietto».

<sup>44</sup> In senso contrario rispetto a tale prospettiva, F. Fracchia, *Concessioni amministrative*, cit., 260 il quale ritiene che la nozione codicistica di concessione di servizi non sembra riferibile anche ai servizi rivolti al pubblico. Sottolinea la necessaria “rilevanza pubblicistica” che porta con sé l’inerenza della concessione ad un servizio pubblico, in termini di potestà, responsabilità e diritti speciali, da ultimo, G. Calderoni, *La ‘nuova’ concessione di servizi*, cit., 268.

<sup>45</sup> Sul punto si veda, chiaramente, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 77 s., il quale, con riguardo alla distinzione tra appalto e concessione, evidenzia che, «una volta che è prevalso l’indirizzo volto a non porre al centro della distinzione della disciplina dei rapporti in questione l’elemento finalistico, e quindi per converso ad assimilare “servizi pubblici” in quanto servizi “per il pubblico” con “servizi pubblici” in quanto servizi “per l’amministrazione” (...), puntando piuttosto a differenziare il trattamento in relazione al-



### 3. La disciplina applicabile all'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali, disposizioni puntuali e discrezionalità dell'amministrazione

L'indagine sulla ricostruzione strutturale e funzionale della concessione di servizi nel nostro ordinamento, lungi dal restare relegata ad una mera dimensione speculativa o di carattere teorico, ha assunto un rilievo pratico decisivo soprattutto alla luce della grande differenza di regime che intercorre tra la disciplina dell'affidamento dell'appalto di servizi e quella propria delle concessioni di servizi. E, infatti, come si è visto, mentre per l'appalto (anche di servizi) trova applicazione l'intera normativa dell'evidenza pubblica minuziosamente delineata dal Codice dei contratti e dal relativo Regolamento, la disciplina delle concessioni di servizi, per cui si applicano solamente i «principi desumibili dal Trattato» e i «principi generali relativi ai contratti pubblici», continua a risultare fortemente indefinita e affidata, principalmente, alla ricostruzione pretoria del giudice amministrativo e comunitario, nonché all'attività interpretativa svolta dell'AVCP.

A prescindere dall'intervento legislativo di cui all'art. 30 del Codice, che ha imposto a livello interno l'espletamento di una gara informale, a livello comunitario l'affidamento delle concessioni di servizi è stato infatti da sempre ritenuto soggetto al solo rispetto dei principi fondamentali del Trattato dell'Unione europea in materia di libera circolazione che si ricavano dagli (attuali) artt. 49 TFUE e 56 TFUE<sup>46</sup>, nonché al principio di trasparenza<sup>47</sup>: ma ciò solo qualora venga accertato – come ha precisato anche di

l'elemento economico-finanziario, la conseguenza è che la distinzione rilevante viene ad essere non tanto quella tra appalto di servizi (all'amministrazione) e concessione di servizi (al pubblico), quanto quella tra appalto di servizi (comunque pubblici) e concessione di servizi, comunque pubblici». Sul (falso) problema dell' "oggetto pubblico" ai fini della determinazione del regime giuridico (pubblicistico) del rapporto, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, cit., 605 ss.

<sup>46</sup> Come è noto, l'art. 49 TFUE, vieta «le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro», mentre l'art. 56 sancisce che «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione».

<sup>47</sup> In questa prospettiva, è stato anzi sostenuto che, anche per le concessioni di servizi, l'obbligo di procedere alla gara risponderebbe essenzialmente al principio del divieto di discriminazione in base alla nazionalità e alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi: in questa prospettiva, F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza*, cit., 723 ss.

recente la Corte di Giustizia – un «rilievo transfrontaliero certo» del negozio<sup>48</sup>.

Sul punto, anche la giurisprudenza interna ha chiarito che la sottrazione delle concessioni alle regole puntuali del Codice risponde solo ad un'esigenza di speditezza e di massima semplificazione procedimentale la quale, tuttavia, deve essere comunque commisurata alla rilevanza economica della concessione<sup>49</sup>. In questa prospettiva si sono ritenuti applicabili i principi di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza, proprio attraverso il rinvio ai principi e alle norme del Trattato in materia di libertà di circolazione<sup>50</sup>, con conseguente affermazione del divieto di far ricorso alla trattativa privata in assenza di ragioni di urgenza<sup>51</sup>, nonché di

<sup>48</sup> In questo senso, C. giust. UE, III, 10 marzo 2011, secondo cui «se è pur vero che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, i contratti di concessione di servizi non sono disciplinati da alcuna delle direttive mediante le quali il legislatore dell'Unione ha regolamentato il settore degli appalti pubblici, le autorità pubbliche che concludono tali contratti sono cionondimeno tenute a rispettare le regole fondamentali del trattato t.f.u.e., in particolare gli art. 49 t.f.u.e. e 56 t.f.u.e., nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, nel caso in cui – circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare – il contratto in oggetto presenti un interesse transfrontaliero certo».

<sup>49</sup> Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, i principi dell'evidenza pubblica vanno attuati «in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo» (così Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362). Nello stesso senso, più di recente, Tar Liguria, Genova, sez. II, 6 marzo 2013, n. 434, secondo cui «la procedura si caratterizza, inoltre, per una maggiore speditezza e semplificazione procedimentale e il grado di pubblicità della selezione deve necessariamente essere commisurato all'entità della concessione in relazione alla sua rilevanza economica».

<sup>50</sup> Come chiarito da Cons. St., VI, n. 362/2007, «i principi di evidenza pubblica (...) vanno applicati, in quanto *dettati in via diretta e self-executing dal Trattato*, anche alle fattispecie non interessate (nella specie, concessione di servizi) da specifiche disposizioni comunitarie volte a dare la stura ad una procedura competitiva puntualmente regolata» (enfasi aggiunta). Nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250, ha ribadito che «in base alla comunicazione della Commissione europea 12 aprile 2000, alla coeva giurisprudenza comunitaria (C. giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98), alla giurisprudenza nazionale (Cons. St., sez. V, 21 novembre 2006, n. 6796; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253) e alla circolare del Dipartimento per le politiche comunitarie 1 marzo 2002, n. 945, l'affidamento delle concessioni di servizio non può essere sottratto ai principi ed alle norme espressi dal Trattato in tema di tutela della concorrenza, non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e trasparenza, con conseguente illegittimità di affidamento delle stesse senza gara». Da ultimo, si veda anche Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873.

<sup>51</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4890, secondo cui «è illegittimo il ricorso alla trattativa privata per la concessione di servizi ove non risulti sorretto da alcun elemento di urgenza o specialità della prestazione, nell'opportunità di procedere ad un più ampio confronto concorrenziale per la ricerca di soluzioni ottimali». Peraltro è stato chiarito

## L'affidamento delle concessioni di servizi

procedere ad affidamenti della prestazione senza previo esperimento di una gara informale<sup>52</sup>. Oltre al riferimento alle norme in materia di libertà di circolazione, la giurisprudenza ha altresì sottolineato – proprio al fine di legittimare l'estensione di tali principi anche alle concessioni di servizi – che i principi generali in materia di contratti pubblici costituiscono una diretta ed immediata attuazione della normativa del Trattato posta a tutela della concorrenza<sup>53</sup>.

In ogni caso, nei limiti del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione ed adeguata pubblicità, è stata comunque garantita un'ampissima discrezionalità alle singole stazioni appaltanti in sede di predisposizione delle regole di gara<sup>54</sup>, le quali, nei limiti dei principi di

da Tar Liguria, Genova, II, n. 434/2013, che i principi di trasparenza devono comunque caratterizzare anche le ipotesi di affidamento diretto: e, infatti, «elementari e indefettibili canoni di legalità impongono alla pubblica amministrazione, quando si determini a ricercare sul libero mercato, regolato dal diritto privato, le forniture di cui ha bisogno per il suo funzionamento, di agire in modo imparziale e trasparente, predefinendo criteri di selezione e assicurando un minimo di pubblicità della propria intenzione negoziale e un minimo di concorso dei soggetti in astratto interessati e titolati a conseguire l'incarico».

<sup>52</sup> Su cui Tar Liguria, Genova, sez. II, 21 gennaio 2009, n. 81, ove è stato precisato che «l'affidamento di una concessione di servizi, deliberato senza il previo espletamento di gara informale tra almeno cinque concorrenti e con predeterminazione dei criteri selettivi, in violazione dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento, è illegittimo».

<sup>53</sup> Sottolinea il nesso che intercorre tra i principi in materia di evidenza pubblica e la disciplina del Trattato posta a tutela della concorrenza Cons. St., VI, n. 362/2007, secondo cui «la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti siano attuative dell'art. 81 del Trattato CE porta a ritenere che queste norme siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per i contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; di qui l'immediata operatività dei principi di trasparenza, di non discriminazione, di parità di trattamento con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica». Mette chiaramente in luce la centralità dell'«*interesse concorrenziale*» ai fini dell'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica anche a fattispecie contrattuali diverse dagli appalti, anche Tar Campania, Napoli, sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21241. In senso critico rispetto all'orientamento che – soprattutto con riferimento al problema del riparto legislativo tra Stato e Regioni – tende a ricondurre la “logica” dell'evidenza pubblica nell'ambito della disciplina posta a “tutela della concorrenza”, si veda F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza*, cit., 723 ss.

<sup>54</sup> Come affermato di recente da Tar Liguria, Genova, II, n. 434/2013, «in tema di concessione di servizi, lo schema della gara informale di cui all'art. 30 comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 costituisce un modulo procedimentale caratterizzato da *ampissima discrezionalità* del-

proporzionalità e ragionevolezza, possono fissare limiti più stringenti di partecipazione alla procedura<sup>55</sup>: e così, ad esempio, è stata ritenuta ragionevole l'introduzione nella *lex specialis* di un criterio selettivo basato sull'elemento territoriale della sede dell'impresa concorrente, in quanto giustificato dalla particolare natura del servizio da affidare<sup>56</sup>.

Proprio al fine di preservare l'ampia potestà discrezionale che è riconosciuta alla stazione appaltante in sede di organizzazione della gara, nonché di assicurare la massima speditezza e semplicità della procedura, la giurisprudenza ha ritenuto non applicabili una serie di disposizioni normative del Codice in assenza di un esplicito richiamo da parte della *lex specialis*: è il caso, ad esempio, della disciplina sull'anomalia delle offerte a cui la stazione appaltante può solamente decidere di «autovincolarsi»<sup>57</sup>; ma anche

l'amministrazione nella fissazione delle regole selettive, con conseguente non soggezione alle regole interne e comunitarie dell'evidenza pubblica, ferma restando la sola necessità del rispetto dei principi di logicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione tra i concorrenti, garantita attraverso idonea pubblicità delle procedure selettive e valutazione comparativa di più offerte». E tuttavia si tratta di una discrezionalità che, come ha chiarito Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 141, deve essere comunque esercitata per dare attuazione ai principi comunitari in materia di contratti pubblici: la stazione appaltante, infatti, «deve comunque indicare attraverso la "*lex specialis*" le cause ostative all'ammissione in gara e alla stipulazione del contratto, e ciò al fine di dare compiuta applicazione ai principi di rango comunitario richiamati dalla disciplina nazionale, quali quello di efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità». Nel caso di specie, ad esempio, il giudice ha ritenuto legittimo il richiamo nel bando di gara delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

<sup>55</sup> Come chiarito da AVCP, deliberazione n. 44 del 18 aprile, 2012, infatti, l'art. 30 del Codice «non preclude la possibilità per le stazioni appaltanti, nell'ambito della discrezionalità loro riconosciuta, di fissare condizioni più stringenti per la partecipazione alle gare e dunque di "autovincolarsi", purchè lo facciano espressamente, al rispetto di ulteriori norme del Codice Appalti, in quanto l'art. 30 non obbliga, ma neanche vieta di applicare in tutto o in parte, purchè compatibile, la disciplina codicistica dettata per gli appalti. Naturalmente, gli unici limiti riconosciuti sono quelli derivanti dal rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza».

<sup>56</sup> In questo senso, Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 novembre 2007, n. 2768, che, con riguardo ad una particolare attività da svolgersi in aree site in determinati Comuni della Regione Puglia, ha precisato che «alla luce dell'amplissima discrezionalità che caratterizza, in tema di concessione di servizi pubblici, la gara informale di cui all'art. 30 comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 appare non irragionevole l'introduzione di un criterio selettivo basato sull'elemento territoriale della sede dell'impresa concorrente ove esso non appaia sganciato da una ragionevole considerazione della natura e dei caratteri delle prestazioni da affidare».

<sup>57</sup> Su cui Cons. St., sez. V, 24 marzo 2011, n. 1784, il quale ha precisato che «la disciplina sull'anomalia delle offerte non si estende alle concessioni di servizi in quanto le disposizioni in esso contenute non si applicano ad esse, salvo quelle della Parte IV (sul conten-

## L'affidamento delle concessioni di servizi

della disciplina sulle cauzioni di cui all'art. 75 del Codice<sup>58</sup>, nonché di quella di cui all'art. 38 in materia di cause di esclusione obbligatoria<sup>59</sup>. Parimenti escluse sono state ritenute le regole dettate dall'art. 69, che impone di precisare nel bando di gara le particolari condizioni di esecuzione del contratto<sup>60</sup>, e dall'art. 70 del Codice che, invece, stabilisce il regime dei termini per la presentazione delle offerte<sup>61</sup>.

zioso) e l'art. 143, comma 7 (durata della concessione superiore a trenta anni), in quanto compatibili; di conseguenza, per quanto attiene a dette concessioni, l'applicazione di norme, non direttamente richiamate dal cit. art. 30, d.lgs. n. 163 del 2006, rientra nella *discrezionalità* della stazione appaltante, la quale può decidere di *autovincolarsi* ed assoggettarsi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ma, ove la legge di gara non abbia fatto alcun richiamo alla procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta, gli art. 86-88 del codice dei contratti non possono trovare diretta applicazione». Nello stesso senso, da ultimo, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 19 marzo 2013, n. 425, secondo cui «alla concessione di servizi, ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 163 del 2006, non si estende la disciplina sull'anomalia delle offerte stabilita per gli appalti dagli art. 86 ss., medesimo d.lgs. n. 163 del 2006».

<sup>58</sup> Secondo Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, infatti, «ai sensi dell'art. 30 comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, alle gare indette per la concessione di servizi non è applicabile l'art. 75 dello stesso Codice nella parte in cui impone ai partecipanti alle gare pubbliche il deposito di una cauzione provvisoria». Nello stesso senso, Tar Veneto, Venezia, sez. I, 13 febbraio 2012, n. 224, ha escluso l'applicabilità alle concessioni dei c. 1 e 8 dell'art. 75 del Codice, mentre Tar Campania, Napoli, I, n. 2014/2012, ha ritenuto non applicabile alle concessioni l'obbligo di prestazione della cauzione definitiva. Nello stesso senso, AVCP, deliberazione n. 44 del 18 aprile, 2012, secondo cui «l'Amministrazione non è vincolata, per le concessioni di servizi, ad applicare la disciplina delle cauzioni, trattandosi di disposizioni preordinate alla costituzione di idonea garanzia per la valutazione dell'idoneità complessiva dell'offerta e rispetto alla quale non è possibile individuare alcuna correlazione con le previsioni richiamate dal comma 1 del citato art. 30 del Codice. Diversamente opinando, l'intero corpus del Codice sarebbe di fatto applicabile alle concessioni di servizi, rendendo del tutto superflui i precetti dettati nel citato articolo 30».

<sup>59</sup> Su cui Tar Lazio, Latina, sez. I, 7 marzo 2012, n. 195, la quale – con riguardo alla gara per l'affidamento dell'esercizio del servizio di vendita nelle scuole statali di alimenti e bevande mediante distributori automatici – precisa che non trova applicazione «l'art. 38, che prevede l'obbligo di allegare la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione obbligatoria».

<sup>60</sup> Si veda Cons. St., ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19, secondo cui «l'art. 69 del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui stabilisce che le particolari condizioni di esecuzione del contratto che è possibile apporre, anche se attinenti a esigenze sociali, devono essere precisate nel bando di gara o nell'invito, non è applicabile, ex art. 30 comma 1, dello stesso codice, alle concessioni di servizi». In ragione di ciò, il Giudice ritiene legittimo l'inserimento da parte della stazione appaltante della c.d. «clausola sociale» nella lettera di richiesta di offerta vincolante con cui si era avviata la procedura di gestione di alcuni scavi archeologici.

<sup>61</sup> Secondo Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2864, «alle gare indette per la concessione di servizi non è applicabile l'art. 70 dello stesso Codice nella parte in cui fissa il termine per la presentazione delle offerte».

Naturalmente, nel momento in cui l'amministrazione decide di "autovincolarsi", estendendo l'applicazione di specifiche norme anche alla procedura di gara per l'affidamento della concessione, essa sarà tenuta a rispettare il bando<sup>62</sup>: e ciò in ragione del fatto che il divieto di disapplicazione del bando di gara costituisce un principio generale che non può essere disatteso neanche in sede di affidamento delle concessioni di servizi<sup>63</sup>.

Tuttavia, oltre alla specifica disciplina espressamente richiamata dalle stazioni appaltanti, la giurisprudenza ha tentato comunque di dare "contenuto" ai principi generali in materia di contratti pubblici, estendendo alla fase di affidamento delle concessioni di servizi una serie di «regole sostanziali»<sup>64</sup> previste dal Codice per la materia degli appalti. In questa prospettiva, ad esempio, è stata ritenuta applicabile alle concessioni di servizi la regola di cui all'art. 57, c. 7, del Codice che vieta il rinnovo tacito dei contratti pubblici: essa, infatti, «esprime un principio generale attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato»<sup>65</sup>, posto che nell'ordinamento comunitario il rinnovo e la proroga sono considerati come contratti originari da sottoporre necessariamente ai canoni dell'evidenza pubblica<sup>66</sup>. Per tale mo-

<sup>62</sup> Come chiarito dall'AVCP, con Deliberazione n. 72 del 1 agosto 2013 «qualora negli atti di gara per l'affidamento di una concessione di servizi, la S.A. abbia manifestato, in maniera evidente, la volontà di assoggettare l'affidamento alle regole dettate dal Codice dei contratti».

<sup>63</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 448, secondo cui «sebbene si verta in tema di concessione di servizi, sottratte ex lege all'applicazione del codice dei contratti, nondimeno l'art. 30, comma 3, dello stesso D.Lgs. 163/2006 stabilisce che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Non è revocabile in dubbio che rientri, tra gli enunciati principi, quello generale che vieta la disapplicazione del bando quando l'Amministrazione si sia in origine autovincolata (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 febbraio 2010, n. 1604; Cons. St., sez.V, 29 gennaio 2009, n. 498)».

<sup>64</sup> Parla espressamente di estensione di «regole sostanziali», la deliberazione AVCP 7 novembre 2012, n. 94, secondo cui «l'affidamento di un servizio di mensa ai sensi ai sensi dell'art. 30 del D.lgs. n. 163/2006, per quanto svincolato dalle rigide formalità riguardanti gli appalti ordinari, non può comunque prescindere dall'osservanza di alcune regole sostanziali».

<sup>65</sup> Così Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, secondo cui il divieto di rinnovo tacito dei contratti della p.a., «pure se fissato dal legislatore in modo espresso [...] con riguardo agli appalti di servizi, opere e forniture, esprime un principio generale attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato e, come tale, operante per la generalità dei contratti pubblici». Nello stesso senso Cons. St., sez.V, 7 aprile 2011, n. 2151, secondo cui «l'obbligo di dare corpo a procedure di evidenza pubblica deriva (...) in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne»; sul punto, si veda, più di recente, anche Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 marzo 2012, n. 430.

<sup>66</sup> Sul punto, ancora, Cons. St., VI, n. 3145/2009, secondo cui «il divieto di provvedere

## L'affidamento delle concessioni di servizi

tivo si è ritenuto che, anche con riguardo a tali rapporti, l'amministrazione potesse derogare al divieto di rinnovo tacito solo in virtù di una espressa motivazione<sup>67</sup>.

Ma al di là di tale principio di carattere generale, si sono ritenute applicabili alle concessioni di servizi – anche in deroga ad esplicite previsioni contrarie contenute nella *lex specialis* – una serie di disposizioni del Codice dei contratti, tra cui: la regola sancita dall'art. 46, c. 1, del Codice che impone la tassatività e la nominatività delle clausole di esclusione<sup>68</sup>, la quale costituirebbe una «evidente espressione» del principio di proporzionalità<sup>69</sup>; la

al rinnovo dei contratti di appalto scaduti (...) ha quindi valenza generale e portata preclusiva di opzioni ermeneutiche e applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici. Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario che considera il rinnovo e la proroga come un contratto originario necessitante della sottoposizione ai canoni di evidenza pubblica, mentre, accedendo a letture sistematiche che limitino la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea».

<sup>67</sup> Come chiarito da Tar Puglia, Lecce, sez. II, 3 settembre 2013, n. 1807, infatti, «detto principio prevale sulle altre e contrarie disposizioni dell'Ordinamento e della *lex specialis* e [ne] è consentita una deroga limitata solo con riguardo alla possibilità di prevedere una proroga del contratto e sempre che, con puntuale motivazione, l'Amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale. In altri termini, se l'Amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria; non così invece se ci si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando. Detta ultima opzione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale (Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194)».

<sup>68</sup> In questo senso, Cons. St., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4471, secondo cui «in tema di affidamento di una concessione di servizi ex art. 30, d.lgs. 163/2006, è illegittimo il disciplinare di gara nella parte in cui commina la sanzione dell'esclusione ove le certificazioni di qualità non siano prodotte in originale o in copia conforme, in quanto in contrasto con principi di tipicità e tassatività (inosservanza di prescrizioni normative, incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, violazione del principio di segretezza delle offerte) dell'art. 46, comma 1 bis, codice degli appalti, che rivestono carattere cogente anche contro la previsione di segno contrario della "*lex specialis*". Nello stesso senso, da ultimo, Tar Campania, Napoli, sez. II, 15 gennaio 2013, n. 313.

<sup>69</sup> Così Tar Umbria, sez. I, 31 ottobre 2012, n. 464, secondo cui l'art. 46 del Codice avrebbe una «portata generale, informante ogni procedimento di valutazione comparativa concorrenziale, e, dunque, anche la gara pubblica per l'affidamento di una concessione di servizi, che, in base all'art. 30, d.lgs. n. 163/06 cit., deve comunque rispettare i principi generali relativi ai contratti pubblici, fra cui quello di proporzionalità, di cui al comma 1-bis art. 46 cit. costituisce evidente espressione».

disciplina sull'avvalimento e sui raggruppamenti delle imprese partecipanti alla gara<sup>70</sup>; l'obbligo di pubblicazione di un bando di gara europeo là dove l'importo del servizio superi la soglia comunitaria<sup>71</sup>; la regola dell'apertura in pubblico delle offerte tecniche<sup>72</sup>, nonché della lettura in seduta pubblica del prezzo offerto, «in quanto espressione del principio di trasparenza»<sup>73</sup>; il divieto per le stazioni appaltanti di porre in essere qualsiasi commistione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione<sup>74</sup>; il principio della necessaria previ-

<sup>70</sup> Come evidenziato da Tar Lazio, Roma, sez. II, 8 giugno 2012, n. 5221, infatti, «anche per le concessioni di servizi deve ritenersi ammessa la facoltà dei concorrenti di riunirsi in associazione per soddisfare i requisiti di partecipazione ovvero di avvalersi di altri soggetti per conseguire lo stesso effetto, dovendosi considerare illegittima per violazione del diritto comunitario una limitazione della facoltà di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento e di partecipazione alla gara in raggruppamento nell'ambito di una procedura per l'affidamento di una concessione di servizi». Nello stesso senso, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 23 dicembre 2011, n. 990. L'AVCP nel Parere di Precontenzioso n. 186 del 7 novembre 2012 ha altresì precisato che «l'art. 30, terzo comma, del Codice sottopone le procedure per la scelta del concessionario di servizi al rispetto non soltanto dei principi desumibili dal Trattato, ma altresì di quelli relativi ai contratti pubblici», con la conseguenza che «l'avvalimento deve ritenersi istituto applicabile anche nelle procedure selettive per l'individuazione del concessionario, pur quando la *lex specialis* di gara nulla disponga in proposito (cfr. A.V.C.P., determinazione 1 agosto 2012 n. 2)».

<sup>71</sup> In questo senso deliberazione AVCP 7 novembre 2012, n. 94, con riferimento all'affidamento di un servizio mensa. In una prospettiva non dissimile la deliberazione n. 72 del 1<sup>o</sup> agosto 2012, in base alla quale «tenuto conto dell'importo del servizio da affidare, superiore alla soglia comunitaria, l'inadeguata pubblicità della gara sia a livello nazionale che comunitario, oltre che violare l'obbligo del rispetto di termini minimi adeguati per la presentazione delle domande di partecipazione, non è conforme al principio di massima partecipazione e di trasparenza».

<sup>72</sup> Secondo Tar Liguria, Genova, sez. I, 23 febbraio 2012, n. 322, il «principio che impone l'apertura in pubblico delle offerte tecniche, che costituisce corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare si applica anche alla procedura di concessione di servizi indetta da un'Autorità portuale».

<sup>73</sup> Così Tar Toscana, Firenze, sez. I, 20 gennaio 2011, n. 117, secondo cui «la lettura in seduta pubblica del prezzo offerto dai concorrenti per l'aggiudicazione di un contratto pubblico è espressione del principio di trasparenza, e pertanto deve essere attuata anche se la procedura ha ad oggetto l'affidamento di una concessione di servizi».

<sup>74</sup> Sul punto Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 32, che ha ritenuto illegittimo, anche con riguardo ad una concessione di servizi, il fatto che fossero «indebitamente inclusi, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi, anche comunitari, ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione ed i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato».



## L'affidamento delle concessioni di servizi

sione di un limite di soglia per comprovare la capacità tecnica ed economica delle imprese da ammettere alla procedura, in quanto riconducibile al principio di trasparenza<sup>75</sup>; il principio della previsione di un'adeguata comunicazione delle notizie relative a data, luogo ed ora delle operazioni di gara, al fine di «consentire l'effettiva pubblicità e la concreta possibilità di partecipazione da parte dei soggetti interessati»<sup>76</sup>. Si è ritenuta inoltre applicabile alle concessioni anche la disciplina del c.d. “*standstill*” sancita dall'art. 11, c. 10, del Codice: tale disciplina, infatti, nel garantire un'adeguata tutela dei concorrenti nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica sarebbe comunque coerente con i principi di cui all'art. 2, c. 1, del Codice<sup>77</sup>. Infine, contrariamente a quanto sostenuto in altre pronunce<sup>78</sup>, talvolta il giudice amministrativo ha ritenuto applicabile alle concessioni anche l'istituto della cauzione provvisoria e definitiva, in ragione del fatto che gli artt. 75 e 113 del Codice avrebbero portata «eterointegrativa» – a prescindere, quindi, da qualsiasi richiamo nella *lex specialis* – in quanto funzionali ad assicurare la serietà delle offerte e, quindi, a garantire il regolare svolgimento del servizio<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Secondo Tar Toscana, Firenze, sez. I, 20 dicembre 2010, n. 6780, infatti, «poiché i principi comunitari in materia di affidamento dei contratti pubblici devono essere applicati anche alla concessione di servizi, è illegittima una legge di gara che pur prevedendo i mezzi atti a provare la capacità tecnica ed economica dei concorrenti, non stabilisca alcun limite di soglia ai fini dell'ammissione alla procedura. Tale previsione lascia infatti alla stazione appaltante una discrezionalità totale in merito con conseguente violazione del principio di trasparenza».

<sup>76</sup> Così Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3844, secondo cui «nonostante in tema di concessione di servizi, non trovi applicazione il disposto letterale dell'art. 64, comma 4, del codice dei contratti pubblici, anche per dette procedure si applica il principio generale che impone un'adeguata comunicazione delle notizie relative a data, luogo ed ora delle operazioni, in modo da consentire l'effettiva pubblicità e la concreta possibilità di partecipazione da parte dei soggetti interessati. I parametri di adeguatezza e proporzionalità delle misure informative non sono rispettate dalla mera affissione all'albo pretorio». Di recente, Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552, ha tuttavia ritenuto non necessaria la pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale, essendo stata considerata sufficiente la pubblicazione sull'albo pretorio del Comune.

<sup>77</sup> Così Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 10 aprile 2012, n. 618, che, con riguardo ad una concessione del servizio di distribuzione del gas naturale, ha precisato che l'art. 11 del Codice sarebbe parte integrante dei principi comuni a tutti i contratti pubblici.

<sup>78</sup> Si veda, sul punto, la precedente nota n. 58 e, *ivi*, Cons. St., V, n. 4510/2010, Tar Veneto, Venezia, I, n. 224/2012 e Tar Campania, Napoli, I, n. 2014/2012 che hanno escluso l'applicazione della normativa sulle cauzioni contenuta nel Codice.

<sup>79</sup> In questo senso, ad esempio, Tar Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009, n. 737, secondo cui «l'istituto della cauzione, sia essa provvisoria che definitiva, è applicabile pure alle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 escluda per le stesse l'applicazione delle previsioni stabilite per gli appalti di servizi; invero, la specifica *ratio* a cui ri-

L'esame di tale giurisprudenza testimonia chiaramente che, al di là delle enunciazioni di principio contenute nella direttiva e nel Codice dei contratti pubblici, la disciplina in materia di affidamenti delle concessioni di servizi non è stata certamente relegata alla mera osservanza dei principi generali in materia di contratti pubblici, né limitata alla sola potestà discrezionale delle singole amministrazioni in sede di organizzazione della gara. Il giudice amministrativo, infatti, attraverso un'interpretazione sistematica dell'impianto del Codice in connessione con i principi generali della materia, ha dato vita ad un percorso di progressiva estensione dell'ambito di applicazione di molte regole che disciplinano la procedura di affidamento degli appalti anche alle concessioni. In molti casi, come si è visto, si è trattato dell'applicazione di principi generalissimi – come il divieto di rinnovo tacito della gare – che costituiscono una chiara declinazione dei principi generali applicabili alle concessioni. In altri casi, invece, sono state estese a tali rapporti anche delle regole puntuali, o comunque maggiormente definite, le quali, tuttavia, sono state comunque interpretate come espressione (più o meno diretta) di un principio generale della materia. Naturalmente è proprio rispetto alla possibilità di estendere tali regole che sono emersi alcuni problematici contrasti giurisprudenziali, come quello relativo all'esatto ambito di applicazione della normativa in materia di cauzioni. E ciò ha contribuito a rendere meno “certa” quella che, nell'idea del legislatore, doveva essere una disciplina elastica e fortemente semplificata<sup>80</sup>.

sponde l'istituto della cauzione, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, non consente di poter differenziare – tanto più in mancanza di una espressa esclusione – la concessione di servizi dall'appalto di servizi, tenuto conto che con la cauzione provvisoria il legislatore ha inteso garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata, oltre che della mancata sottoscrizione del contratto e, con quella definitiva, l'esigenza di assicurare l'esecuzione del servizio stesso; né l'omessa menzione nel bando di gara delle garanzie partecipative è idonea ad escludere l'applicazione degli art. 75 e 113, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, le cui disposizioni hanno portata “eterointegrativa” (nella specie, è stato ritenuto non ammissibile che le offerte prodotte potessero prescindere dalle referenze bancarie).

<sup>80</sup> Sul punto si vedano le preoccupazioni sollevate dalla Commissione Europea in sede di redazione della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, COM(2011) 897 definitivo 2011/0437 (COD), Bruxelles, 20 dicembre 2011, secondo cui «l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno».

#### 4. (Segue): L'Adunanza plenaria n. 13/2013 e la distinzione tra “norme di principio o esplicative di principi generali” e “mere disposizioni”

È in tale contesto normativo e giurisprudenziale che si colloca una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria, che proprio a partire da un conflitto emerso all'interno dello stesso Consiglio di Stato in merito all'applicabilità alle concessioni di una norma del Codice dei contratti (l'art. 84 sulle regole di formazione della Commissione aggiudicatrice), ha tentato di razionalizzare l'incerto mosaico della disciplina applicabile alle concessioni di servizi all'interno del “sistema” della contrattualistica pubblica<sup>81</sup>.

L'intervento giurisprudenziale ha tratto origine da una controversia relativa ad una gara comunale per l'affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas naturale, ove si discuteva della possibilità di ritenere applicabili ai rapporti concessori anche l'art. 84, c. 4, del Codice (che impone ai membri della Commissione aggiudicatrice di non aver svolto altri ruoli nell'ambito delle altre fasi progettuali o esecutive relative alla stipula del contratto pubblico), nonché il c. 10 del medesimo articolo (in base al quale la Commissione deve essere nominata successivamente allo spirare del termine stabilito per la presentazione delle offerte). Il Consiglio di Stato investito della controversia in sede di appello<sup>82</sup>, decideva di rimettere la questione all'Adunanza plenaria evidenziando l'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali contrastanti su entrambe i profili oggetto del contenzioso<sup>83</sup>.

In particolare, un primo indirizzo giurisprudenziale esclude l'applicabilità alla concessioni di servizi dell'intero art. 84 del Codice<sup>84</sup> e più preci-

<sup>81</sup> Si tratta di Cons. St., ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13

<sup>82</sup> In primo grado il Tar Lombardia, sez. I, 20 aprile 2012, n. 1171, aveva accolto il ricorso sulla base del fatto che, tanto il c. 4, quanto il c. 10 dell'art. 84 del Codice, ancorché non espressamente richiamati dall'art. 30 del Codice, sarebbero stati comunque applicabili alle concessioni di servizi, in quanto direttamente espressivi dei principi di imparzialità e trasparenza

<sup>83</sup> Si tratta dell'ordinanza di rimessione Cons. St., sez. V, 12 febbraio, 2013, ove – pur propendendosi per l'orientamento estensivo, in grado di garantire la più ampia applicazione delle regole contenute nei commi 4 e 10 dell'art. 84 anche alle procedure di affidamento nelle concessioni di servizi – si evidenzia la necessità di «individuare le intrinseche *rationes* di tali disposizioni, al fine di qualificarne la natura di principio generale, o di stretta derivazione da tali principi, oppure, alternativamente, di mere disposizioni procedurali che, ove ritenute tali, non possono applicarsi *tout court* alle procedure per le concessioni di servizi, alle quali non si applica il codice inteso nella sua interezza».

<sup>84</sup> In particolare, Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613, aveva ritenuto che la nomina della commissione giudicatrice dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte non codificasse un principio di carattere generale in materia di appalti.

samente del c. 10 di tale articolo, poiché non espressamente richiamato dal legislatore<sup>85</sup> e, soprattutto, perché neanche riconducibile ad alcun «principio di carattere generale» in materia di contratti pubblici<sup>86</sup>. Nella stessa direzione, in altre occasioni è stata negata l'esistenza di un «nesso di inscindibilità» tra la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione della gara e l'applicazione automatica delle regole di cui all'art. 84 sulla nomina della commissione di gara<sup>87</sup>. Tali orientamenti si fondano principalmente su un'interpretazione di tipo letterale dell'art. 30 del Codice, nonché su considerazioni di tipo sistematico: e infatti, viene evidenziato che il Codice dei contratti, là dove ha inteso estendere l'applicabilità di singole disposizioni del Codice a contratti diversi da quelli ordinari, l'ha fatto espressamente<sup>88</sup>.

Un secondo orientamento, invece, considera l'art. 84 applicabile nel suo complesso anche alle concessioni di servizi<sup>89</sup>. E così è stata ritenuta operante nelle procedure di affidamento di detti contratti la regola della posteriorità della nomina della commissione di gara rispetto alla presentazione

Nello stesso senso, successivamente, Cons. St., sez. V, 3 maggio 2012, n. 255 e Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 2.

<sup>85</sup> Si veda Cons. St., sez. V, 6 luglio 2010, n. 4311, secondo cui «l'art. 84 comma 10, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nella parte in cui dispone che per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la nomina della commissione di gara deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, non codifica un principio di carattere generale in materia di appalti di servizi, ferma restando peraltro la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della commissione».

<sup>86</sup> Tar Toscana, Firenze, sez. II, 20 dicembre 2010, n. 6781, secondo cui la disposizione dell'art. 84, c. 10, d.lgs. n. 163/2006, «non codifica un principio di carattere generale in materia di appalti di servizi, trattandosi di regola originata nel diverso ambito degli appalti di lavori (sulla base di tale assunto, il tribunale ha escluso che la regola in questione potesse trovare applicazione, in virtù del rinvio ai principi contenuti nell'art. 30 del Codice, in una fattispecie di concessione di servizi)».

<sup>87</sup> Cons. St., III, n. 5547/2011: tale pronuncia, nonostante si riferisse alla materia dei contratti esclusi, è stata considerata dal Consiglio di Stato applicabile anche alla materia di concessioni di servizi, stante il comune richiamo posto in essere sia dall'art. 27 che dall'art. 30 del Codice all'applicazione dei «principi generali» della materia. E, infatti, come evidenziato dall'Adunanza plenaria n. 13/2013 «ancorché resa in una procedura di affidamento di servizi di cui all'all. II B del codice del contratti, detto precedente rileva nel presente giudizio, in quanto l'art. 27 opera per detta tipologia di contratti un richiamo ai principi generali non dissimile da quello dell'art. 30».

<sup>88</sup> Come nel caso dall'art. 206 del Codice che, con riguardo ai contratti pubblici dei settori speciali, richiama esplicitamente proprio l'art. 84 del Codice.

<sup>89</sup> Si tratta di Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2011, n. 224.

## L'affidamento delle concessioni di servizi

delle offerte stabilita dall'art. 84, c. 10, dapprima a livello di *obiter dictum*<sup>90</sup> e, successivamente, con una statuizione pienamente rientrante nella *ratio decidendi*<sup>91</sup>: in particolare, in tale ultima pronuncia, è stato sottolineato come una simile regola, in quanto funzionale a preservare la regolarità del procedimento, fosse da considerarsi vieppiù necessaria nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una grande informalità<sup>92</sup>.

Alla luce di tali incertezze – che, anche per la radicalità delle diverse argomentazioni prospettate, assumono un rilievo potremmo dire “paradigmatico” del più generale stato di incertezza che contraddistingue la disciplina delle concessioni di servizi – l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato decide di soffermarsi sulla distinzione, a suo dire rilevabile anche nell'ambito dell'impianto normativo del Codice dei contratti, tra le «*norme di principio o esplicative di principi generali*» (in quanto tali applicabili anche alle concessioni), e le «*mere disposizioni*, applicabili soltanto specificamente alle fattispecie richiamate»<sup>93</sup>.

In particolare, nella prima categoria andrebbero ricondotti non solo i principi generali della materia indicati all'art. 2 del Codice – intesi come «superprincipi o valori o finalità teleologiche del sistema» – ma anche quei principi che comunque consentono, nell'ambito di un Codice, di rendere intellegibile «il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti»<sup>94</sup>. In questa prospettiva – riprendendo l'insegnamento del Betti<sup>95</sup> – si evidenzia il fatto che i principi generali di un deter-

<sup>90</sup> Cons. St., sez. V, 22 marzo 2011, n. 1784.

<sup>91</sup> Si veda, in tal senso, Cons. St., sez. V, 23 maggio 2011, n. 3086 e, successivamente, Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2011, n. 5740.

<sup>92</sup> Così Cons. St., V, n. 3086/2011, secondo cui «la regola per cui la nomina della commissione giudicatrice della gara pubblica indetta per l'aggiudicazione di un appalto con la Pubblica amministrazione deve avere luogo dopo che è spirato il termine per la presentazione delle offerte tende ad evitare che vi possano essere, con la preventiva conoscenza dei nominativi dei commissari, contatti e collusioni dei candidati con gli stessi commissari, per cui la medesima regola assurge a preventiva salvaguardia della regolarità del procedimento e non può essere considerata come una privativa degli appalti, non essendovi alcuna differenza in ordine all'esame delle offerte con la concessione e anzi la concessione di servizi, per la maggiore informalità del suo procedimento, presenta aspetti ancora più evidenti di mancanza di garanzie procedurali».

<sup>93</sup> A tal fine, secondo il giudice amministrativo, diviene imprescindibile verificare se le regole in questione «siano in qualche modo corrispondenti o almeno riconducibili a taluno dei principi comunitari o nazionali (“desumibili dal Trattato e... relativi ai contratti pubblici”) o espressione di principi generali e quindi da ritenere applicabili e da applicare anche nella specie» (così, Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 3).

<sup>94</sup> Così Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 2.

<sup>95</sup> Scolpito in maniera indelebile soprattutto in E. Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 217 ss.

minato settore avrebbero una «eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme», tale da attribuire agli stessi una «funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme»<sup>96</sup>.

Naturalmente, poiché tutte le disposizioni di dettaglio del Codice costituiscono una esplicazione più o meno immediata dei principi espressi dall'art. 2 e dall'art. 30, alle concessioni di servizi potranno considerarsi applicabili solo quelle norme che siano immediatamente riconducibili ai principi comunitari o nazionali in materia di contratti pubblici o che, comunque, siano espressione di principi generali. E a tal fine diviene essenziale, anche con riguardo all'art. 84 del Codice, analizzare la specifica funzione e la *ratio* sottesa alle singole norme.

In particolare, per quanto attiene all'art. 84, c. 4 – che vieta di far parte della commissione aggiudicatrice a coloro che a vario titolo abbiano assunto o svolto altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativi al contratto oggetto di affidamento –, secondo l'Adunanza plenaria tale norma intende prevenire, mediante l'imposizione di un divieto generale che vale per tutti i componenti ad eccezione del Presidente, il «pericolo concreto» che la sovrapposizione e la commistione di ruoli diversi possa influenzare il corretto esplicarsi della procedura di aggiudicazione<sup>97</sup>. In sostanza, tale norma garantirebbe che la decisione amministrativa concernente l'aggiudicazione sia assunta con imparzialità, limitando la possibilità di influenze “esterne” rispetto alla Commissione<sup>98</sup>: imparzialità che sarebbe sicuramente messa a rischio da una sovrapposizione tra le funzioni di progettazione degli atti di gara, regolazione e predisposizione della procedura e le funzioni di valutazione delle singole offerte<sup>99</sup>. In questa prospettiva, l'interesse pubblico sotteso a tale regola è quello di «assicurare che la valutazione sia il più possibile

<sup>96</sup> Così, ancora al punto 2 di Cons. St., ad. plen., n. 13/2013.

<sup>97</sup> Secondo l'Adunanza plenaria, si tratterebbe di una previsione che è evidentemente destinata a prevenire il «pericolo concreto di possibili effetti disfunzionali derivanti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti che abbiano emanato atti del procedimento di gara e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale» (punto 3).

<sup>98</sup> Come è stato ulteriormente precisato, infatti, tale regola «mira ad impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano avere assunto compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione di lavori oggetto della procedura di gara e ciò a tutela del diritto delle parti del procedimento ad una decisione amministrativa adottata da un organo terzo ed imparziale» (punto 3).

<sup>99</sup> E la *ratio* consisterebbe, ad avviso dell'Adunanza plenaria, nella «volontà di conservare, almeno in parte, la distinzione tra i soggetti che hanno definito i contenuti e le regole della procedura e quelli che ne fanno applicazione nella fase di valutazione delle offerte» (punto 3).

## L'affidamento delle concessioni di servizi

“oggettiva” e cioè non “influenzata” dalle scelte che la hanno preceduta, se non per ciò che è stato dedotto formalmente negli atti di gara<sup>100</sup>.

Con riguardo invece alla norma di cui all'art. 84, c. 10, del Codice, che impone la regola della posteriorità della nomina della commissione rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, essa, secondo l'Adunanza plenaria, sarebbe posta «a presidio della trasparenza (intesa in senso più lato rispetto al senso della generale accessibilità alla attività amministrativa) e della imparzialità della procedura»<sup>101</sup>. In sostanza, secondo il giudice amministrativo, «la posticipazione della nomina dovrebbe evitare situazioni in cui le offerte siano influenzate dalle preferenze, anche solo presunte o supposte, dei commissari, o da loro suggerimenti e che vi possano essere tentativi di collusione o anche solo di contatti con imprese “amiche”». E anche tale regola viene intesa come «espressione di un principio generale della materia dei contratti pubblici, inerente il corretto funzionamento delle procedure selettive di scelta dell'affidatario»<sup>102</sup>.

In definitiva, poiché la *ratio* di entrambe le disposizioni si rinverrebbe nella comune esigenza di «evitare il pericolo concreto di violazione della imparzialità della commissione» e, quindi, nella necessità di assicurare la «tutela della correttezza del procedimento, della trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa», esse «possono ben essere intese come imperative e come tali inderogabili e nel sistema applicabili, perché implicitamente richiamate, anche per la disciplina delle concessioni di servizi, sulla base di canoni di interpretazione sistematica, letterale (solo in apparenza di segno contrario, per la mancanza di un espresso richiamo) e logica»<sup>103</sup>.

E infatti, sotto il profilo sistematico, entrambe le previsioni di cui all'art. 84, in quanto riconducibili al principio generale della trasparenza e dell'imparzialità, troverebbero applicazione anche alle concessioni di servizi stante il richiamo contenuto nell'art. 2, c. 3, del Codice alle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990<sup>104</sup>, il cui art. 1 fa espresso riferimento, nell'ambito dei principi generali dell'azione amministrativa, proprio al necessario rispetto dei principi «di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza». Pertanto, ancorché il principio generale di imparzialità non sia richiamato espressamente né dall'art. 2 del Codice contratti

<sup>100</sup> Così Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 3.

<sup>101</sup> E ciò, al punto tale che «l'orientamento più rigoroso ne fa discendere dalla inosservanza la invalidità (per annullabilità) degli atti successivi alla nomina»: così la pronuncia (punto 3), la quale richiama, tra le altre, Cons. St., sez. V, 29 aprile 2009, n. 2738.

<sup>102</sup> Così Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 3.

<sup>103</sup> Così, ancora, al punto 4 di Cons. St., ad. plen., n. 13/2013.

<sup>104</sup> Secondo l'art. 2, c. 3 del Codice dei contratti pubblici, infatti, «per quanto non

pubblici, né dall'art. 30 – pur essendo compreso tra i principi enunciati dall'art. 27 del Codice per i contratti esclusi – esso, mediante il rinvio alla l. n. 241/1990, deve ritenersi applicabile alle concessioni di servizi e, con esso, anche la sua «*declinazione immediata*» rappresentata, appunto, dalle norme dell'art. 84 del Codice.

In secondo luogo – e questo è l'argomento che potremmo definire “analogico” – poiché, secondo il Consiglio di Stato, l'art. 30 si inserisce in un'ottica di progressiva assimilazione della concessione agli appalti, che consente di vincolare anche i soggetti aggiudicatori di tali contratti al rispetto dei principi sull'evidenza pubblica al fine di assicurare un confronto concorrenziale tra gli operatori, il mancato esplicito richiamo alle disposizioni di cui all'art. 84 del Codice non può ritenersi decisivo per escluderne l'applicabilità a tali rapporti: e ciò in virtù della «loro natura di derivazione diretta da principi generali», nonché della loro ricostruzione come «norme imperative, espressive di principi generali e consolidati della materia e quindi come tali, in grado di integrare e sovrapporsi alla *lex specialis*»<sup>105</sup>.

Ma al di là di questo argomento, tali regole che, lungi dall'apparire meramente procedurali investono profili sostanziali – quali quelli concernenti i “tempi” della formazione e la “regolare composizione” di un organo amministrativo – costituiscono un «predicato dei principi di trasparenza e di imparzialità» e sono espressione proprio di un «principio generale del codice» che, in quanto tale, risulta comunque applicabile alle concessioni di servizi, ai sensi della stessa lettera dell'art. 30.

Peraltro, secondo l'Adunanza plenaria, anche da un punto di vista meramente logico e di «senso comune», si tratterebbe di norme che appaiono viepiù applicabili nell'ambito di procedure fondate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto alle quali gli spazi di discrezionalità della Commissione sono maggiori e gli spazi del sindacato giurisdizionale meno intesi. E ciò, anche alla luce del fatto che tali norme non costituiscono gravi svantaggi, né onerano eccessivamente la stazione appaltante a fronte, invece, «di indubbi vantaggi a tutela della trasparenza, imparzialità, buon andamento dell'operare amministrativo, assurto, nell'ordinamento, anche e ben oltre la disciplina degli affidamenti, a valore fondante del sistema»<sup>106</sup>.

In conclusione, il complesso ragionamento seguito dal Supremo Giu-

esprensamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo».

<sup>105</sup> Così Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 4.

<sup>106</sup> Così, ancora, al punto 4 di Cons. St., ad. plen., n. 13/2013.



dice pare fondarsi su diversi livelli e approcci interpretativi. Dopo essersi riconosciuta la natura imperativa delle norme in esame – in quanto espressione dei principi di imparzialità e trasparenza che sono posti a presidio del corretto funzionamento delle gare pubbliche – al fine di estenderne l'applicazione all'art. 30 si tenta, dapprima, di ricercare un espresso fondamento normativo: e ciò avviene mediante il richiamo ai principi di imparzialità e trasparenza esplicitamente sanciti dall'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, a sua volta richiamata dall'art. 2 del Codice dei contratti. In secondo luogo, in chiave analogica, si sottolinea che alla luce del processo di progressivo avvicinamento delle concessioni di servizi agli appalti per quanto attiene alla procedura ad evidenza pubblica, l'assenza di un esplicito rinvio all'art. 84 non può ritenersi decisivo. Infine, si tenta comunque di ricostruire le regole di cui all'art. 84 come diretta espressione di un «principio generale del codice» e, quindi, direttamente applicabile anche alle concessioni di servizi in virtù del riferimento presente all'art. 30 del Codice.

### **5. Il problema di una disciplina giuridica “per principi”, tra integrazione giurisprudenziale del dato normativo ed esigenze di certezza del diritto. Le prospettive di riforma nella proposta di direttiva sull'affidamento delle concessioni**

Al di là dei diversi passaggi logico-argomentativi con cui l'Adunanza plenaria n. 13/2013 è giunta a ritenere applicabile l'art. 84 del Codice anche all'affidamento delle concessioni di servizi, la pronuncia si segnala soprattutto per il fatto di aver tentato di delineare un criterio ermeneutico di riferimento, non solo per l'interpretazione della scarna disciplina delle concessioni di servizi, ma più in generale per lo stesso studio dell'intera materia dei contratti pubblici<sup>107</sup>.

L'Adunanza plenaria, infatti, recependo alcuni orientamenti che avevano già condotto parte della giurisprudenza amministrativa ad integrare la disciplina applicabile alle concessioni di servizi ben al di là dei soli principi menzionati dall'art. 30 del Codice (su cui, *supra*, par. 3), prospetta la distinzione, interna al Codice dei contratti – e, quindi, interna ad un “corpo” legislativo organico – tra le «norme di principio o esplicative di principi ge-

<sup>107</sup> Sul punto si segnala che il criterio prospettato dall'ad. plen. n. 13/2013 è stato fatto proprio anche dalla successiva pronuncia del Cons. St., ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19, che non ha ritenuto applicabile alle concessioni di servizi l'art. 69 del Codice proprio in quanto non direttamente espressivo di un principio generale in materia di contratti pubblici.

nerali» e le «mere disposizioni». In sostanza, vi sarebbero norme che, ancorché non espressamente richiamate dalle singole fattispecie contrattuali, godrebbero di un'applicazione generalizzata – e, quindi, non solo per la concessione di servizi ma anche per tutti i contratti relativi ai cd. “settori esclusi” – in quanto diretta espressione dei “principi generali” della materia: tali norme assurgono a vere e proprie “norme-principio” in quanto «estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi»<sup>108</sup>.

E tuttavia, al di là dell'esito concreto cui perviene il giudice rispetto all'applicazione dell'art. 84, ci troviamo dinanzi ad un approccio ermeneutico che merita un'attenta riflessione, non solo per le implicazioni di teoria generale che porta con sé, ma anche e soprattutto per gli effetti pratici che esso è in grado di produrre nell'ambito di un settore economico in cui l'esigenza della certezza del diritto appare un valore irrinunciabile.

La pronuncia dell'Adunanza plenaria, infatti, sembra legittimare uno spazio di intervento del giudice tra le trame di una legislazione “a maglie larghe”, al fine di tentare di disegnare un “ordito” più chiaro e definito: e ciò attraverso la selezione sistematica, all'interno del corpo normativo del Codice, di quelle norme che, seppur riferite a fattispecie o ad esigenze particolare, possono assurgere a rango di “principi”.

Ora è noto che l'utilizzo dei principi da parte dell'interprete può rispondere anche ad una «funzione integrativa»<sup>109</sup> là dove ci si trovi in presenza di una «lacuna formale» dell'ordinamento<sup>110</sup>. E infatti, secondo

<sup>108</sup> Come ha precisato la recente Adunanza plenaria n. 19/2013, infatti, «è ben vero che il terzo comma dell'art. 30, prescrive che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; e tuttavia, come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 13 del 2013, non potrebbe sostenersi, a norma del ricordato comma 1, l'applicabilità di tutte le disposizioni del codice, in quanto tutte le norme di dettaglio costituiscono una più o meno immediata applicazione di principi generali. L'applicabilità delle disposizioni legislative specifiche, di per sé estranee alla concessione di servizi, è predicabile quando esse trovino la propria *ratio immediata nei suddetti principi, sia pure modulati al servizio di esigenze più particolari, ma sempre configurandosi come estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi*» (enfasi aggiunta).

<sup>109</sup> Come sottolineato da N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *N.ss. D.I.*, Torino, Utet, 1966, vol. XIII, 895-896, infatti, i principi possono assolvere ad una funzione «interpretativa» (come avviene per i principi fondamentali della Costituzione), ad una funzione «integrativa» (come avviene nel caso dell'art. 12 delle preleggi), ad una funzione «direttiva» (connessa alla presenza di principi programmatici) e, infine, ad una funzione «limitativa», là dove il principio costituisce un limite al riparto di competenze tra una pluralità di centri di produzione del diritto.

<sup>110</sup> Si ha un caso di “lacuna”, secondo A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in *AA.VV.*, *I prin-*

## I'affidamento delle concessioni di servizi

l'orientamento dominante<sup>111</sup>, proprio il ricorso ai principi sarebbe alla base del processo di "integrazione" dell'ordinamento prefigurato dall'art. 12, c. 2, delle "preleggi", anche in caso di analogia *legis*<sup>112</sup>. Come è stato sottolineato,

*cipi generali del diritto*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, 19, allorché alla «nuova situazione di interesse» derivante dai «fatti della vita sociale» non corrisponda «una situazione di interesse formalizzata in una proposizione normativa». Naturalmente si deve trattare di una situazione di interesse che «possa avere rilevanza giuridica e questo accertamento si risolve positivamente solo se si constata che la situazione è posta nel raggio d'azione dell'interesse fondamentale». Sull'ipotesi di «diritto lacunoso», N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, 270 ss. Sul punto, altresì, M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, IV e 1942, I, ora in *Id.*, *Scritti 1939-1948*, II, Milano, 2002, 219, secondo cui «è un fatto ormai acquisito al dominio delle comuni conoscenze giuridiche, fino a quelle del più umile pratico del diritto, che "il caso non previsto" è inevitabile, per quanto un corpo di leggi possa essere perfetto».

<sup>111</sup> Come sottolineato da S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 514, i principi assicurano una «regolamentazione a casi cui non corrispondono norme specifiche». Nello stesso senso si veda N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, cit., 892, secondo cui anche nei paesi di *civil law* si va facendo strada l'idea «che i principi generali siano il prodotto specifico dell'opera innovativa del giudice, il mezzo precipuo attraverso cui si apre un varco, in paese tradizionalmente ostile, la giurisprudenza come fonte autonoma del diritto». Il fenomeno, naturalmente, assume un rilievo significativo nell'ambito di settori dell'ordinamento tradizionalmente caratterizzati da una minore presenza di leggi, come quello amministrativo: sul punto si veda il fondamentale contributo di B. Jeaneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Editions du Recueil Sirey, 1954, il quale, con riguardo all'applicazione dei principi generali da parte del giudice amministrativo, parla di un potere quasi legislativo del giudice (spec. 240 ss.); sull'importanza dei principi a fronte della legislazione frammentaria del diritto amministrativo E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho Administrativo* (1963), in *Id.*, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 37. Da ultimo, sul ruolo dei principi nel diritto amministrativo si veda M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'Alberti, Bologna, Il Mulino, 2010, 67 ss.

<sup>112</sup> Sul punto si veda G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. Come sottolineato da R. Guastini, *Principi di diritto*, in *D. disc. priv.*, Torino, Utet, 1996, vol. XIV, 342, l'art. 12 delle preleggi "autorizza" l'interprete a decidere secondo i «principi generali dell'ordinamento» nel caso in cui «una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione». E tuttavia, il ricorso ai principi opererebbe anche con riguardo all'ipotesi di integrazione analogica: come è stato sottolineato da M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, cit., 202, anche in sede di argomentazione analogica si opera un'estensione di una norma «in virtù di un principio contenuto in un'altra norma di grado superiore»; pertanto, anche in sede di interpretazione analogica, «l'estensione è una conseguenza dell'applicazione del principio, e non già l'applicazione del principio è una conseguenza dell'estensione della norma» (206). Nella stessa prospettiva, A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 20, secondo cui anche l'analogia *legis* non si risolve sul piano dell'applicazione di norme, ma «travalica nella sfera dei principi». E infatti,

attraverso i principi, il giudice «di fatto inserisce un *quid novi* in un contesto ove manca una precisa disposizione» al fine di «dare soluzione alla controversia sottoposta all'esame del giudice»<sup>113</sup>.

E tuttavia, tale attività interpretativa di tipo “integrativo” appare maggiormente problematica nel caso in cui il legislatore abbia deciso *consapevolmente* di non intervenire in una data materia<sup>114</sup>. Infatti, a fronte di opinioni che hanno comunque ritenuto ammissibile anche in tali ipotesi un intervento integrativo<sup>115</sup> – ricostruendo, ad esempio, il mancato intervento del legislatore come una vera e propria «tattica di delegazione e di rinvio fondata su motivazioni politiche»<sup>116</sup> – non sono mancate posizioni di maggior cautela<sup>117</sup>.

tra la norma formalizzata e la regola di azione da individuare per la fattispecie non regolata vi sono «momenti di identità» ma anche necessari «momenti di diversità»: ciò porta ad individuare «un criterio deontico comune alle due norme, cioè un *genus* deontico corrispondente a una classe di situazione di interesse (...) rispetto alla quale le due norme si atteggiavano come *species* deontiche». E il *genus* «comune a entrambe le norme, rappresenta un criterio caratterizzato da una forma di generalità diversa, e non soltanto per ampiezza, dalla generalità che è propria di ogni norma ordinaria: a causa di tale diversa generalità non è più norma ma principio» (21). Pertanto, ancorché l'art. 12 delle preleggi autorizzi l'interprete a ricorrere ai principi generali solo dopo aver inutilmente esperito l'argomento analogico, tra i due processi argomentativi vi è una forte vicinanza.

<sup>113</sup> Così S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 499, il quale sottolinea che, tuttavia, per tale motivo non si può ripudiare l'utilizzo del termine “interpretazione”, dal momento che «parlando di interpretazione il legislatore vuole evidentemente dare un senso ed una direzione ben precisi all'attività del giudice, ed alla relazione che tale attività lega alle disposizioni legislative». Da questo punto di vista – secondo l'A. – condizionamenti e limiti all'attività del giudice sussistono non solo là dove ricorrono disposizioni precise, ma anche là dove vi sono «statuizioni in cui manchino precise disposizioni atte a consentire di decidere la controversia».

<sup>114</sup> Sul punto S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 515, il quale richiama proprio l'esempio in cui il legislatore si limita «alla mera enunciazione di un principio, di una disciplina dei comportamenti associati di carattere generalissimo ovvero di una mera prescrizione del fine o obiettivo dell'intervento giudiziale».

<sup>115</sup> Sul punto S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 515, secondo cui i principi potrebbero assolvere una funzione innovativa anche quando «l'indeterminatezza della disposizione soggetta ad interpretazione non è l'occasionale risultato di circostanze casuali e dipende invece da una scelta consapevole del legislatore»; in tali casi, «l'intervento dell'interprete sembra avere maggiore pregnanza, e probabilmente una qualche portata interpretativa».

<sup>116</sup> Così L.M., Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, 433. Sul punto S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 515, parla di una ipotesi «di spostamento ad altra sede di decisioni» che, in astratto, sarebbero ricadute nell'ambito della competenza del legislatore. In una prospettiva non dissimile, è stato anche sostenuto che lo stesso art. 12 delle preleggi costituirebbe una norma volta a «risolvere il problema dei poteri (e doveri) del giudice di fronte al legislatore»: così G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, cit., 473.

<sup>117</sup> Come ha sottolineato A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 20, il fatto che ci sia una

## L'affidamento delle concessioni di servizi

Ora, rispetto alla disciplina della concessione di servizi, risulta evidente che il legislatore (comunitario e nazionale) ha deciso di non esercitare pienamente la propria «riserva legislativa»<sup>118</sup>, ponendo in essere un mero rinvio ai principi generali della materia. E tuttavia, a differenza delle tradizionali ipotesi di “vuoto normativo” che possono legittimare un intervento suppletivo ai sensi dell’art. 12 delle preleggi, nel caso di specie non ci troviamo dinanzi ad un vero e proprio “disinteressamento” del legislatore, posto che lo stesso si è posto comunque il problema di qualificare e di definire la concessione di servizi, in quanto ritenuta uno strumento giuridicamente “rilevante” per l’integrazione del mercato europeo. Ciononostante, la scelta del legislatore è stata quella di non predisporre una regolazione puntuale: e ciò al fine di assicurare, come ha chiarito anche la giurisprudenza, una maggiore semplificazione, speditezza e snellezza procedimentale<sup>119</sup>.

Da questo punto di vista, quindi, il “*self-restraint*” del legislatore opera soprattutto “a vantaggio” delle singole amministrazioni affinché – compatibilmente con le proprie esigenze organizzative e funzionali – siano libere di dare vita ad una procedura estremamente semplificata ma rispettosa dei principi generali in materia di contratti pubblici<sup>120</sup>.

Alla luce di ciò, pare doversi escludere che, mediante il richiamo ai principi generali, il legislatore abbia inteso attribuire al giudice una “delega” (implicita) ad integrare la disciplina normativa in sede giurisprudenziale, ancorché mediante la ricostruzione di singole norme come “norme-principio”. Una simile conclusione, infatti, rischia di produrre quello stesso effetto

«situazione di interesse» non disciplinata dall’ordinamento – ancorché se ne accerti la rilevanza giuridica per l’ordinamento medesimo – non è condizione sufficiente a legittimare un intervento integrativo: è, infatti, comunque necessario escludere che ciò non sia il frutto di una «decisione deliberata legittimamente dal legislatore».

<sup>118</sup> Parla di «riserva legislativa legittimamente non esercitata» A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 20, con riguardo a quelle ipotesi in cui la lacuna legislativa non sia il frutto di una circostanza non prevista, ma costituisca piuttosto una «decisione deliberata legittimamente dal legislatore».

<sup>119</sup> Come chiarito in giurisprudenza Tar Liguria, Genova, II, n. 434/2013, «la procedura si caratterizza, inoltre, per una maggiore speditezza e semplificazione procedimentale e il grado di pubblicità della selezione deve necessariamente essere commisurato all’entità della concessione in relazione alla sua rilevanza economica».

<sup>120</sup> In questo senso, chiaramente, A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit., 81, secondo cui, pur essendo inseriti sia gli appalti che le concessioni «nello spazio rilevante della contrattualità pubblica», la disciplina normativa meno dettagliata delle seconde risponde alla «necessità di dare rilievo e di lasciare spazio al diverso carico regolatorio che deve essere riconosciuto nella disponibilità e nella responsabilità dell’amministrazione, pur dopo la decisione di esternalizzazione».

pratico che il legislatore, facendo riferimento ai soli principi, aveva voluto escludere: e cioè irrigidire eccessivamente la disciplina in materia di affidamento delle concessioni di servizi. E, infatti, attraverso il richiamo alla “norma-principio” si potrebbe legittimare un processo di progressiva riconduzione interpretativa di ulteriori regole puntuali del Codice ad un (più o meno diretto) principio generale della materia.

Ma al di là di ciò, la soluzione ermeneutica prospettata dall’Adunanza plenaria pone un serio problema di certezza del diritto<sup>121</sup> poiché rischia di compromettere la stessa possibilità per le amministrazioni e per gli operatori di settore di conoscere e prevedere in anticipo le regole cui devono essere orientate le rispettive condotte, tanto in sede di organizzazione delle procedure, quanto in sede di partecipazione alla gara<sup>122</sup>. E ciò in considerazione del fatto che la sopramenzionata categoria della “norma-principio” – in contrapposizione alla “mera disposizione” – appare di difficile inquadramento teorico, specialmente nell’ambito di un corpo normativo organico quale è il Codice dei contratti pubblici.

In primo luogo, tale distinzione evoca la (incerta) contrapposizione tra il concetto di “principio” e quello di “norma” che, come è noto, nel secolo scorso ha dato vita ad un importante dibattito dottrinario<sup>123</sup>. Tradizionalmente, infatti, la netta distinzione tra i due concetti si è fondata soprattutto su un’immagine giusnaturalistica del principio che, inteso come fonte esterna all’ordinamento positivo, era relegato in una dimensione politica-ideale e, comunque, extra-giuridica<sup>124</sup>. Più di recente tale distinzione è stata

<sup>121</sup> Su cui rimangono fondamentali le pagine di F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, ove si evidenzia che «l’esigenza di certezza appare come l’esigenza più viva di difesa del soggetto nella sua individualità precisa singola ed irriducibile» ed è «la più ineliminabile esigenza etica, della sua specifica eticità, che il diritto prova nella nostra epoca» (114).

<sup>122</sup> Sul punto si veda A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 15 ss., secondo cui l’esigenza della conoscibilità e della prevedibilità in anticipo delle regole per orientare le condotte dei consociati è un elemento fondamentale per il corretto svolgersi delle relazioni sociali, posto che «quanto più determinata è la regola giuridica tanto maggiore è la certezza che si offre al consociato sul diritto costituito». In questa prospettiva, infatti, «la civiltà giuridica di una società si misura, almeno qualitativamente, dalla esistenza nel suo ordinamento giuridico di regole di comportamento enunciate e rese preventivamente conoscibili dai consociati e dal grado della loro determinatezza, essendo il livello di garanzia della certezza del diritto proporzionale al livello raggiunto dall’equilibrio tra la massima determinatezza delle regole giuridiche e la loro migliore conoscibilità» (17).

<sup>123</sup> Sull’origine e sull’evoluzione storica della distinzione tra norma e principio si veda G. Alpa, *Principi generali*, in *D. disc. priv.*, Torino, Utet, 355 ss.

<sup>124</sup> Si veda, ad esempio, quanto evidenziato da G. Del Vecchio, *Sui principi generali del*

## L'affidamento delle concessioni di servizi

riafferma da alcune teorie liberali, soprattutto di matrice statunitense, che hanno contrapposto nettamente i principi alle *rules*, evidenziando il nesso strettissimo che intercorrerebbe tra principi e diritti<sup>125</sup>.

E tuttavia, il progressivo riconoscimento della “normatività” dei principi ha favorito, soprattutto nel secondo dopoguerra, un processo di attenuazione della contrapposizione tra i due concetti<sup>126</sup>; e infatti anche il principio assolverebbe alla funzione di fornire «prescrizioni, cioè modelli di condotta agli operatori giuridici», in ciò non differenziandosi «da quella cui adempiono norme particolari»<sup>127</sup>. In sostanza, se si abbandona l'idea del

*diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 39 ss., secondo cui il richiamo ai principi generali del diritto nel codice del 1865 doveva intendersi come richiamo al diritto naturale. Ma al di là del richiamo al diritto naturale, la stessa dottrina italiana che, nel secolo scorso, ha maggiormente sostenuto la distinzione tra il principio e la norma (E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949), ha messo in luce la funzione etero-integrativa dei principi generali, attribuendo agli stessi «una forza di espansione, non meramente logica, ma assiologica (...) tale da trascendere il mero diritto positivo» (52). In questa prospettiva, i principi sono stati intesi come meri «orientamenti e ideali di politica legislativa», dotati di «criteri direttivi per l'interpretazione e di criteri programmatici per il progresso della legislazione» e, per questo, distinguibili dalle singole norme dell'ordinamento: per tale ragione «in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico» i principi sarebbero caratterizzati «da un'eccedenza di contenuto deontologico, (o assiologico, che dir si voglia), in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema» (316). In senso critico rispetto a tale espressione, S. Cotta, *I principi generali del diritto. Considerazioni filosofiche*, in *I principi generali del diritto*, cit., 34, secondo cui «l'espressione è per lo meno ambigua poiché sembra porli su un piano metagiuridico, e quindi attribuire carattere morale a ciò che è alla radice del senso giuridico d'una pluralità di norme». In questa prospettiva, secondo l'A., «sarebbe stato più plausibile parlare di eccedenza di validità, restando così sul solido terreno giuridico».

<sup>125</sup> Ci riferiamo naturalmente a R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, il quale, nel tentativo di delineare un «*liberal theory of law*», giunge ad attribuire ai principi un ruolo fondamentale per l'assunzione della decisione del giudice e per la tutela dei diritti. A differenza dei principi, per le norme tradizionali – o norme in senso stretto (*rules*) – si producono automaticamente le conseguenze legali allorquando si realizzano le condizioni prescritte dall'ordinamento.

<sup>126</sup> Come evidenziato dal N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, cit., 887 ss., infatti, non solo nel linguaggio dei giuristi, ma anche nel senso comune, il termine “principio” è usato come sinonimo di “norma”.

<sup>127</sup> Così N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, cit., 890, il quale peraltro sottolinea che i principi vengono comunque ad essere ricavati per progressive generalizzazioni a partire da norme specifiche: da questo punto di vista, «non si riesce a vedere come arrivata a un certo grado di generalità la norma cambi natura e non sia più una norma, ma qualche altra cosa». E tuttavia, lo stesso A. non esclude la presenza di principi che traggono la loro origine «dallo spirito del sistema», principi che sarebbero estratti «dalla natura delle cose», principi «desunti da idee e convinzioni tramandate tanto da apparire patrimonio comune dell'umanità civile» o, ancora, «desunti da idee e convinzioni morali affioranti nella società» (895). In una pro-

principio inteso come valore supremo del sistema<sup>128</sup> e, al tempo stesso, si accoglie una nozione ampia di “norma”, intesa come qualsiasi «enunciato che contenga un orientamento o impulso d’azione», si potrà ricondurre al concetto di norma anche la maggior parte dei principi<sup>129</sup>. E tuttavia, anche in tale caso, diviene comunque necessario stabilire in che modo il principio – ancorché inteso come specie particolare di norma (o «norma di principio») – si venga a distinguere da tutte le altre norme dell’ordinamento<sup>130</sup>.

Tale interrogativo – a cui in dottrina si è tentato di dare risposta mettendo in luce il diverso livello di “determinatezza” e di “prescrittività” che caratterizzerebbe la regola giuridica allorché si atteggi come norma-principio ovvero come semplice norma<sup>131</sup> – appare vieppiù problematico se evo-

spettiva non dissimile, V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, Milano, Bocca, 1941, 240, ha sostenuto la diretta riconducibilità dei principi alle norme giuridiche in senso stretto, posto che i principi stanno alle norme (particolari) come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poizore, a qualcosa che è posteriore e conseguente». E i principi sarebbero quindi da intendersi come “norme-fondamentali” o “norme-base” dell’ordinamento su cui poggiano tutti i rapporti di una determinata società (V. Crisafulli, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, I, 1940). Altri ancora (M.S. Giannini, *L’analogia giuridica*, cit., 226), hanno rigettato la distinzione rigida tra norma e principio, rilevando che, a differenza di quanto generalmente sostenuto, il principio non opererebbe solo in via mediata da una norma, stante l’esistenza di principi che si applicano «direttamente, come potrebbe essere qualsiasi altra norma».

<sup>128</sup> Concezione che accentua la distinzione rispetto alla norma, come sottolineato da R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 342–343, il quale evidenzia che la contrapposizione tra norma e principio, a seconda dei diversi significati attribuiti ai due concetti, può assumere una connotazione «forte» tanto più il principio venga associato ad una dimensione ideologica o politica: in tali casi emerge un’immagine dei principi intesi come «valori pregiuridici, e dunque metagiuridici: in ultima istanza morali».

<sup>129</sup> Rispetto a tali ipotesi è stata prospettata l’immagine della distinzione «debole» tra i due concetti, posto che il principio sarebbe solo una specie particolare di norma (così, ancora, R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 343).

<sup>130</sup> Come sottolineato da R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 343, occorre comunque indagare «quali proprietà una norma debba avere per meritare il nome di “principio”».

<sup>131</sup> Si veda, in particolare, quanto sottolineato da A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 13, secondo cui, se si muove dall’idea di norma «nel senso specifico di regola di fattispecie, strutturata sulla previsione di un evento e sulla prescrizione di un’azione condizionata alla verifica dell’evento», in tale specifica accezione «la norma si contrappone al principio, che è una regola tendenzialmente incondizionata o sottoposta ad una condizionalità diffusa e non puntuale». Secondo l’A., quindi, norma e principio pur essendo entrambi riconducibili al concetto di «regola giuridica», esprimono, la prima quella «regola giuridica che disciplina situazioni di interesse determinate mediante precedetti determinati», il secondo quella «regola giuridica caratterizzata dalla indeterminatezza quanto al momento dell’azione (il dover-fare) o anche quanto al momento del risultato dell’azione (il dover-essere del valore



## I'affidamento delle concessioni di servizi

cato all'interno di un corpo organico di norme, quale è un Codice di settore<sup>132</sup>, nell'ambito del quale il legislatore si è preoccupato di definire esplicitamente i "principi generali" della materia individuando, altresì, puntualmente le norme comuni a tutto il settore dei contratti pubblici e le norme specifiche per ciascun settore o per ciascuna fattispecie contrattuale<sup>133</sup>.

In questa prospettiva, infatti, la distinzione prospettata dall'Adunanza plenaria tra le "norme di principio" e le "mere disposizioni" rischia di introdurre un "criterio di selezione" delle norme che sembra prescindere dalla esplicita volontà del legislatore e che, in quanto comunque espressivo di un "giudizio di valore", appare difficilmente delegabile all'interprete<sup>134</sup>:

giuridico)»: si potrebbe pertanto parlare di distinzione tra una «regola di indirizzo» (il principio generale) e una «regola di «fattispecie» (la norma). Sottolinea il diverso livello di generalità del principio, da ultimo, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., p. 67 secondo cui «i principi di diritto possono intendersi come norme aventi un elevato grado di generalità quanto ai contenuti».

<sup>132</sup> Sul problema della codificazione, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; G. Braibant, *Codification* (1993), in *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1995, VI, 39 ss. Con particolare riferimento alla stagione dei "codici di settore", N. Irti, 'Codici di settore': *compimento della 'decodificazione'*, in *Diritto e società*, 2005, 2, 131 ss.; P. Cappellini e B. Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio, Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000*, Milano, Giuffrè, 2002; S. Caprioli, *Codice (abbozzo di una voce per un dizionario di diritto privato)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 379 ss.; G. Savini, *Esperienze di nuova codificazione: i codici di semplificazione di settore*, Padova, Cedam, 2007; C. Meoli, *La codificazione di settore. Modelli, casi e problemi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.

<sup>133</sup> Certamente, come ha sottolineato R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 349, l'attività di riconduzione di una determinata disposizione ad un principio è il frutto di una valutazione che, generalmente, è posta in essere dall'interprete. E, come ha sottolineato S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 499, il fatto che il legislatore individui una norma come principio non esclude che l'interprete possa individuare altri principi, posto che «è pur sempre compito suo attribuire ad un enunciato legislativo la qualifica di principio». Ma tale valutazione va limitata là dove ci si trovi all'interno di un codice che «autoqualifica» i principi della materia e, soprattutto, fa espresso rinvio per le categorie speciali a delle norme considerate di rilevanza generale.

<sup>134</sup> Quest'ultimo, infatti, pur potendo essere chiamato ad innovare una disciplina "legislativa lacunosa", deve comunque rimanere vincolato alla soluzione del caso concreto: come ha sottolineato S. Bartole, *Principi generali del diritto*, cit., 515, infatti, se è vero, che in presenza di un enunciato legislativo vago o assente l'interprete pone in essere un'attività innovativa che, in astratto, poteva essere di competenza del legislatore e che si atteggia comunque come attività creatrice di diritto (posto che discende direttamente dalle «potenzialità normogenetiche del principio e dei principi da cui legislatore e giudice hanno preso le mosse»), a differenza dell'attività legislativa, quella giudiziaria opera solo con riferimento alla decisione del caso concreto: gli eventuali effetti normativi d'ordine generale «derivano solo indirettamente, non per sua forza diretta ma per l'incidenza di un fattore concomitante (quale può essere l'operatività del principio "stare decisis")».

come è stato sottolineato, infatti, una simile distinzione implica comunque l'affermazione di una sorta di «superiorità»<sup>135</sup> di alcune norme (le “norme-principi”) rispetto ad altre (le “mere disposizioni”).

Da questo punto di vista, al di là della specifica fattispecie di cui all'art. 84 del Codice che regola la formazione della Commissioni – e la cui ricostruzione come “norma-principio” appare peraltro dubbia<sup>136</sup> – sono molti i casi in cui potrebbe risultare difficile, non solo per l'interprete ma soprattutto per gli operatori del settore, ricondurre una determinata norma del Codice alla categoria delle “norme di principio” o alle “mera disposizione”. Ciò anche in considerazione del fatto che ci troviamo dinanzi ad un Codice fortemente orientato e plasmato alla logica “pro-concorrenziale” e in cui sono davvero poche le norme che possono essere considerate meramente procedimentali o, comunque, non direttamente riconducibili a (o espressione di) tale finalità<sup>137</sup>. Peraltro, ai fini di una simile analisi, non risulta

<sup>135</sup> Come sottolineato, infatti, «trattare una norma come principio significa appunto assumerne la superiorità – quanto meno la superiorità *assiologica* – rispetto ad un'altra»: così R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 352, secondo cui «in sedi di interpretazione, argomentare per principi consiste nel fare appello ad una norma (esplicita o implicita), di cui si assume la “superiorità” rispetto alla norma da interpretare».

<sup>136</sup> E infatti, con riguardo al divieto dei commissari di svolgere altre funzioni nella procedura, appare meno diretto o, comunque, più sfumato il nesso con il principio di imparzialità. E ciò soprattutto se si considera che tale regola – che dovrebbe assurgere a “norma-principio” di riferimento di tutta la materia – non trova espressamente applicazione per il Presidente della Commissione medesima. Anche con riguardo al momento della nomina della Commissione, non è affatto da escludere che si possa preservare il principio di imparzialità e trasparenza anche a prescindere dall'applicazione di un divieto assoluto come quello prospettato dall'art. 84, c. 10. Come evidenziato, ad esempio, da Cons. St., V, n. 4311/2010, posto che «la finalità dell'art. 84 co. 10 del Codice è (...) di assicurare che le stazioni appaltanti osservino, nella nomina delle commissioni di gara e nella scelta dei componenti, quei rigorosi principi di correttezza e trasparenza necessari ad assicurare il corretto svolgimento della procedura ed evitare ogni forma di possibile coinvolgimento dei singoli commissari con le imprese partecipanti», potrebbe comunque essere accertato in concreto che, con riguardo allo specifico andamento della procedura, siano stati rispettati o meno i principi di trasparenza e di correttezza del procedimento (tale accertamento, nel caso oggetto della pronuncia in esame, aveva peraltro dato esito negativo anche in ragione del fatto che l'impresa ricorrente non aveva fornito «alcuna dimostrazione di avere subito pregiudizi dalla nomina della commissione anteriormente al termine di presentazione delle offerte né dedotto, anche come principio di prova, che la presenza della commissione nel momento della ricezione delle offerte [avesse] cagionato una qualche influenza di taluna delle partecipanti sui componenti la commissione stessa»).

<sup>137</sup> Sulla pervasività dell'interesse “pro-concorrenziale” nel Codice dei contratti pubblici, M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n- 2, 297 ss. Mette invece in evidenza la logica di «apertura dei mercati dei contratti»

## L'affidamento delle concessioni di servizi

neanche utile l'indagine sulla (più o meno marcata) "specialità" della norma, al fine di escluderne l'applicazione generalizzata<sup>138</sup>; e ciò in ragione del fatto che, come insegna autorevole dottrina, lo stesso concetto di "norma eccezionale" è relativo e varia a seconda del principio che di volta in volta si prende a riferimento<sup>139</sup>; con la conseguenza che all'interno di un medesimo corpo normativo possono esservi norme più o meno eccezionali o di dettaglio per le diverse fattispecie considerate, a seconda che si prenda a riferimento un principio o un altro. Ma al di là di ciò, è lo stesso criterio della connessione diretta e immediata di una norma ad un determinato principio ad apparire sfuggente: e infatti, se è vero che dietro ad ogni norma vi è sempre un principio, «una *ratio*, cioè uno scopo che la norma è diretta a perseguire, o un valore, da cui la norma è giustificata»<sup>140</sup>, non risulta sempre facile individuare con precisione quale sia il principio espressivo di una data norma, posto che, come è stato evidenziato, «è raro che una norma risponda ad uno scopo univoco e ben definito»<sup>141</sup>.

Orbene, a fronte di tali incertezze ermeneutiche, legittimare un così ampio spazio interpretativo in favore del giudice amministrativo può rischiare di compromettere gravemente la possibilità per gli operatori di set-

che caratterizza tale disciplina, la quale, tuttavia, non avrebbe a che fare con l'applicazione della concorrenza in senso stretto, F. Trimarchi Banfi, *Procedure negoziate e regole di concorrenza*, cit., 728 ss.

<sup>138</sup> Da questo punto di vista, la distinzione proposta dall'Adunanza plenaria tra norme-principio e norme di dettaglio, inoltre, pare evocare la ricostruzione di M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, cit., 224, il quale – al fine di legittimare l'estensione analogica – ha sostenuto che tutte le norme si sarebbero potute ricondurre ad un principio, salvo quelle «a fattispecie esclusiva», le quali «per il loro contenuto esclusivo non sono in grado di estendersi ad alcuna altra situazione di fatto»

<sup>139</sup> In questo senso, M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, cit., 245, secondo cui «siccome i principi sono ordinati gerarchicamente, ogni norma può essere insieme comune ed eccezionale a seconda che si consideri come facente parte del sistema di un principio di fronte al sistema di un principio superiore, nel seno del quale il sistema del principio in cui la norma rientra immediatamente costituisce una deviazione. Per cui il concetto di norma eccezionale è appunto concetto di relazione e non di sostanza (relazione tra sistemi di principi e tra norme di principi), e concetto relativo, perché varia a seconda dal principio che si consideri».

<sup>140</sup> Così R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 348, il quale evidenzia altresì che molti dei c.d. "principi impliciti" dell'ordinamento sono stati ricavati "per induzione" proprio a partire da norme particolari.

<sup>141</sup> Così, R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 349, il quale sottolinea che «nella maggior parte dei casi, costruire un principio consiste piuttosto nell'avanzare una congettura intorno alle ragioni (agli scopi, alle intenzioni, ai valori) del legislatore», posto che «ogni risultato che una norma (se osservata e/o applicata) è idonea a produrre può essere assunto a ragion d'essere di quella norma».

tore di conoscere o prevedere in anticipo, con un ragionevole livello di sicurezza, la disciplina effettivamente applicabile in sede di affidamento delle concessioni<sup>142</sup>. Ciò, peraltro, potrebbe contribuire a “svuotare” di significato la stessa *ratio* di semplificazione e, al tempo stesso, di grande autonomia in favore delle amministrazioni, che è sottesa all’art. 30 del Codice: e infatti le stazioni appaltanti si vedranno verosimilmente costrette a fare espresso rinvio, nei propri bandi, a molteplici disposizioni del Codice in materia di appalti al fine di scongiurare la possibile invalidazione dell’intera gara in ragione della mancata applicazione di una “norma-principio”<sup>143</sup>.

Da questo punto di vista, invece, il rinvio ai principi dovrebbe essere funzionale ad assicurare la massima flessibilità per le amministrazioni, fatta salva la possibilità del giudice di valutare se, in concreto, la singola scelta posta in essere dall’amministrazione, nonché il concreto svolgimento della gara, abbiano alterato le finalità e i criteri che ispirano il settore dei contratti pubblici<sup>144</sup>. Un simile approccio consentirebbe di valorizzare al massimo grado le specifiche esigenze organizzative delle singole amministrazioni<sup>145</sup> e, al tempo stesso, di esaltare la forza “orientativa” del principio, soprattutto all’interno di un Codice di settore<sup>146</sup>. Da questo punto di vista, infatti, a fronte

<sup>142</sup> E infatti, a fronte di una procedura snella e scarsamente formalizzata, incomberà sempre il rischio che la stessa possa essere travolta in ragione della decisione operata dal giudice di considerare una data norma come espressione, più o meno diretta, di un principio generale della materia.

<sup>143</sup> Come chiarito dalla recente Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., «tanto la definizione di “concessione” quanto il contenuto preciso degli obblighi di trasparenza e di non discriminazione previsti dal trattato risultano poco chiari. La conseguente mancanza di certezza giuridica accresce il rischio di cancellazione o cessazione anticipata di contratti aggiudicati illegalmente e, da ultimo, scoraggia le autorità dal ricorrere a concessioni anche laddove questo tipo di contratto può essere una soluzione valida».

<sup>144</sup> Nel caso in esame, ad esempio, lungi dal considerare applicabili alle concessioni – secondo una prospettiva analogica – delle norme espressamente riferibili agli appalti, si sarebbe dovuto verificare, *in concreto*, se la specifica ricostruzione e andamento della procedura avesse leso il principio di imparzialità e di trasparenza. Il ricorso ai principi, in definitiva, può legittimare ontologicamente un approccio meno formalista da parte dell’interprete e maggiormente attento alle specifiche esigenze delle amministrazioni.

<sup>145</sup> Si pensi, ad esempio, alla difficoltà, per un piccolo Comune di assicurare delle professionalità distinte per ciascuna fase della procedura ad evidenza pubblica in ossequio alla regola di cui all’art. 84, c. 4.

<sup>146</sup> Come chiarito proprio dall’Adunanza plenaria, infatti, nell’ambito di un Codice sono principi generali quelli «che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti» (punto 2). Si tratterebbe dei «prin-

## L'affidamento delle concessioni di servizi

della continua perdita di efficacia e di qualità della normazione ordinaria<sup>147</sup>, i principi generali vengono a ricoprire una funzione fondamentale di orientamento per l'interprete ed i consociati e, quindi, a garanzia di una maggiore certezza del diritto<sup>148</sup>.

Certamente non può negarsi che l'intervento dell'Adunanza plenaria e la precedente giurisprudenza amministrativa disvelano un problema di scarsa razionalità all'interno dell'impianto del Codice e delle stesse direttive comunitarie. Come evidenziato di recente anche in sede comunitaria, infatti, l'attuale disciplina normativa delle concessioni si caratterizza per un elevato grado di incertezza che ha inciso, e continua a incidere, sugli scambi transfrontalieri e sulla creazione di un mercato unico<sup>149</sup>.

Orbene, a fronte di tale situazione, posto che non appare possibile delineare, in via meramente interpretativa, una disciplina giuridica più definita, occorre domandarsi fino a che punto appaia ancora giustificata la scelta del legislatore (europeo e nazionale) di prevedere una distinzione così netta tra il regime degli appalti e quello proprio delle concessioni dei servizi rispetto

cipi generali di un settore» che «esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili» (punto 2). Come sottolineato da E. Betti, *Interpretazione della legge*, cit., 312, il principio «designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata»; al contrario, «le norme singole non rispecchiano se non in parte i principi generali ai quali si informano e si riconnettono», così da escludere quella «meccanica equivalenza a convertibilità dei due termini».

<sup>147</sup> Su cui, M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza 2002; G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006; B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011. In generale, sul problema della qualità della normazione, S. Cassese, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 307 ss. e, con particolare riferimento all'attività di regolazione, di recente, M. De Benedetto, M. Martelli e N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011.

<sup>148</sup> In questo senso A. Falzea, *Relazione introduttiva*, cit., 11 il quale parla di «massa fluttuante di leggi che per loro occasionalità ed effimerità si presentano nelle vesti dimesse di una legislazione emeritofa»; secondo l'A., in tale contesto «l'affievolimento del peso etico-sociale delle norme ordinarie sembra trovare un compenso nel rafforzamento dei principi generali». Sul punto, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, cit., p. 67 sottolinea «la rilevanza centrale dei principi, per ricondurre a maggiore uniformità od omogeneità disposizioni frammentate e talora discordanti le une rispetto alle altre, per garantire maggiore certezza giuridica e per assicurare tutele più solide ai destinatari».

<sup>149</sup> Come ha chiarito la Commissione in sede di redazione della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., «l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno».

alla relativa fase di affidamento<sup>150</sup>; e ciò soprattutto se è vero – come evidenziato dalla stessa pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 13/2013 al fine di legittimare l’estensione dell’art. 84 del Codice alle concessioni – che è in atto un processo di «tendenziale assimilazione» tra l’appalto di servizi e la concessione di servizi, «almeno sotto il profilo del procedimento di scelta dell’altro contraente»<sup>151</sup>. Da questo punto di vista, infatti, se la *ratio* dell’art. 30 è quello di «vincolare i soggetti aggiudicatori a rispettare anche nelle procedure di affidamento» delle concessioni «i principi dell’evidenza pubblica comunitaria, tra i quali i canoni di trasparenza» invalsi nelle procedure di affidamento degli appalti, e ciò «attraverso una procedura tipica di gara, nella quale si impone l’esigenza che il confronto competitivo sia effettivo e leale, pena altrimenti la vanificazione delle finalità stesse del procedimento selettivo di stampo concorsuale»<sup>152</sup>, non sembra più sufficiente l’attuale richiamo del legislatore al rispetto dei soli principi generali in materia di contratti pubblici.

Tutto ciò rende evidente la necessità di un intervento normativo in materia di concessioni di servizi che – pur rispettando l’esigenza di maggiore flessibilità che deve caratterizzare l’affidamento delle concessioni (soprattutto al fine di preservare l’autonomia e la responsabilità della Amministrazioni rispetto all’organizzazione del servizio da esternalizzare<sup>153</sup>) – sia comunque in grado di delineare una disciplina regolatoria sovranazionale maggiormente definita, sulla falsariga di quanto già avvenuto, ad esempio, in materia di concessioni di lavori<sup>154</sup>.

<sup>150</sup> Sulla progressiva sottoposizione delle concessioni alle regole dell’evidenza pubblica, R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 163.

<sup>151</sup> Così, Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 4. Da questo punto di vista, infatti, la stessa estensione analogica della normativa sugli appalti alla normativa sulle concessioni evidenzia chiaramente una comunanza di *ratio*, quantomeno rispetto alla fase di affidamento, che imporrebbe una più chiara formalizzazione da parte del legislatore: come sottolineato da M.S. Giannini, *L’analogia giuridica*, cit., 210, infatti, con riguardo al ragionamento analogico, poiché l’estensione avviene alla luce di un principio sovraordinato, «l’istituto cui la norma verrà estesa risulta, all’interpretazione sistematica, specie di una più generale categoria, in cui rientra anche l’istituto che la norma da estendere riflette». Sul punto si veda A. Massera, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, cit., 155, il quale evidenzia la tendenza alla «ricomposizione» dell’intera vicenda contrattuale che caratterizza gli appalti e le concessioni e che troverebbe espressione, nonostante le differenze normative, «nella comune sottoposizione ai principi fondamentali della disciplina contrattuale pubblica quali quelli dettati dal diritto sovranazionale a salvaguardia e sostegno della concorrenza “per” il mercato».

<sup>152</sup> Così, ancora, Cons. St., ad. plen., n. 13/2013, punto 4.

<sup>153</sup> Su cui, A. Massera, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, cit., 81.

<sup>154</sup> L’importanza di una regolazione sovranazionale, ancorché di livello “minimo”, è confermata dall’esame della stessa controversia portata all’attenzione dell’Adunanza plenaria

## I'affidamento delle concessioni di servizi

In questa direzione è da guardare con favore la recente Proposta di una direttiva in materia di affidamento delle concessioni, attualmente al vaglio delle istituzioni europee<sup>155</sup>. Tale intervento tenta di ovviare al problema dell'incerta interazione tra le competenze sovranazionali e le competenze nazionali in materia di concessioni<sup>156</sup>; problema che ha scontato la radicazione, nei diversi ordinamenti nazionali, di un'immagine "mistica" della concessione come strumento di delegazione di una pubblica funzione al privato e la cui regolazione, in ragione di ciò, doveva essere "riservata" ai singoli Stati membri<sup>157</sup>. Da questo punto di vista, invece, il diritto comunitario è chia-

n. 13/2013: in tale caso, infatti, la decisione circa l'applicabilità dell'art. 84 del Codice alle concessioni di servizi è avvenuta soprattutto attraverso il richiamo al principio di imparzialità: come sottolineato dai giudici amministrativi «le regole, quali quelle contenute nell'art. 84 sui "tempi" della formazione e sulla "regolare composizione" di un organo amministrativo (tali regole aventi natura sostanziale e non ogni diversa disposizione procedurale) siano un predicato dei principi di trasparenza e di imparzialità, per cui le disposizioni di cui ai commi 4 e 10 devono ritenersi espressione di principio generale del codice e, pertanto, applicabile, ai sensi dello stesso articolo 30, anche alle concessioni di servizi pubblici». Siamo quindi dinanzi ad un esito interpretativo "domestico", che trae fondamento dal dettato costituzionale dell'art. 97 Cost. e dall'art. 1, l. n. 241/1990 ma a cui, probabilmente, non si sarebbe potuto non pervenire in altri Stati membri dell'Unione.

<sup>155</sup> Si tratta della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, cit.

<sup>156</sup> Come chiarito dalla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, infatti, l'obiettivo di assicurare la trasparenza nel mercato delle concessioni «non potrebbe essere raggiunto in misura sufficiente dall'azione degli Stati membri, la quale produrrebbe inevitabilmente procedure divergenti se non addirittura regimi procedurali in conflitto, aggravando la complessità normativa e ponendo ostacoli ingiustificati alle attività transfrontaliere. In effetti, fino a oggi numerosi Stati membri non hanno interpretato, ne precisato adeguatamente e neppure attuato i pertinenti principi del trattato in materia di trasparenza e parità di trattamento in modo da garantire la corretta aggiudicazione dei contratti di concessione. La conseguente mancanza di certezza giuridica e l'esclusione dal mercato difficilmente potrà trovare rimedio senza un intervento a livello opportuno».

<sup>157</sup> Su cui, chiaramente, R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., p. 167 il quale evidenzia che «il diritto dell'Unione europea non vede l'aspetto, certo mistico ma caro alla dottrina italiana, ma anche a quella francese, e spagnola, del trasferimento di pubbliche potestà dal concedente al concessionario». Il problema del "riparto di competenze" tra livello sovranazionale e livello nazionale in materia di concessioni viene anche ad incidere sulla stessa possibilità di accogliere, sul piano interno, la nozione "contrattuale" di concessione prospettata dal diritto comunitario: sul punto, si vedano le riflessioni di E. Picozza, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, cit., 17 ss. secondo cui il diritto comunitario avrebbe posto in essere una vera e propria «armonizzazione sostanziale» delle categorie giuridiche del diritto dei contratti pubblici, in grado di incidere sugli stessi istituti nazionali. In chiave critica rispetto

mato a fornire una “rete di sicurezza” sufficientemente flessibile, ma al tempo stesso maggiormente chiara e definita, che sia in grado di guidare gli Stati membri nella regolazione domestica dell’affidamento delle concessioni<sup>158</sup>. Si tratterebbe di una regolazione che – senza limitare la libertà degli Stati di svolgere e organizzare, anche in via diretta, i propri compiti di interesse pubblico<sup>159</sup> – interverrebbe solo nell’ipotesi in cui i pubblici poteri decidano di ricorrere ad un soggetto terzo per lo svolgimento di un determinato servizio: e ciò, come ha precisato la Proposta di direttiva, al fine di garantire «un effettivo accesso al mercato di tutti gli operatori economici dell’Unione»<sup>160</sup>.

Dal punto di vista del contenuto, la Proposta – in maniera del tutto condivisibile – mira ad assicurare un regime giuridico di riferimento in materia di concessioni che sia certo<sup>161</sup> ma anche sufficientemente autonomo da

a tale prospettiva, R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 106 ss. e F. Fracchia, *Concessioni amministrative*, cit., p. 267 ss., i quali relegano la logica dell’intervento comunitario alla sola apertura della concorrenza, senza far discendere conseguenze rilevanti sul piano della definizione del regime nazionale delle concessioni, le quali, invece, rimarrebbero saldamente ancorate alla potestà organizzativa dei singoli Stati membri.

<sup>158</sup> Come chiarito nella Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., 2, «anche se gli Stati membri adottassero norme per istituire un quadro giuridico fondato sui principi del trattato, rimarrebbe comunque il rischio dell’incertezza giuridica connessa alle interpretazioni di tali principi da parte dei legislatori nazionali e alle grandi disparità tra le diverse legislazioni dei singoli Stati membri. In alcuni casi la totale assenza di legislazione nazionale è stata indicata come causa delle aggiudicazioni dirette, che comportano rischi di pratiche scorrette o persino di corruzione».

<sup>159</sup> Sul punto si veda il monito posto in essere da R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 106 ss. secondo cui la *ratio* dell’intervento del diritto comunitario nel settore delle concessioni, sarebbe comunque quella di tracciare un confine tra appalti e concessioni di servizi al fine di assicurare la massima estensione del principio dell’evidenza pubblica, ma non di «incidere sulla potestà organizzativa degli Stati membri». Tale profilo pare essere tenuto in adeguata considerazione dalla stessa Proposta di Direttiva, cit., 1, la quale evidenzia che «il diritto dell’Unione europea non limita la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di svolgere i compiti di interesse pubblico che rientrano nell’ambito delle loro competenze utilizzando le risorse proprie».

<sup>160</sup> Così la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., 1, secondo cui «quando un’amministrazione aggiudicatrice decide di affidare tali compiti a un soggetto esterno occorre garantire un effettivo accesso al mercato a tutti gli operatori economici dell’Unione».

<sup>161</sup> La «certezza giuridica» è uno degli obiettivi della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., ove si precisa che «l’obiettivo principale della direttiva è di definire chiaramente il quadro giuridico applicabile all’aggiudicazione di concessioni, senza dimenticare però l’esigenza di delimitare



## L'affidamento delle concessioni di servizi

quello degli appalti<sup>162</sup>. A tal fine viene presa a riferimento la normativa in materia di “concessione di lavori”, le cui principali regole vengono ad essere estese alle concessioni di servizi, anche di pubblica utilità<sup>163</sup>. E tuttavia, una volta precisato l’ambito di applicazione della direttiva<sup>164</sup>, vengono ulteriormente rafforzati e razionalizzati i requisiti e i criteri applicabili alle singole fasi del processo di aggiudicazione, al fine di limitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici su aspetti strettamente funzionali ad assicurare la massima trasparenza ed equità del procedimento, quali gli oneri di pubblicità, le garanzie procedurali, i criteri di selezione delle offerte, i criteri di aggiudicazione, la disciplina dei termini, ma anche su profili che interessano la fase di esecuzione, quali il subappalto e la modifica o la cessazione del rapporto<sup>165</sup>.

In definitiva, la proposta di riforma, nel razionalizzare la disciplina comune a tutte le concessioni di lavori e servizi (anche pubblici), contribuisce indubbiamente a rafforzare il pieno inserimento di tali strumenti nel sistema giuridico della contrattualità pubblica. E ciò appare assolutamente ragionevole se è vero che il principale elemento in grado di contraddistinguere la concessione dall’appalto pubblico risiede nella diversità dell’operazione economica sottesa alla stipula del contratto e, in particolare, nell’assunzione del rischio da parte dell’operatore privato<sup>166</sup>. Una simile differenziazione

con precisione il campo di applicazione di tale quadro. Gli specifici obblighi vigenti in materia di concessioni rafforzeranno la certezza giuridica, da un lato offrendo alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori norme precise che integrino i principi del trattato che disciplinano l’aggiudicazione delle concessioni, e dall’altro fornendo agli operatori economici alcune garanzie di base concernenti la procedura di aggiudicazione».

<sup>162</sup> Come chiarito nella Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., 4, infatti, «un approccio più restrittivo, consistente in una semplice estensione alle concessioni delle disposizioni applicabili agli appalti pubblici, è stato ritenuto controproducente perché avrebbe potuto scoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici dal ricorrere alle concessioni».

<sup>163</sup> Secondo la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, cit., 3, «la soluzione ottimale che è stata individuata consiste in una legislazione basata sulle vigenti disposizioni in materia di concessioni di lavori pubblici adeguatamente modificate e integrate da una serie di disposizioni specifiche».

<sup>164</sup> Un’intera sezione (artt. 8–15) è dedicata alla definizione delle fattispecie escluse dall’applicazione della disciplina.

<sup>165</sup> In particolare, il titolo I è dedicato alle «definizioni, principi generali e campo d’applicazione» (artt. 1–25), il titolo II è dedicato alle «norme sull’aggiudicazione di concessioni» (artt. 26–40), il titolo III alle «norme sull’esecuzione delle concessioni» (artt. 41–43) e il titolo IV alle procedure di ricorso (artt. 44–45).

<sup>166</sup> In questo senso, A. Massera, *Lo Stato che contrae e che si accorda*, cit., 79 il quale evidenzia che «l’assimilazione tra prestazioni di servizi all’amministrazione (come attività che

“funzionale” può avere – semmai – delle conseguenze rispetto al regime giuridico della fase di gestione ed esecuzione del contratto<sup>167</sup>, ma non giustifica più l’attuale, e così netta, differenziazione della disciplina applicabile alla procedura di gara: ciò, infatti, oltre ad essere un elemento di incoerenza nel sistema della contrattualistica pubblica, costituisce un fattore di grave incertezza per le singole amministrazioni e per gli operatori del settore, a cui – per quel che si è detto – si potrà ovviare solamente *de iure condendo*, mediante una declinazione, in regole maggiormente definite, dei principi generali che informano la materia dei contratti pubblici<sup>168</sup>.

l’amministrazione acquista per un proprio uso) e prestazioni di servizio al pubblico (come attività che l’amministrazione acquista o comunque regola affinché sia garantita una utilità individuale ai membri della collettività di riferimento), nel momento in cui elide la rilevanza del profilo finalistico delle prestazioni stesse, si riflette, dislocandone la posizione, sull’elemento della trinagolarità delle relazioni intraprese, che pure è componente strutturale caratteristica delle seconde; questa componente, dunque, è ora messa in rilievo soprattutto come modalità principale di evidenziazione del fattore – il rischio derivante dalla gestione, inteso come ischio connesso al fatto di essere remunerata dal mercato – che è assunto dall’ordinamento, proprio per il suo trasferimento “a carico completo o pressoché completo” sull’operatore economico, come *connotato tipizzante* la concessione rispetto all’appalto, pur nella comune attrazione nell’area della *contrattualità pubblica* e sotto la copertura dei medesimi principi» (enfasi aggiunta).

<sup>167</sup> Sul piano dell’esecuzione del rapporto, infatti, l’assimilazione tra concessione e appalto continua ad essere osteggiata dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante, soprattutto là dove venga in considerazione un servizio pubblico. Sul punto, da ultimo, si veda Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, secondo cui, rispetto alle concessioni di servizio pubblico «non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell’esigenza di concentrare presso un’unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario». Per un auspicabile avvicinamento delle “vicende” relative alla fase di esecuzione e gestione del rapporto concessorio al regime degli appalti – in ragione della simile struttura “paritetica” che caratterizza il rapporto, sempre più fondato sulla relazione diritto-obbligo e sempre meno su quella potere-interesse – sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio*, cit., spec. 616 ss.

<sup>168</sup> E ciò, anche in ragione del fatto che, come evidenziato da R. Guastini, *Principi di diritto*, cit., 344, i principi generali sono «norme teleologiche» che «non prescrivono un preciso comportamento, ma raccomandano un fine, per conseguire o realizzare il quale i destinatari possono scegliere tra una pluralità di comportamenti alternativi».

*Abstract*

*The Award of Services Concessions Contracts between General Principles and Specific Rules*

*Service concession contract is a traditional legal institute in administrative law that today has been “attracted” under the jurisdiction of European law in order to reinforce the single market and to strengthen competition law in the Member States. Nevertheless the regulation of the award of service concession contracts is still incomplete and based essentially on the general principles of European law mentioned in the Treaties (such as equal treatment, non-discrimination, transparency, competition, proportionality). In this context, especially the Italian administrative jurisprudence is playing an important role in trying to better distinguish the essential features of a service concession contract from the other public contracts and to outline “a basic framework” for the award procedures. Sometimes, however, the judicial decisions try to extend to the service concession contracts the application of many detailed rules, that are expressly referred to other public contracts, beyond any legislative provision. On one side, this sort of “creative” jurisprudence risks overturning the aim of the legislator to consider applicable only the general principles in order to maintain a greater flexibility and rapidity in the procedures and to preserve an important autonomy of the public administrations; on the other side, it risks creating a great legal uncertainty in the public authorities as well as in the stakeholders. In this perspective, the proposal for a directive of the European Commission on the award of service concession contracts, that seeks to define a clearer legal framework without unduly limiting the need for flexibility and rapidity of the procedure, should be looked at with favor.*



SERGIO MAROTTA

## NÉ MERCATO, NÉ STATO, NÉ SOCIETÀ: IL CASO ALITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Governo e l'Alitalia. – 3. La Corte costituzionale e l'Alitalia. – 4. L'Antitrust e l'Alitalia. – 5. Gli ultimi sviluppi. – 6. Considerazioni conclusive.

### **1. Premessa**

È tornato in questi giorni all'attenzione delle cronache il caso della compagnia aerea Alitalia che aveva già occupato a lungo il dibattito politico italiano prima e dopo le elezioni della primavera del 2008.

All'epoca l'intera campagna elettorale fu condizionata dalla volontà di una parte politica di promuovere l'ennesimo salvataggio della compagnia di bandiera e di preservarne la 'italianità' con l'immediato risultato di mandare a monte l'offerta di acquisto dell'Alitalia da parte del gruppo Air France-Klm. Il governo Prodi aveva, infatti, da tempo deciso la privatizzazione della compagnia di bandiera, ma i vari tentativi esperiti non avevano raggiunto i risultati sperati e anzi avevano rischiato di aggravare la situazione della società. Pertanto, nel marzo del 2008, era stata accolta la proposta di Air France-Klm di rilevare l'intero pacchetto azionario dell'Alitalia, offerta peraltro condizionata al raggiungimento di un accordo con i sindacati dei lavoratori.

Nei mesi immediatamente successivi alla vittoria elettorale del 2008, diventato presidente del Consiglio, Silvio Berlusconi aveva chiesto al governo Prodi, ancora in carica per gli affari correnti, di autorizzare un prestito a favore di Alitalia di 300 milioni di Euro. Nel frattempo si adoperò affinché i cosiddetti "capitani coraggiosi" – una cordata composta da alcuni tra i principali imprenditori italiani – garantissero il salvataggio della compagnia di bandiera attraverso il "Piano Fenice" elaborato da Banca Intesa, allora guidata da Corrado Passera che sarebbe poi divenuto Ministro per lo Sviluppo economico del governo Monti.

Il "Piano Fenice" doveva far rinascere l'Alitalia dalle sue ceneri sulla spinta della promessa elettorale di Berlusconi e anche di una vasta fetta di

opinione pubblica che non sembrava ancora pronta a rinunciare a veder volare aerei con la livrea tricolore sulle ali.

Fu così che si realizzò l'ultima complessa operazione finanziaria di salvataggio che si concretizzò, da una parte, nella creazione di una *bad company* in cui andarono a confluire i debiti della vecchia Alitalia pubblica e, dall'altra, nella fusione, mediante concentrazione, tra due compagnie aeree la Air One, che faceva capo all'imprenditore Carlo Toto, e l'Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A., allora ancora di proprietà del Tesoro. In realtà l'operazione consistette nella gestione del fallimento della vecchia Alitalia pubblica e nella privatizzazione di un ramo di quell'azienda che dal Tesoro passò sotto il controllo della nuova società Alitalia Cai S.p.A.

A seguito di quell'operazione la compagnia di bandiera diventava completamente privata: la società era detenuta per il 75 per cento da imprenditori italiani e per il 25 per cento dal gruppo Air France Klm. Agli azionisti italiani andò la presidenza della nuova società attribuita a Roberto Colaninno che aveva svolto la parte principale nel coordinamento degli imprenditori italiani che, nella maggioranza dei casi, provenivano da settori economici distanti da quello dell'aviazione civile.

Le complesse e oscure vicende legate alla privatizzazione dell'Alitalia durante il periodo del governo Prodi e del successivo governo Berlusconi, con vere e presunte cordate di imprenditori italiani disposti ad assumere il controllo della compagnia, sono state oggetto di una dettagliata ricostruzione, da parte di Gianni Dragoni giornalista de «Il Sole 24 Ore»<sup>1</sup>. Mentre il 6 maggio 2013 è stata presentata alla Camera la proposta di costituzione di una Commissione parlamentare d'inchiesta volta a chiarire, tra l'altro, quali siano state le ragioni che, nell'aprile del 2008, hanno indotto Air France-Klm a ritirare l'offerta di acquisto di Alitalia e quale sia stato il prezzo effettivamente pagato da Cai per l'acquisto dei beni produttivi di Alitalia<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> G. Dragoni, *Capitani coraggiosi. I venti cavalieri che hanno privatizzato l'Alitalia e affondato il paese*, Chiarelettere, Milano, 2011. Per una ricostruzione della vicenda si veda anche C. Osti, *Alitalia: la dolorosa storia. I Puntata*, in *Mercato concorrenza regole*, a. X, n. 2, agosto 2008, 317-327.

<sup>2</sup> Proposta d'inchiesta parlamentare d'iniziativa dei deputati Boccadutri et al. per l'Istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta sulla cessione dei beni produttivi della società Alitalia – Linee aeree italiane Spa alla Compagnia aerea italiana Spa, presentata il 6 maggio 2013 (Camera dei deputati, XVII legislatura, doc. XXII, n. 4).

## 2. Il Governo e l'Alitalia

Mentre l'architettura finanziaria fu messa insieme da Banca Intesa, il Governo, giacché l'Alitalia era una società controllata dal Tesoro ma operante in condizioni di mercato, diede solo un 'appoggio esterno' all'operazione di salvataggio attraverso un decreto legge che spianò la strada alla nuova compagnia aerea. Ciò andava, peraltro, nella direzione di quanto sancito dal noto accordo Andreatta-Van Miert del 1993 che prevedeva la normalizzazione delle condizioni di operatività delle ex partecipazioni statali.

Con il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, meglio noto come decreto Alitalia, il Governo dell'epoca non si limitò ad apportare rilevanti modifiche alla normativa sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi – il decreto Marzano del dicembre 2003 convertito in legge nel febbraio 2004 –, ma sospese, per legge, i poteri autorizzatori e di controllo dell'Autorità antitrust sugli effetti anticoncorrenziali dell'operazione di salvataggio dell'Alitalia. Tale operazione, infatti, consisteva nella fusione tra la prima e la seconda compagnia aerea italiana, l'Alitalia e l'Air One, che avrebbe portato al rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Una concentrazione sicuramente anomala che doveva essere sottoposta all'autorizzazione dell'Antitrust ai sensi della legge n. 287/90.

In particolare l'articolo 1, comma 10, del decreto Alitalia introduceva nell'art. 4 del decreto Marzano il comma 4-quater con il quale si autorizzava il Commissario straordinario a usare la trattativa privata anziché la procedura di evidenza pubblica per la vendita dell'unico ramo attivo della vecchia Alitalia e il comma 4-quinquies in base al quale veniva escluso l'obbligo di autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e veniva sospeso il potere di controllo della medesima Autorità per un periodo non inferiore a tre anni.

Insomma il decreto Alitalia negava tutti gli elementi basilari dell'economia di mercato: evitava la procedura di evidenza pubblica per la cessione di un'azienda di proprietà statale; autorizzava un'operazione di concentrazione lesiva in modo sostanziale e durevole della libera concorrenza senza il benessere dell'Antitrust e sospendeva per tre anni i poteri di controllo della stessa Antitrust sulla situazione anomala che si sarebbe venuta a creare. Per di più predispondeva artificialmente condizioni di monopolio in un mercato potenzialmente concorrenziale in cui, cioè, anche altri vettori erano interessati a fornire i servizi coperti da Alitalia mentre soltanto qualche mese

prima era stata respinta la formale proposta di acquisto dell'intera compagnia aerea da parte dell'Air France-Klm.

Quanto ai «danni duraturi» prodotti dal decreto Alitalia, Lorenzo Stecchetti, uno dei più attenti osservatori della vicenda, già nel dicembre 2008 ne indicava almeno tre: il decreto «neutralizza la costola dura della costituzione economica materiale al fine di consentire extraprofiti sufficienti ad attirare investitori italiani»; «sposta il bilanciamento dei poteri a favore del governo e, più in generale, della politica»; «stimola una deriva regolamentare in seno all'antitrust proprio quando l'intero ordinamento comunitario della concorrenza va abbandonando i residui dirigisti che ne avevano caratterizzato la nascita»<sup>3</sup>.

A queste osservazioni si potrebbe aggiungere che il decreto Alitalia ne ha condizionato il piano industriale, facendo in modo che fosse disegnato sul monopolio delle rotte interne anziché sulle rotte di lungo raggio, quelle sulle quali i grandi vettori internazionali producono i margini di profitto più cospicui. Era, dunque, largamente prevedibile – anche indipendentemente dall'aggravarsi della crisi economica mondiale – il fallimento del piano industriale dell'Alitalia Cai una volta terminato il regime di monopolio artificiale sulle linee interne e, in particolare, sulla rotta Roma Fiumicino-Milano Linate garantito dal decreto Alitalia e dal successivo protrarsi dell'istruttoria dell'Antitrust almeno fino al 28 ottobre 2012.

Non era affatto imprevedibile – ed anzi era stato puntualmente previsto<sup>4</sup> – che l'Alitalia Cai avrebbe avuto bisogno, alla fine del monopolio sulle rotte interne, di un nuovo piano industriale che riposizionasse la compagnia nel mercato aereo internazionale.

### 3. La Corte costituzionale e l'Alitalia

La Corte costituzionale era stata chiamata a decidere sulla costituzionalità del decreto Alitalia alla luce degli art. 3 e 41 della Costituzione in base a tre ordinanze di rimessione del Tar Lazio. Quest'ultimo era stato interpellato sulla legittimità dell'ordinanza del 3 dicembre 2008 con la quale l'Antitrust aveva sospeso il proprio controllo sull'operazione Alitalia fino al 3 di-

<sup>3</sup> L. Stecchetti, *Law cost: ripercussioni della legge «salva Alitalia»*, in *Mercato concorrenza regole*, a. X, n. 3, dicembre 2008, p. 521.

<sup>4</sup> Vd. M. Polo, *Alitalia: chi ha perso la scommessa*, in *www.lavoce.info*, 02.09.2008; A. Boinani, *Alitalia: paradossi tra le nuvole*, in *www.lavoce.info*, 08.01.2009; C. Scarpa, *Salviamo Alitalia. Dalla politica*, in *www.lavoce.info*, 04.10.2013.



## il caso alitalia

cembre 2011. La decisione dell'Antitrust, infatti, era stata impugnata innanzi al tribunale amministrativo dall'Eurofly S.p.A. – poi divenuta Meridiana fly S.p.A. – e dalla Meridiana S.p.A., concorrenti dirette di Alitalia e Air One sulle tratte interne, e dalla Federconsumatori, portatrice delle autonome istanze degli utenti del servizio.

La Corte ha innanzitutto chiarito che la norma impugnata ha sicuramente natura di «norma-provvedimento» cioè di norma predisposta *ad hoc* per il caso di specie. Ciò non incide sulla legittimità costituzionale della disposizione implicandone soltanto un più attento e approfondito esame alla luce dei principi costituzionali.

La Corte ai punti 8, 9 e 10 delle considerazioni in diritto esprime sostanzialmente tre concetti.

La decisione del Governo su Alitalia è pienamente in linea con il potere in capo ai singoli Stati dell'Ue di considerare interessi generali «diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato» e di disporre di «un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo antitrust» (punto 8.5 delle Considerazioni in diritto). Potere in cui rientra, peraltro, anche quello previsto dall'art. 25 della legge n. 287/90 secondo cui il Consiglio dei Ministri, su proposta del ministro dell'Industria, può autorizzare anche operazioni di concentrazione che sarebbero in teoria vietate ai sensi dell'art. 6 della stessa legge.

La Corte chiarisce, inoltre, che «nella specie occorreva fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità (circo- stanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti» (punto 9 delle Considerazioni in diritto).

La Corte osserva, infine, che il legislatore ha «dimostrato attenzione all'interesse dei consumatori (obiettivo, nella specie, di rilievo, alla luce dell'intento di garantire il mantenimento di un servizio di trasporto fondamentale per il nostro Paese, su tutte le rotte), che, come sopra evidenziato, in ogni latitudine costituisce oggetto di specifica considerazione nella disciplina delle concentrazioni» e che il legislatore italiano ha attribuito «carattere transitorio della deroga del potere dell'Autorità di disporre determinate misure» che concorre «a fare escludere l'irragionevolezza della norma e la

violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione». Tutto ciò, in linea con il Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio e con il regolamento CE n. 802/2004 della Commissione (punto 10 delle Considerazioni in diritto).

Tali considerazioni della Corte costituzionale sono sostenute nel merito da una giurisprudenza assai datata e quindi da un'interpretazione dell'articolo 41 – pienamente condivisa da chi scrive – ormai risalente nel tempo ad anni lontani in cui in Italia prevaleva un sistema di economia mista con ampio e sostanziale intervento dello Stato in pressoché tutti i settori più importanti dell'economia. La Corte per giustificare l'intervento del legislatore nel caso Alitalia aveva effettivamente dovuto rimuovere la propria giurisprudenza sul concetto di libertà del mercato, riprendendo un'interpretazione del secondo e terzo comma dell'art. 41 Costituzione risalente agli anni Sessanta che permette limitazioni dell'iniziativa economica privata «giustificate da ragioni di “utilità sociale” e da “fini sociali” (sentenze n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969)»<sup>5</sup>.

L'interpretazione della Corte non soltanto arriva al paradosso di utilizzare il concetto di libertà dell'iniziativa economica privata in modo esattamente contrario a quanto emerso nella costituzione materiale almeno a partire dal 1990 con l'introduzione dell'Autorità Antitrust e l'apertura dell'economia italiana al principio della libera concorrenza, ma trascura del tutto il fatto che l'Alitalia, nel 2008, non è stata soltanto salvata, ma anche privatizzata. La norma-provvedimento che ha permesso l'operazione di salvataggio è servita a garantire il passaggio della proprietà dallo Stato a un soggetto privato, la società Alitalia Cai.

Non si può dimenticare che l'Alitalia era una compagnia di bandiera già di proprietà pubblica, controllata dall'Iri, e passata poi al ministero del Tesoro a seguito della liquidazione dell'ente pubblico proprietario. L'intervento del legislatore del 2008, sulla cui costituzionalità la Corte era stata chiamata a pronunciarsi, era stato solo l'ultimo in ordine di tempo. Già dieci anni prima, nel 1997, la Commissione europea autorizzò un aiuto di Stato di 2750 miliardi di lire in tre rate annuali per la ristrutturazione; un ulteriore aiuto di Stato da 400 milioni di Euro c'era stato nel 2004 per il salvataggio, mentre nel 2005 la Commissione Ue autorizzava l'ulteriore iniezione di liquidità per 1,2 miliardi di Euro e nel 2008, prima della amministrazione straordinaria, c'era stato un ulteriore intervento denominato 'prestito ponte' di 300 milioni di Euro<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> C. cost. 22.07.2010 n. 270, Considerazioni in diritto, punto 8.

<sup>6</sup> Riprendo la ricostruzione dei numerosi interventi da C. Osti, *Alitalia: la dolorosa storia*. I Puntata, in *Mercato concorrenza regole*, cit., 317 ss.

## il caso alitalia

Insomma quello dell'Alitalia è un caso di fallimento dello Stato nella gestione di un servizio pubblico essenziale – ammesso che si possa parlare per il trasporto aereo di servizio pubblico essenziale – e nella conseguente attribuzione 'forzosa' a un privato di tale servizio reso economicamente appetibile artificialmente attraverso la creazione di un monopolio nelle rotte interne italiane e, in special modo, in quella Roma Fiumicino-Milano Linate.

Ma l'art. 43 della Costituzione prevede che imprese o categorie d'impresе che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a situazioni di monopolio e abbiano caratteri di preminente interesse generale possano essere trasferiti, salvo indennizzo, allo Stato o ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, ma non a soggetti privati. Insomma considerare costituzionalmente legittima la realizzazione di un monopolio in base alla considerazione che si tratta, nel caso di specie, di un servizio pubblico essenziale non può giustificare l'attribuzione per legge a un soggetto privato alla luce di quanto previsto dall'art. 43 della Costituzione.

È evidente, dunque, che la verifica della ragionevolezza e non arbitrarietà del provvedimento del 2008 andava fatta anche alla luce dei precedenti reiterati provvedimenti di ristrutturazione e/o di salvataggio della compagnia aerea di bandiera e del passaggio della gestione di un servizio pubblico essenziale dal pubblico al privato in base a una decisione politica che di fatto viola il principio del libero mercato in considerazione di un superiore principio di utilità sociale.

A ciò si aggiunga che la Corte costituzionale solo tre mesi dopo si comporterà in modo esattamente contrario quando viene sottoposta al giudizio di costituzionalità la norma che prevede l'obbligo di apertura al mercato dei servizi pubblici locali compreso quello idrico. In quel caso, infatti, la Corte ritenne costituzionalmente legittimo il provvedimento del Governo che stabiliva la necessità di aprire i mercati alla libera concorrenza anche laddove questi avessero le caratteristiche di monopoli naturali. In quel caso la concorrenza veniva salvaguardata dal legislatore attraverso l'obbligo della gara pubblica per l'affidamento del servizio e dunque la realizzazione della cosiddetta concorrenza *per* il mercato laddove non poteva realizzarsi un'effettiva concorrenza *nel* mercato<sup>7</sup>.

Nel caso Alitalia la Corte considera il mercato in modo tutt'affatto opposto: pur in presenza di un mercato concorrenziale e di un fallimento della gestione pubblica, la Corte ritiene costituzionalmente legittime tanto la costituzione di un «monopolio artificiale» quanto la titolarità di tale monopolio in capo a un soggetto privato per salvaguardare la continuità del servizio.

<sup>7</sup> Cfr. C. cost. n. 325/2010.

#### 4. L'Antitrust e l'Alitalia

Trascorsi tre anni dalla concentrazione tra Alitalia e Air One, l'Antitrust rientrava in possesso dei propri poteri di controllo sull'operazione e nella propria adunanza del 30 novembre 2011 stabiliva l'inizio dell'istruttoria sugli effetti prodotti dalla concentrazione fissando al 28 ottobre 2012, data d'inizio della stagione IATA "Winter 2012/2013", il termine entro il quale avrebbero dovuto essere rimosse le situazioni di monopolio o di dominanza eventualmente accertate all'esito dell'istruttoria.

Giacché la stessa Autorità nel provvedimento del 3 dicembre 2008 aveva fissato al 3 dicembre 2011 la data «prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla citata legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio», l'effetto immediato del provvedimento dell'Antitrust – riunitasi solo tre giorni prima della scadenza del termine – era, innanzitutto, quello di allungare di fatto la durata del monopolio di Alitalia Cai, rispetto ai tre anni assicurati dal decreto Alitalia.

Nella delibera dell'11 aprile 2012 con la quale si chiudeva l'istruttoria, l'AGCM chiariva in modo definitivo che «a seguito dell'operazione di concentrazione del 2008, il vettore Alitalia-Cai ha significativamente rafforzato il suo potere di mercato, acquisendo, sulla rotta Milano Linate-Roma, una posizione di monopolio non disciplinata in alcun modo, non solo dalla concorrenza effettiva (sin quando sulla rotta è stata presente anche Meridiana) ma neanche da quella potenziale, in ragione dell'impossibilità per altri vettori aerei di entrare sul mercato, stante la scarsità degli slot a disposizione sullo scalo milanese, imputabile a ragioni regolamentari/amministrative» (punto 169).

Chiariva, inoltre, in modo inequivocabile, che l'operazione del 2008 aveva realizzato una situazione di monopolio che «ha prodotto un danno ai consumatori sia in termini di aumento del prezzo medio del biglietto sia in termini di un minor numero di voli disponibili ogni giorno» (punto 169).

Quanto alle misure strutturali relative alla possibilità di evitare il formarsi di eventuali posizioni di monopolio derivanti dall'operazione di concentrazione tra Alitalia e Air One, è la stessa Autorità a chiarire che, in base al decreto Alitalia, l'AGCM non può prendere alcuna misura di tipo strutturale. Può solo prendere atto della volontà di Alitalia Cai di riposizionare i cinquanta slot dell'aeroporto di Milano Linate<sup>8</sup> e non può in nessun modo

<sup>8</sup> Cfr. AGCM, Provvedimento n. 19248 del 3 dicembre 2008, punto 32.

## il caso alitalia

prescrivere la cessione anche solo temporanea di slot come proposto dalla concorrente Easyjet perché «configura una misura di tipo strutturale, non contemplata dalla norma di cui al decreto-legge sopra citato»<sup>9</sup>.

Il decreto Alitalia ha escluso la necessità di preventiva autorizzazione dell'operazione da parte dell'Antitrust e ha sollevato quest'ultima da qualsiasi possibilità di imporre interventi strutturali a tutela della concorrenza.

È ancora Lorenzo Stecchetti a osservare che il comportamento complessivo dell'Antitrust nei confronti di Alitalia Cai fa venir fuori almeno «due anime dell'Autorità, a mo' di dottor Jekyll e Mr. Hide»<sup>10</sup>. L'Autorità ha chiuso gli occhi sull'operazione Alitalia-Air One, rinunciando del tutto anche ai residui margini d'intervento lasciati dal decreto Alitalia per esempio sul controllo dei prezzi, mentre ha pesantemente utilizzato i suoi poteri di intervento strutturale nel caso dell'acquisizione per incorporazione di Windjet da parte della stessa Alitalia applicando con rigidità la disciplina antitrust<sup>11</sup>.

Insomma l'Autorità, da un lato, sarebbe sensibile ai condizionamenti politici e ambientali e chiude gli occhi sul monopolio Alitalia Cai, dall'altro, fa le pulci sull'acquisizione di Windjet da parte della stessa Alitalia Cai, un'operazione di gran lunga meno importante della concentrazione tra la prima e la seconda compagnia aerea italiana avvenuta nel 2008<sup>12</sup>.

## 5. Gli ultimi sviluppi

Il riacutizzarsi delle difficoltà finanziarie dell'Alitalia – anche per la fine del monopolio sulle rotte interne – ha determinato un'ulteriore crisi della compagnia aerea alla quale il Consiglio di amministrazione della Cai S.p.A., nell'autunno del 2013, ha deciso di porre rimedio con un aumento di capitale da 300 milioni di Euro. L'Air France-Klm ha scelto di non aderire all'aumento di capitale e, nel contempo, ha azzerato il valore di bilancio delle azioni Alitalia possedute.

Nonostante la rinuncia dell'azionista principale, l'aumento di capitale

<sup>9</sup> Cfr. AGCM, Provvedimento n. 19248, cit., punto 35.

<sup>10</sup> L. Stecchetti, *Voli e monopoli. Le molte anime dell'Agcm*, in *Mercato concorrenza regole*, a. XIV, n. 3, dicembre 2012, 487.

<sup>11</sup> Cfr. L. Stecchetti, *Voli e monopoli. Le molte anime dell'Agcm*, in *Mercato concorrenza regole*, cit.

<sup>12</sup> Alle accuse di Stecchetti risponde puntualmente il presidente dell'AGCM Giovanni Pitruzzella (G. Pitruzzella, *La saga Alitalia e l'Autorità «sdoppiata»*, in *Mercato concorrenza regole*, a. XV, n. 1, aprile 2013, 191 ss.).

si è concluso positivamente il 10 dicembre 2013 con l'adesione di alcuni imprenditori tra i cosiddetti 'capitani coraggiosi', con l'ingresso di un nuovo investitore privato, Antonio Percassi, e, soprattutto, di Banca Intesa e Unicredit che hanno assicurato la sottoscrizione delle rimanenti quote di capitale inoptato. A ciò si aggiunge che il Governo ha deciso di contribuire alla soluzione delle difficoltà di Alitalia mediante l'ingresso nella società di Poste Italiane S.p.A. che si è impegnata a entrare nell'operazione di aumento di capitale con la somma di 75 milioni di Euro. In una nota di Palazzo Chigi del 10 ottobre del 2013 il Governo «esprime soddisfazione per la volontà di Poste S.p.A. di partecipare, come importante partner industriale, all'aumento di capitale di Alitalia. Ad Alitalia servono discontinuità, stabilizzazione dell'azionariato e un'importante ristrutturazione attraverso un nuovo progetto industriale. L'entrata di Poste è fondata su queste premesse».

Alla fine del riassetto societario mediante aumento di capitale i principali azionisti dell'Alitalia Cai S.p.A. saranno nell'ordine Banca Intesa, Poste Italiane e Unicredit proprietarie insieme di quasi il 60 per cento della società; mentre ad alcuni imprenditori italiani, tra i quali Roberto Colaninno e la famiglia Benetton resteranno quote rilevanti della compagnia di bandiera.

Ai francesi di Air France-Klm non resterà che una quota diluita pari a circa il 6 per cento del capitale sociale.

In assenza di un socio industriale forte e di un azionariato costituito in maggioranza da imprese finanziarie, non stupiscono le pressanti voci relative a un interessamento all'Alitalia da parte delle ricche compagnie aeree arabe e, in particolare, dell'Ethiad di Abu Dhabi.

Quel che è certo è che il nuovo piano industriale predisposto dall'amministratore delegato Gabriele Del Torchio dovrà realizzare il difficile riposizionamento della compagnia aerea italiana nel mercato internazionale. Mentre in una nota del 20 dicembre 2013, il Governo italiano, salutando con soddisfazione la chiusura dell'aumento di capitale, definisce Alitalia un asset strategico fondamentale per «assicurare ai cittadini italiani e al sistema economico la garanzia di collegamenti aerei domestici, europei e intercontinentali efficienti e adeguati per la crescita del paese».

## 6. Considerazioni conclusive

Gli economisti definiscono il fenomeno dell'introduzione di criteri di concorrenza in un mercato caratterizzato da condizioni di monopolio naturale come concorrenza *per* il mercato, con lo scopo di distinguere questa

## il caso alitalia

concorrenza ‘artificiale’ dalla concorrenza naturalmente presente *nel* mercato. È questa la logica che ha portato il legislatore italiano a riaprire forzatamente alla libera concorrenza anche il mercato dei servizi pubblici essenziali come quello elettrico, nazionalizzato solo nel 1963 e poi privatizzato nel 1999, e persino quello dei servizi idrici.

Ma nel caso Alitalia il legislatore italiano è andato ben oltre: attraverso una norma-provvedimento ha posto le condizioni perché si realizzasse un monopolio laddove in natura vi sarebbero state tutte le condizioni per un mercato concorrenziale, ha creato, cioè, un vero e proprio «monopolio artificiale» che troverebbe le sue basi costituzionali nei commi 2 e 3 dell’art. 41.

La sentenza della Corte costituzionale sul decreto Alitalia dimostra non solo che «l’art. 41 non ha costituzionalizzato la disciplina della concorrenza, sì che il legislatore ordinario può autorizzare concentrazioni altrimenti vietate in vista del contemperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>13</sup>, ma arriva al paradosso di giustificare la creazione di un monopolio artificiale – sia pure di durata limitata nel tempo – sulla base di una sorta di corto circuito tra la nozione di libertà dell’iniziativa economica privata e quella di servizio pubblico essenziale.

Sarebbe, infatti, il concetto di essenzialità del servizio a giustificare la salvaguardia della sua continuità e la legittimità dell’intervento del legislatore teso a «garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell’azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale»<sup>14</sup>. Nel caso Alitalia, peraltro, l’iniziativa economica privata appare tutt’altro che libera ed è addirittura sollecitata e quasi indotta, in quanto resa appetibile attraverso la creazione di una rendita monopolistica che segue il fallimento della gestione pubblica in condizioni di mercato.

A ciò si aggiunga che si è sempre sostenuto che l’intervento dello Stato in economia dovesse servire a porre rimedio ai fallimenti del mercato. La Costituzione italiana del ‘48 era andata anche oltre rispetto a questo principio stabilendo all’art. 43 che a fini di utilità generale «la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di ener-

<sup>13</sup> L. Stecchetti, G. Amaretti, *Il ventennale dell’antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, a. XII, n. 3, dicembre 2010, 465.

<sup>14</sup> C. cost. n. 270/2010, punto 9 delle considerazioni in diritto.

gia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale».

Con il decreto Alitalia del 2008 si è giunti a ribaltare la logica dell'intervento dello Stato in economia: il fallimento della gestione pubblica è stato temporaneamente risolto con una privatizzazione – sia pure *sui generis* – avvenuta nel 2008 attraverso l'ingresso di una nuova società alla quale si è fatto in modo di assicurare un monopolio utile almeno triennale.

Ciò dimostra almeno due cose.

Innanzitutto che, contrariamente a quanto sostenuto per anni da giuristi e tecnici di ogni area politica, alla luce del diritto dell'Unione europea e della Costituzione italiana la concorrenza nel settore dei servizi pubblici essenziali non è un obbligo.

In secondo luogo che non è giustificabile l'impiego di ingenti risorse pubbliche se il risultato finale è quello della creazione di un monopolio artificiale in settori aperti alla concorrenza perché questo percorso finisce inevitabilmente per spostare ricchezza nelle mani di pochi a danno della generalità degli utenti.

#### *Abstract*

#### *Neither the Market, nor State, nor Society: the Alitalia Case*

*Since it was transformed from State owned enterprise into private company, Alitalia has been unstable passing through repeated financial and commercial crises that put at risk its very survival. The Italian government has intervened several times in support of the national airline company, often bypassing market and competition rules. In 2008 Alitalia was privatized by decree and it was created an artificial three-year monopoly on domestic flights routes. But not even this solution proved to be decisive. In 2013, following further difficulties, control over Alitalia was transferred to three Italian financial entities: two private banking institutions, Banca Intesa and Unicredit, and one public entity, Poste Italiane. The Alitalia case shows that neither the public management, nor the private one have been able to provide, in terms of efficiency and cost-effectiveness, a service that is still considered crucial for the development of the country.*



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI è dottore di ricerca in «Governano e istituzioni» presso l'Università di Roma Tre. È funzionario della Banca d'Italia.

MARCO DUGATO è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia dell'Università di Bologna.

FABIO GIGLIONI è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Roma La Sapienza. È abilitato alla seconda fascia di docenza.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienza della formazione dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

PAOLO MICHIARA è professore a contratto di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Architettura dell'Università di Parma.

ALFREDO MOLITERNI è assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Roma La Sapienza.

ELISABETTA MORLINO è assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Suor Orsola Benincasa di Napoli. È abilitata alla seconda fascia di docenza.

ALESSANDRA SALVATO è dottoranda di ricerca in «Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea» presso l'Università di Napoli Federico II.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.



MUNUS  
RIVISTA GIURIDICA DEI SERVIZI PUBBLICI  
INDICE ANNUALE 2013

**Editoriali**

ALDO SANDULLI

n. 1, pp. III-V

GIUSEPPE PIPERATA, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*

n. 2, pp. III-XI

ALDO SANDULLI, *Le città metropolitane e la debolezza di Atlante*

n. 3, pp. V-X

**Saggi**

FEDERICO CAPORALE, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*

pp. 1-42

Il saggio esamina il settore dei servizi idrici, del quale l'a. approfondisce la giurisprudenza costituzionale e la disciplina delle modalità di conferimento della gestione, con particolare riferimento ai principi di matrice europea. L'a., in particolare, sottolinea ipostatizzazioni ed ideologizzazioni, interpretazioni improprie e scelte legislative non vincolate, che caratterizzano il dibattito attorno alla dicotomia pubblico/privato nel settore di cui si tratta. L'a.-si sofferma, inoltre, sul governo dei servizi idrici, di cui evidenzia tendenze centripete, sotto l'egida della tutela della concorrenza e dell'ambiente, e controtendenze centrifughe di alcune amministrazioni regionali. In conclusione, l'a. dimostra che la discussione attorno alla natura soggettiva del gestore non è, di per sé, garanzia effettiva della qualità delle prestazioni né di tutela dei diritti fondamentali che le acque soddisfano. Il dibattito – così fortemente ideologizzato – dei meriti dei gestori pubblici e privati ha fatto passare in secondo piano le questioni nevralgiche della qualità del sistema di regolazione e della vigilanza sull'attività di fornitura, che condizionano fortemente, nell'esperienza concreta, le *performances* dei gestori pubblici e privati.

GIACINTO DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*  
pp. 187-220

Questo articolo esamina due profili fondamentali in tema di infrastrutture per i servizi pubblici, ovvero quale debba essere il ruolo dei pubblici poteri e se ed entro quali limiti l'eventuale sostegno finanziario alle infrastrutture possa avere luogo mediante risorse derivanti dall'indebitamento.

Per rispondere ad entrambi i quesiti, si compie un'approfondita analisi delle norme giuridiche sia europee che nazionali.

Con riferimento al primo profilo, la conclusione è che il ruolo dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture è duplice. Infatti, essi sono sia artefici e garanti delle regole del gioco, sia fornitori di servizi e proprietari delle relative infrastrutture.

Con riferimento al secondo profilo, si dimostra che nell'ordine giuridico sia europeo che nazionale vi è un *favor* per gli investimenti pubblici. Invero, gli interventi diretti dei pubblici poteri nell'approntamento delle infrastrutture sono incoraggiati, e il ricorso all'indebitamento per sostenere le spese per investimenti viene promosso.

Dunque, il legislatore nazionale non dovrebbe invocare la responsabilità dell'Unione europea per la riduzione delle spese destinate agli investimenti, e dovrebbe invece agire per migliorare la dotazione di infrastrutture in Italia, attualmente assai modesta.

ANNAMARIA DE MICHELE, *La valorizzazione dei beni pubblici nelle dinamiche del governo del territorio*

pp. 271-319

Fin dall'inizio degli anni Novanta, il legislatore statale ha avviato politiche per l'alienazione e la valorizzazione dei beni pubblici, al fine di ridurre i costi di gestione dell'immenso patrimonio immobiliare pubblico e fare cassa, nell'ottica di alleggerire il fardello del debito pubblico. Il sostanziale fallimento di tali politiche, con risultati economici assai modesti, parrebbe legato soprattutto alla loro mancata saldatura con i più ampi processi di governo del territorio delle regioni e degli enti locali, portatori d'interessi concorrenti o addirittura confliggenti con quelli dello Stato. Il saggio si propone di riflettere sul tema, indagando le regole che presidiano tali politiche, e gli strumenti che le attuano, con lo sguardo rivolto al passato, alla ricerca delle ragioni del fallimento, ma soprattutto al futuro in vista della nuova stagione di dismissione dei beni pubblici annunciata dal governo in carica.

MARCO DUGATO, *La legge dei rapporti economici nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una strana e complessa teogonia*

pp. 439-462

Le più recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di società a partecipazione pubblica, al contrario di quanto si potrebbe ritenere in ragione del loro dispositivo, rendono evidente che l'intera materia è ormai ricondotta alla potestà legislativa statale, essendo il paradigma della concorrenza l'unico al quale la Corte la riconduce. L'esame della costituzionalità delle leggi statali è infatti svolto non con riferimento ai titoli di legittimazione di cui all'art. 117 Cost., bensì alla stregua di un giudizio sulla ragionevolezza interna all'atto normativo. In questo modo, la potestà legislativa delle regioni gioca un ruolo di mera residualità, venendo in considerazione soltanto quanto la legge statale si dimostri irragionevole o incapace di soddisfare l'obiettivo primario, rappresentato dal principio di concorrenza. Le pretese azionate dalle regioni nel giudizio avente ad oggetto la legittimità delle leggi dello Stato appaiono come interessi solo indirettamente protetti.

Dallo studio delle stesse sentenze emergono altri due punti d'interesse. Il primo è costituito dalla profonda riforma della precedente giurisprudenza costituzionale riguardo al limite del diritto privato alla legge regionale, che oggi appare profondamente rafforzato. Il secondo è rappresentato dal ruolo che ormai la Corte ha assunto, sempre più distante dal controllo di legittimità delle leggi e sempre più prossimo al ruolo di generale regolatore del nuovo assetto istituzionale, diretto a disegnare i nuovi confini tra gli enti territoriali e dei loro poteri, che consegnano allo Stato uno spazio certamente maggiore rispetto a quello che la riforma costituzionale del Titolo V e che la lettura degli articoli 117 e 118 Cost. sembrerebbero suggerire.

FABIO GIGLIONI, *La sfida dell'innovazione sulla regolazione pubblica. Il caso delle smart grid*

pp. 463-496

La combinazione tra tecnologie relative all'informazione comunicazione e telecomunicazioni e reti energetiche di distribuzione prospettano innovazioni di grande impatto sociale, che è stato perfino paragonato a quello che si è realizzato attraverso la diffusione di internet. Il caso delle *smart grid*, dunque, suggerisce un'occasione interessante per verificare quali ripercussioni si determinano sulla regolazione pubblica. L'autore, dopo aver ricordato la definizione di *smart grid* e descritto la mole degli investimenti che si stanno operando nel mondo, analizza l'architettura di impronta federale che si sta definendo in ambito europeo, l'evoluzione della regolazione pubblica che diviene sempre più condizionata dai risultati effettivi, i servizi e i beni a valore aggiunto prodotti dalle *smart grid*, l'impatto sul servizio pubblico nel settore elettrico, la facilitazione della regolazione cognitiva, i problemi collegati alla tutela della riservatezza dei dati. La tesi conclusiva è che le *smart grid*, esattamente come accadde in occasione della trasformazione tecnologica determinata dal passaggio nelle

telecomunicazioni dall'analogico al digitale, avranno un significativo impatto sulla regolazione pubblica, la quale, pur restando affidata ad autorità indipendenti, sarà chiamata a conseguire obiettivi pubblici predeterminati di efficienza energetica e quindi promozionale più che neutrale.

MARCO MAZZARINO, *Regolazione dei trasporti e Authority: spunti per la definizione di un modello coerente*

pp. 255-270

Il saggio contribuisce al dibattito sulla istituzione dell'Autorità dei Trasporti in Italia, elaborando una analisi critica dei recenti interventi del legislatore.

In particolare, l'attenzione è focalizzata sull'art. 37 del d.l. n. 201/2011, che individua le principali funzioni della nuova Authority. Lo scopo è quello di comparare la nuova disciplina con i sottesi paradigmi scientifici, in modo da determinare la tipologia di "modello di regolazione" adottata. Si conclude tentando di verificare se il modello reale sia coerente con il disegno teorizzato. Si individuano taluni profili critici, suscettibili di determinare effetti negativi in termini di efficienza sociale.

LINDA MICHELOTTI, *Dalla piramide alla rete: il caso delle "reti di scuole"*

pp. 43-88

La riforma del Sistema di istruzione avvenuta nel corso della XVI Legislatura ha rappresentato una rottura con il passato, dando particolare enfasi ai meccanismi collaborative all'interno del Sistema scolastico. Nell'attuale scenario, l'autonomia funzionale delle scuole è raramente esercitata attraverso attività svolte in rete, come previsto dalla disciplina della scuola dell'autonomia, ma si esplica attraverso diverse forme di collaborazione. Tuttavia, le recenti riforma relative alle istituzioni scolastiche autonome sembrano introdurre un concetto nuovo di scuola autonoma, nel quale le scuole sono incentivate "dal centro" ad elaborare piattaforme di collaborativa orizzontale, anche al fine di prevenire lo sviluppo di molteplici e diversi modelli reticolari regionali.

Non caso, con la riforma del Titolo V della Costituzione il sistema di istruzione è strutturato in una pluralità di differenti sistemi regionali è la piramide organizzativa del passato è stata rimpiazzata da modelli reticolari governati per il tramite del coordinamento e regolati da meccanismi di sussidiarietà verticale e orizzontale. Pertanto, il modello di collaborazione che sembra oggi più idoneo a riflettere la complessità dell'organizzazione territoriale passa per la creazione di reti che, con il supporto delle istituzioni pubbliche, connettono le scuole con operatori esterni al settore scolastico ma interni al sistema regionale. Queste iniziative dovrebbero tradursi in piattaforme collaborative regionali nelle quali tutti i soggetti contribuiscono a perseguire gli obiettivi fissati.

PAOLO MICHIARA, *Il terzo settore come munus*

pp. 537-590

Le organizzazioni del terzo settore saranno in grado di resistere alla crisi, inventando nuovi modelli e nuove forme di gestione dei servizi alla persona? Come saranno destinate a cambiare le nozioni di terzo settore e di sussidiarietà? Sono alcune delle domande rispetto alle quali si cercherà di dare risposta con il presente scritto.

L'articolo esaminerà quindi l'argomento dividendo l'analisi in tre parti.

Nella prima si analizzerà la nozione di terzo settore nel suo complesso (nei suoi aspetti sostanziali e giuridici).

Nella seconda verrà effettuata una breve descrizione di che cosa il diritto positivo intenda per terzo settore. Verranno quindi analizzate le associazioni di volontariato, le cooperative sociali, le associazioni di promozione sociale, le imprese sociali.

Da ultimo si esamineranno i principi (giuridici ed economici) della materia.

Nella conclusione, si vedrà come il concetto di terzo settore sia collegato con quello latino di *munus* (nozione differente, sebbene simile, rispetto a quella di compito).

Il concetto di *munus*, introdotto dal diritto romano, ripreso dal diritto canonico e sviluppato dalla scienza del diritto amministrativo, è intimamente collegato con l'idea di comunità.

ELISABETTA MORLINO, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi*

pp. 497-536

L'impiego del *project financing* per la costruzione e ristrutturazione di impianti sportivi dovrebbe soddisfare esigenze sociali ed economiche, quali assicurare il rinnovamento delle infrastrutture sportive che attualmente in Italia non garantiscono in modo egualitario il godimento del diritto allo sport; e superare la carenza di risorse pubbliche in una situazione di crisi economica, fungendo da leva per la crescita e lo sviluppo. Nel tentativo di rispondere a queste esigenze, recenti riforme legislative hanno ridisciplinato le procedure di *project financing*, con specifico riferimento agli impianti sportivi. L'articolo analizza le principali novità introdotte da queste riforme e fornisce una valutazione dell'idoneità delle stesse al raggiungimento degli obiettivi sociali ed economici. L'analisi viene effettuata tenendo in considerazione l'impatto delle riforme sugli interessi delle varie parti interessate (utenti dei servizi, costruttori, investitori, pubbliche amministrazioni, la collettività). Un esame critico delle novità legislative mostra, tuttavia, come queste non riescano a raggiungere del tutto gli obiettivi per i quali erano state pensate. Il legislatore si è, infatti, concentrato principalmente su infrastrutture di medie e grandi dimensioni e sul ruolo degli

utenti come pubblico agli eventi sportivi, piuttosto che sulle piccole infrastrutture che garantiscono un esercizio attivo del diritto allo sport per tutti. Inoltre non semplifica in modo rilevante le procedure di *project financing*, né crea incentivi efficaci per gli operatori economici. Infine, previene solo parzialmente i rischi ambientali derivanti da speculazioni edilizie.

ARISTIDE POLICE, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del Project financing e dei Project Bonds*

pp. 221-254

Il saggio ha ad oggetto la recente disciplina di riforma della finanza di progetto relative alle infrastrutture strategiche e ai lavori pubblici, che ha condotto all'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano dei *project bonds*, dei *social project bonds* e dei *social impact bonds*. Successivamente al c.d. "Decreto Sviluppo" (d.l. n. 70/2011) molti altri decreti sono stati adottati: il "Decreto Salva Italia" (d.l. n. 201/2011, come modificato dalla l. n. 241/2011), il "Decreto Liberalizzazioni" (d.l. n. 1/2012, come modificato dalla l. n. 27/2012) e il "Decreto Sviluppo" (d.l. n. 83/2012). Queste previsioni legislative sono state adottate per incrementare le possibilità e le opportunità per gli investitori privati e le istituzioni finanziarie di contribuire al finanziamento delle infrastrutture strategiche, lavori pubblici e lavori di interesse sociale in Italia. Attraverso una descrizione della disciplina legislativa e delle procedure amministrative, il saggio delinea anche i possibili sviluppi futuri nel difficile contesto dei mercati e del sistema bancario italiano.

## Articoli

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, *Le fatiche dello Stato regolatore: efficacia e fallimenti del controllo degli assetti*

pp. 591-630

La «nuova costituzione economica» ha visto la progressiva trasformazione del ruolo dello Stato, non più gestore di servizi ma mero regolatore. I mercati sono vigilati da autorità indipendenti, che controllano gli assetti degli operatori di mercato per rimuovere gli incentivi a porre in essere comportamenti contrari alle loro finalità istituzionali.

La correttezza delle analisi e delle risposte dei regolatori, tuttavia, dipende in larga parte dalle informazioni fornite dalle imprese vigilate, ma diverse evidenze empiriche suggeriscono che lo scenario rappresentato dalle parti è talvolta molto distante dalla realtà. Al fine di compensare tali asimmetrie informative, da un lato gioverebbe intensificare l'attività ispettiva delle autorità; dall'altro lato, potrebbero essere introdotte modifiche regolamentari.



Peraltro, sebbene ogni settore abbia un proprio corpo normativo, molti strumenti giuridici di cui si avvalgono le diverse autorità presentano forti similitudini metodologiche, tanto da far ritenere che si tratti di diverse *species* di un unico *genus*. In quanto tali, questi strumenti della regolazione potrebbero beneficiare di una disciplina trasversale e omogenea.

MONICA COSSU, *Gli Spin-Off universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata*

pp. 371-393

Lo studio tenta di ricostruire in modo sistematico la disciplina giuridica degli spin-offs universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata.

Tale forma di società è la più adatta a perseguire gli scopi degli spin-offs universitari e accademici; d'altra parte, ciò è confermato anche dai dati empirici, secondo i quali la forma della società a responsabilità limitata è dominante.

Lo studio intende presentare un modello giuridico per gli spin-offs universitari e accademici, illustrando le modalità più idonee per conseguire la sua funzione sociale.

MELANIA D'ANGELOSANTE, *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa lingua?*

pp. 337-370

Il saggio analizza la relazione tra internazionalizzazione delle università e linguaggio dell'insegnamento universitario. Tale relazione è esaminata soprattutto in connessione con la protezione dell'identità nazionale, della libertà di insegnamento, del diritto all'educazione e del principio di proporzionalità.

FABIO DI CRISTINA, *Risultati e prospettive della valutazione della ricerca nell'area giuridica*

pp. 395-438

La valutazione della qualità della ricerca (VQR 2004-2010), conclusasi nel 2013, costituisce il primo esercizio valutativo compiuto in Italia finalizzato alla distribuzione di una quota del fondo di finanziamento ordinario agli atenei. Esso, pur inscrivendosi nel più ampio dibattito sulla valutazione nelle scienze umane e sociali, offre un punto di vista unico sullo stato presente della ricerca giuridica italiana e delle sue specificità. A partire da questo panorama, l'articolo indaga undici temi legati alla valutazione: i presupposti per la tenuta dei suoi risultati, i metodi valutativi adottati, le garanzie procedurali, la graduatoria di area e la ripartizione dei fondi premiali, l'internazionalizzazione della ricerca giuridica, la competizione, la «produttività» scientifica degli accademici, la tutela della riservatezza nel procedimento di valutazione, la classificazione delle rivi-

ste e il suo superamento, il divario territoriale nell'attività di ricerca. Emerge un quadro su cui è opportuno riflettere sia per l'impostazione dei futuri esercizi di valutazione, sia per il perfezionamento di taluni aspetti della ricerca giuridica.

DOMENICO D'ORSOGNA – MASSIMO OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*

pp. 321-335

Ricostruita la categoria del servizio pubblico con particolare riguardo alla prospettiva evolutiva per fornirne una definizione coerente alla vigente disciplina, il saggio approfondisce le specificità proprie dei servizi pubblici a rilevanza economica e di quelli sociali. Anche nella prospettiva del confronto tra i modelli di gestione che caratterizzano i suddetti servizi, nel presente lavoro si rifiutano visioni ricostruttive dei servizi sociali che, elevatane la non economicità quale tratto distintivo, li escludono aprioristicamente dall'applicazione dei principi e delle regole sulla concorrenza.

GIOVANNA MARCHIANÒ, *White List, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?*

pp. 117-154

L'indagine prende in esame il tema della idoneità delle imprese a contrarre con la pubblica amministrazione, stante il fenomeno del proliferare di «liste» volte ad attestare alcuni profili idoneativi di un'impresa. Dopo aver esaminato il ruolo dell'Autorità di vigilanza, che rimane quello più esaustivo in materia, vengono presi in esame il *rating* delle imprese adottato dall'Autorità antitrust e le *white list* istituite presso le Prefetture in materia di antimafia. Infine, ci si sofferma sulla legge regionale per l'Emilia Romagna volta alla costituzione delle c.d. «*liste di merito*», che rappresenta un caso molto specifico per le imprese che intendono operare nel settore edile nella regione in questione. Il problema è rappresentato dal mancato coordinamento tra tutte le varie liste così che si viene ad avere una duplicazione a scapito e del procedimento di semplificazione in materia di contratti, e nei confronti delle imprese, le quali si trovano a moltiplicare i propri sforzi per l'ottenimento dell'iscrizione alle liste esaminate.

SERGIO MAROTTA, *Né mercato, né Stato, né società: il caso Alitalia*

pp. 721-732

L'Alitalia, sin dal momento della sua uscita dal sistema delle partecipazioni statali, non ha trovato un assetto stabile passando attraverso ripetute crisi finanziarie e imprenditoriali tali da metterne in forse la stessa sopravvivenza. Il governo italiano è intervenuto più volte a sostegno della compagnia di bandiera anche in violazione delle regole del mercato e della concorrenza. Nel 2008 l'Alitalia è stata privatizzata per decreto, mediante la creazione di un monopo-

lio artificiale di durata triennale sulle rotte interne italiane. Ma neanche tale intervento è stato risolutivo. Nel 2013, a seguito di ulteriori difficoltà, il controllo dell'Alitalia è passato in capo a tre soggetti finanziari italiani: due privati, Banca Intesa e Unicredit, e uno di proprietà pubblica, Poste Italiane.

Il caso Alitalia dimostra che né la gestione pubblica, né quella privata sono state in grado di assicurare, in condizioni di efficienza e di economicità, un servizio che è tuttora considerato fondamentale per lo sviluppo del paese.

ALFREDO MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*

pp. 669-720

Nonostante che il tradizionale istituto della concessione di servizi sia stato parzialmente “attratto” nell’ambito del diritto dell’Unione europea – soprattutto in un’ottica di rafforzamento della concorrenza e della libera circolazione tra gli Stati membri –, la disciplina concernente l’affidamento delle concessioni è rimasta largamente incompleta e basata, essenzialmente, sull’applicazione dei principi generali del Trattato (tra cui la parità di trattamento, la non discriminazione, la trasparenza, la concorrenza e la proporzionalità). In questo contesto, la giurisprudenza, soprattutto nazionale, ha tentato non solo di definire meglio le caratteristiche “sostanziali” della concessione di servizi (soprattutto al fine di distinguere tale istituto dall’appalto di servizi), ma anche di ricostruire un regime giuridico maggiormente definito con riguardo alla disciplina dell’evidenza pubblica; da questo punto di vista, essa è sembrata andare ben al di là dell’applicazione dei principi generali della materia, giungendo ad estendere alle concessioni di servizi una serie di “regole di dettaglio” che, nell’intento del legislatore, avrebbero dovuto trovare applicazione per i soli appalti pubblici. Tuttavia, un simile orientamento giurisprudenziale, da un lato, appare contraddire l’esplicito intento del legislatore (comunitario e nazionale), che ha inteso regolare in maniera estremamente flessibile la procedura di affidamento delle concessioni soprattutto al fine di assicurare uno spazio di autonomia per le singole amministrazioni nazionali; dall’altro, esso appare foriero di una grave incertezza giuridica – tanto tra le amministrazioni, quanto tra gli operatori del settore – rispetto alla normativa effettivamente applicabile. In questa prospettiva, può essere guardata con favore la recente proposta di direttiva comunitaria sull’affidamento delle concessioni che tenta di definire un più chiaro e completo regime giuridico di riferimento senza tuttavia irrigidire eccessivamente la procedura di gara e, quindi, mantenendo comunque una chiara differenziazione tra tale disciplina e quella che regola l’affidamento degli appalti pubblici.

MICOL ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*

pp. 89-116

Lo scritto analizza i limiti all'operatività delle società partecipate da enti territoriali minori che erogano servizi pubblici locali di rilevanza economica, intesi come limiti all'estensione dell'attività sia dal punto di vista dei possibili contraenti e destinatari, sia dal punto di vista dei servizi e delle attività svolte.

A questo fine sono esaminati i casi di esclusione dalla partecipazione a gare, la problematica del vincolo funzionale che lega la società all'ente locale socio, e le questioni relative alla tutela della concorrenza.

ALESSANDRA SALVATO, *Lo scorporo dei servizi accessori e la separazione strutturale della rete di telecomunicazioni*

pp. 631-668

L'art. 47, c. 2. quater, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, meglio noto come decreto «Semplifica Italia», impone all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di individuare le misure idonee a consentire l'offerta disaggregata dei prezzi relativi all'accesso all'ingrosso alla rete fissa indicando separatamente il costo della prestazione dell'affitto della linea e il costo delle attività accessorie, quali ad esempio l'attivazione e la manutenzione correttiva, al fine di rendere possibile l'acquisizione di questi servizi da imprese terze diverse da Telecom Italia. Di fatto, la disposizione realizza lo scorporo dei servizi ausiliari. Ciò parrebbe incompatibile con l'ordinamento comunitario per tre ragioni: innanzitutto, la normativa europea sulle comunicazioni elettroniche assegna all'Autorità nazionale di regolamentazione le prerogative sull'analisi dei mercati e sull'imposizione di obblighi *ex ante* in caso di riscontro di una o più imprese in posizione dominante; in secondo luogo, la separazione di singole attività, quali i servizi ancillari, dal canone di affitto della linea si qualificherebbe come un rimedio atipico, non contemplato dalla direttiva 2002/19/Ce (c.d. direttiva «accesso») come modificata dalla direttiva 2009/140/Ce; infine, risulterebbero aggirati i controlli previsti dall'ordinamento europeo sugli obblighi imposti dall'Autorità nazionale di regolamentazione agli operatori che detengono un significativo potere di mercato. La Commissione ha dunque avviato la fase precontenziosa della procedura di infrazione. In questo lavoro sarà esaminato il presunto contrasto della previsione con la disciplina comunitaria di settore e ne saranno valutate le possibili conseguenze. Un'ultima disamina guarderà all'attualità della norma in considerazione della possibile separazione strutturale della rete e dell'avvento delle reti di nuova generazione.

## Esperienze straniere

MONICA COCCONI, *Gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità*

pp. 155-174

Il saggio descrive il percorso compiuto dalle università francesi dal periodo napoleonico, caratterizzato dalle Università imperiali, alla *Loi sur les libertés et responsabilités des Universités* del 2007 per divenire protagoniste dell'insegnamento superiore, acquisire un'autonomia rispetto al potere politico ed assumere una capacità di governo in grado di rispondere alla nuova domanda di formazione della società. Si interroga circa i mutamenti di *governance* operati sugli Atenei francesi per rispondere alla nuova missione delle Università ovvero l'offerta di una formazione, culturale e professionale, adeguata alle richieste del mondo del lavoro ed in grado di favorire la competitività del sistema economico.

Anche nel modello francese di *governance* si assiste senza dubbio, oltre che ad una loro crescita di autonomia rispetto al potere politico, all'instaurarsi di un assetto sostanzialmente di carattere presidenziale, influenzato fortemente dalla figura del *Président* – l'equivalente del nostro Rettore – che incide in misura significativa sui processi di governo delle Università. Tale modello replica in parte le tendenze in atto in molti Paesi europei rappresentate da una forte concentrazione di poteri in capo al Rettore, una commistione fra competenze gestionale e d'indirizzo, la sua centralità di fatto nell'assetto di governo degli Atenei ed, infine, la sua capacità di condizionare le decisioni degli organi collegiali con l'esercizio dei suoi poteri gestionali.

La crescita di autonomia delle Università, tuttavia, non hai mai consentito a tali istituzioni di rinnovarsi effettivamente al loro interno poiché il sistema francese di istruzione superiore, forse per sua tradizione storica, continua a richiedere un'intensa regolazione pubblica e preserva, comunque, una specificità fortemente legata alla sua storia.

## Recensioni

MARCO OLIVI, *Giuliano Fonderico, Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*

pp. 175-180

FEDERICO CAPORALE, *Emanuele Boscolo. Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*

pp. 181-186



MUNUS  
PUBLIC SERVICES LAW REVIEW  
TABLE OF CONTENTS - YEAR III - 2013

**Editorials**

ALDO SANDULLI

n. 1, pp. III-V

GIUSEPPE PIPERATA, *Infrastructures and Economic Growth: in Search of New Models*

n. 2, pp. III-XI

ALDO SANDULLI, *Metropolitan Cities and Atlante's Weakness*

n. 3, pp. V-X

**Essays**

FEDERICO CAPORALE, *Governance and Management of Water Services: Tendencies, Counter-tendencies and Hypostatization*

pp. 1-42

*The essay analyses the management and the regulation of water services in Italy. The author examines the decisions of the Italian Constitutional Court and the ways of providing water, making detailed references to the principles of European Union law.*

*The author stresses hypostatization, ideological theories, misinterpretations and discretionary legislative choices which typify the discussion on public/private dichotomy in the water industry sector. Furthermore, the author examines the management of water services, highlighting centripetal tendencies, under the aegis of the protection of competition and environment, and centrifugal countertrends of some Regions. In conclusion, the author shows that the debate on the ownership of water service providers is not, ex se, an effective guarantee of better performances nor of protection of fundamental rights that water supply satisfies.*

*However, this debate – highly ideological – on gains and faults of public and private providers overshadows the crucial matter of the quality of the regulatory system and the supervision over supplier's activities, which condition, in practice, the outcomes of public and private providers.*

GIACINTO DELLA CANANEA, *State and Market: Infrastructures for Public Services*  
pp. 187-220

*This article examines two fundamental aspects of public service infrastructures, namely the most suitable role for public authorities, and the question of whether – and to what extent – public investment is a convenient solution to support infrastructure deployment when it is funded by public debt. The author responds to both questions by examining in depth the relevant legal norms in the EU and national contexts.*

*In regards to the first item, the article argues that public authorities play an ambivalent role in ensuring public infrastructure development. Although they act as regulators by making the rules for a level playing field, they often have infrastructure ownership and provision. Secondly, the author demonstrates that in both the EU and national legal orders public investments are favored. In fact, the legal framework encourages direct investments, and recourse to public debt for financing spending on infrastructures.*

*Therefore, the article suggests that the argument of the EU's aversion to public investments is rather specious than well grounded, as the EU does not impose infrastructure spending reduction. It thus concludes that the Italian government should invest more in public infrastructure as national infrastructure assets are still relatively poor.*

ANNAMARIA DE MICHELE, *Land Planning and the Valorization of Public Goods*  
pp. 271-319

*Since the beginning of the last decade of the Twentieth century, the Italian legislator has started policies for the alienation and exploitation of public goods, in order to reduce the cost of managing the immense public real estate assets and to raise money to lighten the burden of public debt. The failure of these policies, with very modest economic results, seems mainly related to their lack of connection with the wider processes of the territory governance by the regions and local authorities.*

*The essay aims at reflecting on the theme, investigating the rules that govern these policies and the tools that implement them, with an eye to the past, searching for the reasons of the failure, but also to the future, towards the upcoming season of disposal of the public assets announced by the Government in power.*

MARCO DUGATO, *Legal Regulation and Economic Relations According to the Italian Constitutional Court: A Strange and Complex Theogony*  
pp. 439-462

*The most recent Italian Constitutional Court rulings on State-owned companies, contrary to what one might believe, make clear that the whole matter is now regulated mainly by the legislative power of the State, being competition the fundamental benchmark criteria used in such rulings. The judicial review of State laws is not in fact carried out by the Court with reference to Article 117 of the Constitution, but rather as a judgment on the internal reasonableness of such laws. In this way, the legislative power of the Regions plays a mere residual role, coming into consideration only when State laws prove*



to be unreasonable or unable to meet the primary objective, i.e. competition. In the proceedings concerning the constitutionality of State laws, Regions appear to be entitled only of indirectly protected interests.

The analysis of such rulings raise two further points. The first is the far-reaching reform of the previous constitutional doctrine on private law as a limit to regional laws. Now such limit appears to be deeply strengthened. The second is the new role played by the Constitutional Court which is no longer limited to reviewing the constitutionality of the laws, but appears to be much closer to that of a body regulating the new institutional framework. Indeed the Court aims at drawing new boundaries to local authorities and their powers and grants to the State greater room of action than what the reform of Title V of the Constitution and Articles 117 and 118 of the Constitution seem to suggest.

FABIO GIGLIONI, *The Challenge of Innovation to Public Regulation. The “Smart Grid” Case*

pp. 463–496

The combination of ICT technologies and energy distribution networks brings innovations of great social impact, which was even compared to what has been achieved through the spread of Internet. The smart grid case, therefore, offers an interesting opportunity to see what are the repercussions of such phenomenon on public regulation. After discussing the definition of smart grid and describing the amount of investments that are involved in it worldwide, the Author analyses the federal-like regulatory architecture which is taking shape in the European context, the evolution of public regulation that is becoming increasingly influenced by the actual outcomes, the services and value-added goods produced by the smart grid, the impact on public services in the electricity sector, the easier use of cognitive regulation, the issues concerning the protection of privacy. The Author concludes that the smart grid, exactly as it happened in telecommunications technology with the shift from the analogue system to the digital one, will have a significant impact on public regulation. Indeed public regulation, while being entrusted to independent authorities, will be required to achieve public predetermined objectives of energy efficiency and thus to be promotional rather than neutral.

MARCO MAZZARINO, *Transport Regulation and Authority: Ideas for the Definition of a Coherent Model*

pp. 255–270

This essay contributes to the current debate on the establishment of the Transport Authority in Italy by carrying out a critical analysis of recent legal provisions.

In particular, it focuses on art. 37 of D.L. 201/2011 which defines the main functions of the newly established Authority. The aim is to compare the new legislation with the underlining scientific paradigms so as to determine the type of “regulation model” adopted. Subsequently, some conclusions are drawn in order to assess whether such a

*model turns out to be coherent with the underlining theory. In particular, some critical issues are raised which are capable to determine negative effects in terms of social efficiency.*

LINDA MICHELOTTI, *From Pyramid to Network: the “Network of Schools” Case*  
pp. 43-88

*The reform of the education system undertaken by the 16th Legislature in Italy seems to break away from the past by placing particular emphasis on formal school collaboration frameworks. In the present scenario the functional autonomy of schools is no longer exercised through the networking activities that were set up under the prior Regulation on School Autonomy, but it is veering towards different forms of organized collaboration. Thus recent national reforms on school autonomy seem to point towards a new interpretation of the concept of school autonomy whereby schools are encouraged “from the center” to engage in leaner collaboration frameworks that also aim at preventing the sprawling of divergent regional reticular models.*

*Significantly, under the revised Title V of the Constitution the school system consists today of a range of different regional systems and the pyramidal structure of the past has been replaced by web-like patterns governed through coordination and regulated by vertical and horizontal subsidiarity mechanisms. Therefore today the model of collaboration which appears best suited to reflect the complexity of territorial organization calls for the creation of networks that bring together schools and operators from outside the school sector within the regional system with the support of public institutions. Such initiatives are expected to translate into collaborative regional frameworks in which all the players contribute to the achievement of shared objectives.*

PAOLO MICHIARA, *The Third Sector as Munus*  
pp. 537-590

*Will non-profit organizations be able to cope with the economic crisis, inventing new models and new forms of management of social services? How will the notions of non-profit organization and subsidiarity change? The article tries to answer these questions. First of all, it defines the notion of the so-called third sector by analyzing its legal and substantive aspects. Secondly, it provides an assessment of what the legislator has included in the notion of third sector. In particular, it focuses on voluntary associations, social cooperatives, associations of social promotion, social enterprises. Thirdly, it enucleates the legal and economic principles that govern the matter. By way of conclusion, it shows how the concept of third sector can be linked to that of munus used in Roman law and later in canon law and administrative law, as both concepts are built upon the idea of community.*

ELISABETTA MORLINO, *The New Project Financing for Sports Facilities*  
pp. 497-536

*The use of project financing for the construction and renovation of sports facilities should meet social and economic needs, such as to refurbish sports facilities that in*

Italy currently do not guarantee an egalitarian fulfillment of the right to sport; and to overcome the lack of public resources in a situation of economic crisis, acting as a lever for growth and economic development. In an attempt to answer these needs recent legislative reforms have regulated project financing procedures (with specific reference to sports facilities). The article sifts the main changes introduced by these reforms and provides an assessment of the suitability of these to meet social and economic objectives. The analysis is carried out taking into account the impact of the reforms on the interests of the various stakeholders (service users, builders, investors, public administrations, the community as a whole). A critical examination shows that the new legislation falls short of achieving its underlying objectives. Indeed it focuses primarily on medium and large infrastructures and on the role of users as public of sport events, rather than on the small infrastructures that guarantee the fulfillment of the right to sport for everyone. Furthermore it does not significantly simplify the project financing procedures, nor it creates relevant incentives for economic operators. Finally it prevents only partially the environmental risks deriving from infrastructural speculations.

ARISTIDE POLICE, *Infrastructures, Economic Crisis and the Role of Project Financing and Project Bonds*

pp. 221-254

The essay is focused on the recent legislative reforms on project finance of strategic infrastructures and public works, along with the introduction in the Italian legal system of the project bonds and of the social project bonds and social impact bonds. Following the so called "Decreto Sviluppo" D.L. n. 70/2011, several other decrees were issued: the "Decreto Salva Italia" (D.l. n. 201/2011, as emended by Law n. 214/2011), the "Decreto Liberalizzazioni" (D.L. n. 1/2012 as emended by Law n. 27/2012) and the "Decreto Sviluppo" (D.L. n. 83/2012). These legislative provisions were adopted to increase the possibilities and the opportunities for private investors and financial Institutions to fund strategic infrastructures, public works and works of social Interest in Italy. Along with a description of the legislative provisions and of the administrative procedures, the essays outlines also the possible future developments in the difficult context of the market and of the Italian banking system.

## Articles

BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, *The Efforts of the Regulatory State: Effectiveness and Failures of State Supervision over Companies' Ownership Structures*

pp. 591-630

The role of the State in economy has evolved over the past decades: it is decreasingly a service provider and increasingly a regulator. Newly established authorities now supervise the markets; not only do regulators inhibit unlawful practices, but they also re-

move the incentives to attempt these by controlling mergers and prohibiting transactions that could jeopardise the allocated objectives.

However, merger control is not always reliable, as the assessment begins with the analysis of the data provided by market players and the reality can often be different from what it appears to be. In order to compensate for the information gap and to increase the accuracy of the data at the disposal of supervisory authorities, it would be advisable to amend the relevant regulations and to intensify controls *in situ*.

Finally, it is worth noting that every sector has its own merger regulations. Despite this legal fragmentation, the similarities in existing regulations would suggest treating them as different species within the same legal instrument, requiring a common legal framework. A similar approach could also be adopted for other aspects of regulation.

MONICA COSSU, *Universities and Academic Spin-Off in the Shape of Limited Liability Companies*

pp. 371-393

The study aims at reconstructing in a systematic way the legal framework of university and academic spin-offs in the form of Italian limited liability companies (L.L.C.).

The L.L.C., in many ways, is the organizational form best suited to the needs of the university and academic spin-offs, which is made evident by the fact that according to the empirical data the shape of the «L.L.C.» is dominant.

The study also intends to present a model law for university and/or academic spin-offs, illustrating the terms more congenial to the achievement of its economic function.

MELANIA D'ANGELOSANTE, *Do the Internationalization of Italian Universities and University Teaching Speak the Same Language?*

pp. 337-370

The main aim of this essay is to analyze the relationship between the internationalization of universities and the language of university teaching. This relationship is analyzed above all in connection with the protection of national identity, freedom of teaching, right to education and principle of proportionality.

FABIO DI CRISTINA, *The Assessment of Research Quality in Legal Sciences: Results and Perspectives*

pp. 395-438

The Italian Assessment of Research Quality (VQR 2004-2010), which has been concluded in 2013, is the first assessment exercise devoted to the distribution of public resources to Italian universities. Even if it represents only a part of the more general debate dealing with research assessment in the humanities, it offers however a unique point of view on Italian academic research in legal sciences and its main features.

Moving from this overview, the contribution focuses on eleven points, each of them having a strong relation with research assessment: the requirements to make its results

plausible, the assessment methods, the procedural guarantees, the university rankings and the distribution of public assignments, the internationalization of legal research, the competition paradigm in research, the «productivity» of Italian legal scholars, the protection of privacy during the evaluation process, the rating of legal journals, the territorial gap in the research activity. The issue needs an accurate reflection both for the design of future assessment exercises and for the possible development of certain features of Italian academic research in the legal sciences.

DOMENICO D'ORSOGNA – MASSIMO OCCHIENA, *Public Services of Economic and Social Interest: an Analysis*

pp. 321-335

*Further to elaboration of the public service category from an evolutionary perspective and with the aim of providing one coherent definition to the current regulations, the essay investigates the specific nature of both public services with economic relevance and social services. By means of comparing the different management models applied, the present study rejects any reconstructive approach which, by emphasizing the non-economic relevance of social services, tends to aprioristically take them out of the application scope of the principles and regulations governing market competition.*

GIOVANNA MARCHIANÒ, *White List, Lists of Merit and Rating Legality in Public Procurement: Administrative Simplification?*

pp. 117-154

*The article examines the issue of private companies' eligibility to apply to public procurement calls, given the widespread trend of public administrations to publish lists of companies meeting certain requirements.*

*After an appraisal of the role played by the Authority for the Supervision of Public Contracts, the article examines the companies' ratings adopted by the Antitrust and the white lists established by the Anti-mafia Prefectures. Furthermore, the article focuses on the Emilia Romagna regional law which establishes the so-called «Lists of merit». Indeed this is a very specific eligibility method for companies wishing to operate in the construction sector in such Region. The problem arising from such method is, however, the lack of coordination among different lists; and the duplication of administrative activity to the detriment both of the simplification of public procurement procedures and of the companies, which are required to redouble their efforts to apply to different lists.*

SERGIO MAROTTA, *Neither the Market, nor State, nor Society: the Alitalia Case*

pp. 721-732

*Since it was transformed from State owned enterprise into private company, Alitalia has been unstable passing through repeated financial and commercial crises that put at risk its very survival. The Italian government has intervened several times in support of the national airline company, often bypassing market and competition rules. In 2008 Al-*

*italia was privatized by decree and it was created an artificial three-year monopoly on domestic flights routes. But not even this solution proofed to be decisive. In 2013, following further difficulties, control over Alitalia was transferred to three Italian financial entities: two private banking institutions, Banca Intesa and Unicredit, and one public entity, Poste Italiane. The Alitalia case shows that neither the public management, nor the private one have been able to provide, in terms of efficiency and cost-effectiveness, a service that is still considered crucial for the development of the country.*

ALFREDO MOLITERNI, *The Award of Services Concessions Contracts between General Principles and Specific Rules*

pp. 669-720

*Service concession contracts are traditional legal instruments in administrative law that today have been “attracted” under the jurisdiction of European law in order to reinforce the single market and to strengthen competition law in the Member States. Nevertheless the regulation of the award of service concession contracts is still incomplete and based essentially on the general principles of European law mentioned in the Treaties (such as equal treatment, non-discrimination, transparency, competition, proportionality). In this context, the European Court of Justice case law and the case law of Italian administrative tribunals are playing an important role in trying to better distinguish the essential features of a service concession contract from the other public contracts and to outline “a basic framework” for the award procedures. Sometimes, however, the judicial decisions try to extend to the service concession contracts the application of many detailed rules, that are expressly referred to other public contracts, beyond any legislative provision. On one side, this sort of “creative” case law is likely to overturn the aim of the legislator, that is to consider applicable only the general principles in order to maintain a greater flexibility and rapidity in the procedures and to preserve the autonomy of public administrations; on the other side, it is likely to create a great legal uncertainty in the public authorities as well as in the stakeholders. In this perspective, the proposal for a directive of the European Commission on service concession contracts, that seeks to define a clearer legal framework without unduly limiting the need for flexibility and rapidity of the procedure, should be looked at with favor.*

MICOL ROVERSI MONACO, *The Operating Limits of Public and Semi-public Companies which Provide Local Public Services of Economic Interest*

pp. 89-116

*The paper focuses on the limits to public and semi-public companies put forward by local authorities, which provide public services of economic interest.*

*To this end, the article considers the cases of exclusion from participation in public tendering procedures, the issue of the link between each company and its local public partner, and the matters related to the safeguard of the principle of competition.*

ALESSANDRA SALVATO, *The Separation of Ancillary Services and The Structural Separation of the Telecommunications Network*

pp. 631-668

Article 47, c. 2-quarter, of the Decree-law n. 5/2012, so-called “Semplifica Italia”, requires national regulatory authority for communication (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - Agcom) to identify the necessary measures to enable the local loop unbundling so that the ancillary services, such as maintenance and activation of line, are available to operators other than the incumbent operator Telecom Italia. In practice, the provision imposes the unbundling of ancillary services. This would be contrary to the European regulation on electronic communications for three reasons: first, only the national regulatory authority has competence to exercise *ex ante* regulatory powers; secondly, the unbundling of individual services is an atypical remedy; third, European controls on the imposition of *ex ante* obligations would have been evaded. The Commission has therefore decided to start the procedure of infringement. In this work the supposed conflict and the possible consequences are analyzed. Furthermore, the effectiveness of the Decree is assessed in the light of the announced structural separation of the network and in relation to the advent of the Next Generation Networks (NGN).

## Foreign Experiences

MONICA COCCONI, *French Universities in Search of a New Identity*

pp. 155-174

The aim of this essay is to describe the evolution French universities have gone through, starting from the Napoleon period, characterized by Imperial Universities, until the Loi relative aux libertés et responsabilités des Universités of 2007. As a consequence of this evolution, French universities have become the leading actor of the higher levels of education, enjoying a great deal of autonomy from political power and have implemented governance skills in order to meet the new needs of education within Society. Hereby the governance reform of French universities, aimed at performing the current mission – such as the offer of a cultural and professional education targeted on the requests of the employment system and able to favor competitiveness in the market –, is susceptible to criticism. The French governance model provides, in addition to a growth of Universities independence from political power, the establishment of a substantially presidential structure, strongly influenced by the role of the Président – the Italian “Rettore” – who significantly affects universities governance processes. This model partly emulates the current trends throughout Europe, characterized by a significant concentration of powers on the Dean, who is entrusted with a combination of management and policy functions and has a central role in the governance balance within University and a strong influence on collegial bodies decisions, due to his management powers. Nonetheless, the increasing independence of Universities, has never allowed these institutions to actually renovate

*themselves internally, since the French higher education system, probably due to historical tradition, still requires an intense public regulation and maintains a specificity highly related to its past history.*

**Reviews**

MARCO OLIVI, *Giuliano Fonderico, The Municipality as Regulator* pp. 175-180

FEDERICO CAPORALE, *Emanuele Boscolo. Water Policies in the Season of Scarcity* pp. 181-186



Finito di stampare nel mese di febbraio 2014  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

