

SOMMARIO DEL NUMERO 1/2015

Editoriale

FABIO SAITTA, <i>Appalti pubblici più semplici e trasparenti dopo gli ultimi interventi governativi</i>	v
---	---

Saggi

CARLO IBBA, <i>Società in house: nozione e rilevanza applicativa</i>	1
SIMONE LUCATTINI, <i>La rete procedimentale europea dell'energia</i>	15
ENRICA BLASI, <i>La natura giuridica dei consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio: verso la qualifica di incaricati di servizio pubblico</i>	43

Articoli

FRANCESCO MONCERI <i>Riflessi della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali</i>	81
GIANLUCA ZARRO, <i>Dal fallimento delle società a partecipazione pubblica al socio occulto di società in mano pubblica</i>	105
LUCA R. PERFETTI, <i>Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali</i>	129
SERGIO MAROTTA, <i>Welfare Provision e variabili locali: il caso del servizio idrico integrato</i>	147
FABIO ELEFANTE, <i>University Business in Italy? Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi</i>	159

Riscoprire i classici

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Investimenti pubblici e procedimenti nel pensiero di Federico Caffè</i>	177
NOTIZIE SUGLI AUTORI	185

TABLE OF CONTENTS – NO. 1/2015

Editorial

FABIO SAITTA, <i>Enhancing transparency and simplification in public procurement through recent government reforms</i>	v
--	---

Essays

CARLO IBBA, <i>In-house providing: legal definition and relevant practice of implementation</i>	1
SIMONE LUCATTINI, <i>Procedural network in the energy sector</i>	15
ENRICA BLASI, <i>The legal nature of packaging waste management consortia: towards their qualification as public service companies</i>	43

Articles

FRANCESCO MONCERI <i>The legal implications of local authorities reforms on public utilities in Italy</i>	81
GIANLUCA ZARRO, <i>From bankruptcy of public companies to the silent partner in public companies</i>	105
LUCA R. PERFETTI, <i>Public procurement of local transport services</i>	129
SERGIO MAROTTA, <i>Welfare provision and local variables: the case of integrated water services</i>	147
FABIO ELEFANTE, <i>University Business in Italy? Types of universities and related regimes</i>	159

Rediscovering Classics

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Public investments and proceedings in the thought of Federico Caffè</i>	177
--	-----

LIST OF CONTRIBUTORS	185
----------------------------	-----

EDITORIALE

APPALTI PUBBLICI PIÙ SEMPLICI E TRASPARENTI DOPO GLI ULTIMI INTERVENTI LEGISLATIVI

1. I più recenti interventi legislativi in materia di contratti pubblici si connotano per il dichiarato duplice obiettivo di semplificare ed accelerare i procedimenti di aggiudicazione, rendendoli al contempo più trasparenti, anche al fine di contribuire al contrasto della corruzione, ormai dilagante a tutti i livelli.

Al perseguimento del primo obiettivo sono dedicate le misure introdotte nell'estate 2014 al fine di consentire la rapida definizione delle questioni concernenti le irregolarità formali sorte nel corso della gara. Si allude, in particolare, all'art. 39 d.l. n. 90/2014, convertito con l. n. 114/2014, disposizione che, ancorché rubricata «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici», è curiosamente collocata all'interno del Capo I del decreto legge n. 90 dello scorso anno, dedicato al processo amministrativo: segno evidente dell'intento del legislatore di operare una deflazione del contenzioso in materia di contratti pubblici, nel convincimento – a nostro avviso, pienamente condivisibile – che una seria deflazione ed accelerazione del contenzioso in materia di affidamenti di contratti pubblici parte, in primo luogo, da una chiara semplificazione delle procedure sostanziali.

L'obiettivo della norma è, del resto, assai chiaro: introducendo la regola secondo cui una violazione meramente formale concernente l'omissione o la carenza di una dichiarazione prescritta dal bando non è mai sufficiente per giustificare l'esclusione del concorrente dalla gara, si prova a modificare l'atavica tendenza del processo amministrativo in materia di contratti pubblici a concentrarsi essenzialmente nella valutazione della corrispondenza, appunto meramente formale, delle dichiarazioni e dei documenti allegati alla domanda di partecipazione alla *lex specialis* di gara, ergo a sfociare in una vera e propria «caccia all'errore» nella fase di verifica della regolarità della documentazione amministrativa. Ed è altrettanto chiaro come la norma si muova lungo il percorso di complessiva dequotazione dei vizi formali già intrapreso da circa un decennio con l'introduzione dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990.

È verosimile che le nuove norme, prettamente sostanziali, abbiano una ricaduta immediata sul contenzioso in materia di contratti pubblici che si

svolge davanti al giudice amministrativo, contenzioso che probabilmente, da un lato, cambierà dal punto di vista qualitativo, nel senso che non si discuterà più tanto di vizi escludenti e non e/o di illegittimo esercizio o di omesso esercizio del potere-dovere di soccorso istruttorio, quanto, appunto, di espletamento o meno del procedimento di regolarizzazione da parte della stazione appaltante e/o di dovutezza o meno della pena pecuniaria; dall'altro, diminuirà, specie con riguardo ai ricorsi aventi ad oggetto esclusioni per motivi legati ad irregolarità non essenziali.

2. Sul versante della lotta alla corruzione – che, come recentemente ribadito dal Centro studi Confindustria, è una «zavorra per lo sviluppo» (così nel rapporto pubblicato nel n. 22/2014 di *Scenari economici*) – il legislatore si è invero mosso già da diversi anni, ottenendo però risultati tutt'altro che soddisfacenti.

Com'è noto, nell'ambito degli appalti pubblici il rischio di corruzione è assai elevato e la relativa prevenzione richiede strategie che contemperino regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato, garanzia della legalità e rapidità nella realizzazione delle opere, e siano accompagnate da controlli e sanzioni; ciò che, nel 2006, si è tentato di fare con il Codice, ma senza risolvere tutti i problemi. Del resto, basta pensare ad alcune «grandi opere» rivelatesi, purtroppo, non esenti dal rischio di distrazione di fondi pubblici e di infiltrazioni criminali – come, ad es., la ricostruzione della città di L'Aquila dopo il terremoto del 2009, il sistema MOSE di Venezia e l'Expo Milano 2015 – per rendersi conto che c'è ancora molto da fare.

Consapevole di tutto ciò, il legislatore è intervenuto nuovamente, introducendo, innanzitutto, misure di trasparenza nel convincimento che si tratti di uno strumento sicuramente efficace di prevenzione della corruzione nella misura in cui impone una rendicontazione dell'azione pubblica nei confronti degli *stakeholders*, agevola sistemi di *accountability* e limita il rischio che si annidino situazioni di illiceità in settori delicati dell'azione amministrativa come quello in parola. Ci si riferisce, in primo luogo, al d.lgs. n. 33/2013, approvato dal Governo nell'esercizio della delega contenuta nella l. n. 190/2012, che persegue l'obiettivo della conoscenza diffusa, aperta a tutti i cittadini su ogni aspetto dell'amministrazione, attraverso l'accesso ai documenti e la pubblicità, in particolare riconoscendo in capo a qualsiasi cittadino un vero e proprio diritto di accesso civico a quelle informazioni ed a quei dati per i quali non risulti adempiuto l'obbligo di pubblicità (art. 3): un diritto di accesso, quindi, svincolato dai requisiti di legittimazione previsti dalla l. n. 241/1990, azionabile senza formalità, senza necessità di motivare l'istanza, senza dover dimostrare l'utilità dell'atto che si intende co-

appalti pubblici più semplici e trasparenti

noscere rispetto alle esigenze difensive del richiedente, ma fondato sul solo presupposto dell'inadempimento in cui l'amministrazione è incorsa rispetto agli obblighi di pubblicità. Tali disposizioni dovrebbero scoraggiare fenomeni di corruzione grazie alla possibilità di accedere in tempo reale al sito della stazione appaltante ed alla riduzione di un rapporto diretto e personale tra concorrenti e amministrazione.

Con specifico riguardo agli appalti pubblici, la normativa del 2012/2013 prevede, invero, molti altri strumenti di lotta alla corruzione, ai quali in questa sede non è possibile nemmeno accennare. Vanno, piuttosto, segnalate le ulteriori misure introdotte nell'estate 2014 in materia di vigilanza sulla centralizzazione della spesa (d.l. n. 66/2014, convertito con l. n. 89/2014), di fatturazione elettronica e di rafforzamento dei poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione (d.l. n. 90/2014, convertito con l. n. 114/2014).

3. Per concludere, tre brevissime considerazioni.

La prima. Non v'è dubbio che, se si lascia all'amministrazione troppa discrezionalità nella redazione e nell'applicazione dei bandi, i margini per la corruzione aumentano; è anche vero, però, che un eccesso di regole, ed in particolare di formalismi, è altrettanto dannoso: il compito del legislatore è, quindi, quello di prevenire la corruzione senza aumentare il peso della burocrazia.

La seconda. Nei prossimi mesi, il nostro legislatore dovrà recepire le nuove disposizioni contenute nelle direttive europee del 15 gennaio 2014, intervenendo in modo incisivo sul Codice dei contratti pubblici e sul relativo Regolamento di attuazione nella linea della trasparenza, della semplificazione e dell'innovazione: il cammino verso un sistema teso a favorire la concorrenza e combattere la corruzione si presenta, quindi, ancora lungo ed irto di ostacoli.

La terza. In attesa di vedere se quella che appare una "*mission impossible*" sarà prima o poi compiuta, corre l'obbligo di rilevare che l'attenzione del legislatore, anche europeo, non dovrebbe essere circoscritta al procedimento ad evidenza pubblica, ma dovrebbe estendersi alla fase di esecuzione del contratto, che è quella nella quale intervengono i fenomeni più intensi di illegalità: un mondo di ritardi, penali, mancate consegne dei cantieri e vincoli che si frappongono alla realizzazione del progetto del quale i giuristi – e in particolare gli amministrativisti – dovrebbero tornare ad occuparsi con maggiore assiduità.

Fabio Saitta

CARLO IBBA

SOCIETÀ *IN HOUSE*: NOZIONE E RILEVANZA APPLICATIVA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le società *in house*: nozione. – 2.1. Il controllo analogo. – 2.2. *Segue*: (...) controllo analogo e diritto societario comune. – 3. Le società *in house*: rilevanza applicativa. – 3.1. Società *in house* e giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli amministratori. – 3.2. Società *in house* e procedure concorsuali. – 4. Un auspicio finale. – Nota bibliografica.

1. Premessa

Le parole di presentazione del Convegno – verosimilmente alludendo alla pronuncia delle Sezioni Unite sulla quale mi soffermerò più avanti – sottolineano come, in materia di società *in house*, vi sia stata una «svolta interpretativa in senso marcatamente pubblicistico», in una «prospettiva che esalta ulteriormente le esigenze peculiari del socio pubblico» e che è «sempre più difficile conciliare (...) con il modello privatistico disegnato dal nostro codice civile».

Io credo che questa svolta interpretativa non rispecchi appieno (o forse non rispecchi affatto) quella che è la realtà normativa delle società *in house*, per le ragioni che cercherò di evidenziare nella prima parte delle riflessioni che seguono. Successivamente passerò a domandarmi quale sia la rilevanza applicativa della nozione o, se si vuole, della fattispecie di società *in house* correttamente delimitata.

* Il testo riproduce i contenuti della *Relazione* svolta al Convegno su *Società in house e diritto dell'impresa* (Roma, Scuola Nazionale dell'Amministrazione, 12 giugno 2014), di cui mantiene il tono discorsivo, con qualche aggiornamento. È aggiunta una nota bibliografica limitata ad alcune opere, fra le tantissime di cui si compone la letteratura giuridica in tema di *in house*, che più da vicino trattano i profili toccati nel testo.

2. Le società *in house*: nozione

Il fenomeno, ben noto, è quello della autoproduzione di beni o servizi da parte di amministrazioni pubbliche, tramite proprie strutture organizzative.

Come sappiamo, in presenza di determinati requisiti l'ordinamento comunitario e, di riflesso, il nostro ordinamento ritengono legittimo che l'affidamento di compiti di autoproduzione a queste "strutture organizzative" avvenga in modo diretto, ossia senza il ricorso a procedure competitive.

Quali siano questi requisiti è stato prima tratteggiato e poi via via precisato, attraverso vari "aggiustamenti" e non senza qualche oscillazione e ripensamento, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Teckal* del 1999¹, in una serie di pronunce (non sempre tenute presenti dalla nostra giurisprudenza amministrativa) che si sono soffermate sui tre punti qualificanti: il controllo pubblico totalitario, unipersonale o pluripersonale (la cui rilevanza peraltro è andata via via attenuandosi); la destinazione prevalente dell'attività nei confronti dell'amministrazione pubblica controllante; l'esercizio da parte di questa, sul soggetto affidatario, di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Ed è su quest'ultimo profilo, certamente quello più problematico, che concentrerò l'attenzione nelle pagine che seguono.

Prima, però, vorrei dar conto di un diverso modello di *in house* recentemente affiorato nella giurisprudenza comunitaria, definibile (e definito) come affidamento *in house* "orizzontale" per distinguerlo da quello "verticale" sin qui noto. Si tratta del caso in cui l'ente affidatario non è sottoposto al controllo analogo dell'ente affidante, ma entrambi soggiacciono al controllo analogo di una diversa amministrazione pubblica, nei confronti della quale essi svolgono la parte più importante della loro attività.

La possibile rilevanza di fattispecie del genere è emersa a proposito di una fornitura affidata senza gara dal Politecnico di Amburgo a una società a capitale integralmente pubblico, nel presupposto che l'esenzione dalle procedure di evidenza pubblica fosse giustificata dal fatto che, soggiacendo entrambi gli enti al controllo analogo del Comune di Amburgo (sia pure non su tutta l'attività dell'Università affidante e solo in forma congiunta nei confronti della società affidataria), si trattasse comunque di "strumenti" attraverso i quali il Comune stesso espletava i propri compiti di interesse pubblico.

¹ C. Giust. UE, sez.V, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*.

società *in house*: nozione e rilevanza applicativa

Nel caso di specie la Corte di Giustizia² ha ritenuto che il Comune non era in grado, in realtà, di esercitare il controllo analogo nei termini richiesti dalla giurisprudenza della Corte stessa, e non si è perciò pronunciata circa la rilevanza dell'*in house* orizzontale ove effettivamente sussistente. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, tuttavia, sono presenti significative pur se circoscritte aperture (là dove si riconosce che la *ratio* della dispensa dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista per l'*in house* verticale può, in linea di principio, essere ravvisata anche con riguardo a quello orizzontale, qui rilevando, peraltro, solo il controllo analogo esclusivo e non anche quello congiunto), che potrebbero preludere a ulteriori sviluppi giurisprudenziali favorevoli al riconoscimento di questa forma di *in house*.

D'ora in avanti, dunque, svolgerò il discorso con riferimento all'*in house* verticale, al momento l'unico sicuramente ammesso, con l'avvertenza che in un futuro più o meno prossimo i risultati raggiunti potrebbero valere anche per quello orizzontale.

2.1. Il controllo analogo

Che cosa deve intendersi per controllo analogo? Nelle prime pronunce la Corte si è limitata a dire che deve essere qualcosa di più rispetto al normale controllo societario, ossia alla "influenza dominante" normalmente esercitabile da un socio (totalitario) sulla società, senza però definirlo positivamente; poi alcune sentenze (soprattutto *Parking Brixen* del 2005³ e *Carbotermo* del 2006⁴) lo hanno inteso in senso molto forte, ritenendo in sostanza che per aversi controllo analogo occorre che gli amministratori della società *in house* non debbano avere poteri di gestione esercitabili autonomamente.

Successivamente, però, altre decisioni hanno attenuato i contorni dell'*in house* sotto vari profili, incluso quello del controllo analogo. In particolare la pronuncia *SeTco* del 2009⁵, poi seguita da altre, ha ammesso il controllo analogo congiunto, precisando che esso può essere esercitato attraverso la partecipazione a organi collegiali e deve consistere nell'attribuire

² C. Giust. UE, 8 maggio 2014, C-13/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH*.

³ C. Giust. UE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG*.

⁴ C. Giust. UE, sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo SpA e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP SpA*.

⁵ C. Giust. UE, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea Srl c. Comune di Ponte Nossola*.

agli enti affidanti «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti» della società affidataria: non quindi, sembrerebbe, un potere tanto pervasivo da privare di ogni autonomia gli amministratori, attribuendo agli azionisti pubblici la diretta determinazione di tutte le scelte amministrative; né tanto meno – aggiungo – da indurre a configurare un vero e proprio rapporto gerarchico, con la piena subordinazione degli amministratori della società *in house* rispetto all'ente pubblico o agli enti pubblici soci.

Più di recente ancora, la pronuncia *EcoNord* del 2012⁶, sempre in tema di controllo analogo ripartito fra più soci pubblici, ha puntualizzato che in queste fattispecie non è richiesta la sussistenza di un potere di controllo individuale, sufficiente essendo che il controllo sia esercitato congiuntamente dalle «autorità pubbliche associate»; e che tale condizione è soddisfatta «qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi» dell'ente *in house*.

Tirando le somme, qual è allora, in definitiva, il *quid pluris* del controllo analogo rispetto al controllo societario? La Corte di Giustizia non lo ha mai precisato con chiarezza riguardo al controllo individuale. Riguardo al controllo analogo congiunto, tuttavia, si è ormai assestata nel ritenere sufficiente che vi sia una influenza determinante (ossia la possibilità di incidere) sulla direzione strategica e sulle decisioni significative, non invece sulla gestione amministrativa quotidiana e sulle singole scelte in cui essa si manifesta. E se questo vale per il controllo analogo congiunto, non può non valere anche per quello individuale (così, infatti, senza distinguere fra le due forme di controllo, la motivazione della pronuncia del 2014 citata nel par. 2, nn. 26-27).

In ogni caso, che sia così è ora decisamente confermato dalle direttive n. 23 e 24 del 2014, in materia di concessioni e appalti pubblici, perché questa è la nozione di controllo analogo codificata nell'art. 12 di entrambe: la norma richiede appunto che vi sia un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, ammettendo, fra l'altro, anche il controllo analogo indiretto, ossia esercitato tramite un'altra persona giuridica controllata allo stesso modo.

2.2. *Segue: (...) controllo analogo e diritto societario comune*

Se questa è la nozione di controllo analogo, quali sono gli strumenti giuridici utilizzabili per realizzare situazioni di questo tipo?

⁶ C. Giust. UE, sez. III, 29 novembre 2012, C-182/11, *EcoNord SpA c. Comuni di Cagno, Varese e Solbiate*.

società *in house*: nozione e rilevanza applicativa

La risposta dipende dal diritto nazionale, non dalla giurisprudenza comunitaria, che esplicitamente (si vedano in particolare le sentenze *SeTco* ed *EcoNord*) “se ne lava le mani”. E non si tratta di un criticabile atteggiamento pilatesco, ma della semplice presa d’atto del fatto che il diritto europeo non impone agli ordinamenti nazionali di adeguare il proprio diritto societario al fine di rendere possibile il controllo analogo nell’ambito di qualunque tipo societario.

Nessuna norma comunitaria, infatti, richiede questo, né d’altra parte nessuna norma di diritto interno – a prescindere da un’imposizione comunitaria che non c’è – legittima deroghe al diritto societario comune strumentali alla configurazione del controllo analogo.

La nostra giurisprudenza amministrativa, viceversa, mi sembra dare per scontato che, di fronte all’esigenza di procedere a un affidamento diretto, e quindi preliminarmente di assicurare il controllo analogo (dell’affidante sul soggetto affidatario), le norme imperative del diritto societario debbano cedere; ma è una soluzione che, come dicevo, non ha alcun fondamento normativo.

A mio avviso è vero esattamente l’inverso: le clausole statutarie finalizzate ad assicurare il controllo analogo, come ogni altra clausola statutaria, saranno legittime se conformi al diritto societario, illegittime in caso contrario; con la conseguenza, in questo secondo caso, che dovrebbe essere ritenuto illegittimo l’affidamento diretto concesso nel presupposto della (sussistenza del controllo analogo, fondata sulla) loro validità.

Tutto questo può riassumersi dicendo che le società *in house* non sono società di diritto speciale, almeno fino a che qualche norma di rango legislativo non intervenga a sottrarle al diritto comune (come autorevole letteratura, non solo commercialistica ma anche amministrativistica, riconosce).

Conclusione, questa, che trova ulteriore conferma nell’art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, là dove stabilisce che «le norme del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»; norma interpretativa, questa, nel cui campo di applicazione rientrano certamente anche le società *in house*.

La configurazione statutaria degli strumenti di controllo analogo, dunque, deve fare i conti con il diritto societario comune. In particolare, là dove si tratti di società per azioni, deve fare i conti con l’imperatività dell’art. 2380-bis c.c. (secondo cui la gestione compete esclusivamente agli amministratori) e dell’art. 2449 c.c. (per il quale gli amministratori di nomina pub-

blica hanno gli stessi diritti e obblighi degli amministratori di nomina assembleare), che legittimano la previsione statutaria di poteri assembleari di autorizzazione – nei termini consentiti dall’art. 2364, c. 1, n. 5, c.c. – ma non certo di poteri assembleari di indirizzo, né tanto meno di poteri gerarchici; e che rendono illegittima la previsione di organi societari atipici (quali comitati di controllo analogo o assemblee di sindaci o assessori comunali) con compiti che vadano al di là di quelli meramente consultivi o istruttori, come pure – anche in considerazione dell’inderogabilità della responsabilità degli amministratori per la gestione – di qualunque altra clausola che comunque sottragga, o pretenda di sottrarre, il potere di gestione agli amministratori affidandolo a organi atipici.

Il punto, quindi, non è stabilire se possa prevedersi nello statuto che questo o quell’organo “di controllo analogo” eserciti poteri direttivi sugli amministratori della società *in house* o se possa ammettersi che addirittura – come pare sia stato fatto in qualche occasione – il segretario comunale impartisca loro ordini di servizio, ma stabilire se le clausole che ciò prevedono siano valide e se quegli ordini siano vincolanti per gli amministratori. E la risposta, per quanto detto, è che non lo sono (che poi, sul piano fattuale, molti amministratori di società *in house*, pur non essendo tenuti a farlo, scelgano di conformarsi alla volontà espressa dal socio pubblico o da questo o quell’organo atipico, è evidentemente tutto un altro discorso, in qualche misura connesso a quello dell’asservimento di molti *manager*, e specialmente di molti *manager* di nomina pubblica, alla politica, fenomeno del resto riscontrabile anche al di fuori delle società *in house*).

La configurazione del controllo analogo nei confronti di una società per azioni, in definitiva, non può avere una base statutaria, restando allora la possibilità di affidarla a pattuizioni parasociali (e si veda ad esempio il caso *EcoNord*).

Diverso discorso va fatto invece con riferimento al tipo della società a responsabilità limitata, riguardo al quale non parrebbero porsi particolari problemi: il controllo analogo, infatti, può legittimamente fondarsi sull’attribuzione al socio o ai soci pubblici di diritti particolari inerenti l’amministrazione (art. 2468, c. 3, c.c.) o sulla devoluzione statutaria ai soci (*ex art.* 2479, c. 1, c.c.) delle decisioni rilevanti, in modo tale da assicurare il controllo delle questioni strategiche o comunque significative.

La prassi, viceversa, ignora tutto quel che precede, disdegna il tipo della s.r.l. e – per ragioni che temo abbiano a che fare solo con la modestia tecnica di chi prende queste decisioni e di chi le consiglia – opta costantemente per il tipo della s.p.a.; con il risultato che è frequentissimo il caso di affidamenti diretti a favore di società *in house* per azioni la cui (apparente)

società *in house*: nozione e rilevanza applicativa

sottoposizione a controllo analogo – per quanto precede – è tutta fondata su clausole sicuramente illegittime.

3. Le società *in house*: rilevanza applicativa

Detto questo, provo ora a chiedermi se la nozione di società *in house* abbia una rilevanza applicativa che va al di là di quella in funzione della quale la categoria è stata elaborata, vale a dire la funzione di individuare le condizioni in presenza delle quali un'amministrazione pubblica può fare a meno della gara per affidare un determinato servizio a una struttura formalmente esterna ma da essa stessa controllata.

Due sono principalmente, almeno da un punto di vista privatistico, i profili da considerare, che attengono alla possibile rilevanza dell'essere *in house* in ordine: a) al riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli amministratori; b) alla soggezione o no, in caso d'insolvenza, alle procedure concorsuali.

Preannuncio subito che risponderò negativamente su entrambi i punti: non ritengo, cioè, che le società *in house* debbano godere di un trattamento differenziato, rispetto alle altre società a partecipazione pubblica, sotto alcuno dei due profili indicati.

3.1. Società in house e giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli amministratori

Sul primo punto è d'obbligo il riferimento alla notissima sentenza della Cass., sez. un., n. 26283/2013⁷ (poi seguita da alcune altre decisioni conformi) che, ribadita in via generale l'insussistenza della giurisdizione contabile per le ragioni più volte indicate dalla Suprema Corte (a partire da Cass., sez. un., n. 26806/2009⁸) e da essa ulteriormente argomentate, ha ritenuto di dover fare eccezione là dove il patrimonio sociale leso sia quello di una società *in house*.

In proposito mi sono già espresso criticamente in altra sede, alla quale mi permetto di rinviare. In breve, per quel che qui interessa, che cosa rimprovero a questa pronuncia?

In primo luogo, di aver accolto – rifacendosi sostanzialmente ad alcune posizioni della giurisprudenza amministrativa – una nozione estrema dell'*in*

⁷ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283.

⁸ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

house, e più specificamente del controllo analogo, affermando che la posizione degli amministratori della società *in house* è di «vera e propria (...) subordinazione» rispetto «all'ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso»; nozione, quella così delineata, che peraltro va ben al di là di quella accolta, come si è visto, dalla Corte di Giustizia nonché dalle sopravvenute direttive in materia di concessioni e appalti pubblici.

In secondo luogo, di aver ritenuto che, poiché i suoi amministratori per quanto precede non hanno alcuna autonomia decisionale, la società *in house* non è un centro d'interessi suoi propri, e dunque non può considerarsi “persona giuridica”; conclusione, questa, alla quale perviene senza nemmeno curarsi di giustificare il superamento dell'art. 2331 c.c., secondo cui con l'iscrizione nel registro delle imprese la società di capitali “acquista la personalità giuridica”, e che peraltro esorbita pur essa dalla nozione comunitaria di *in house* (basti pensare al ripetuto riferimento alla “persona giuridica” dell'ente affidatario presente nella direttiva appalti come in quella concessioni, all'art. 12).

Il tutto per approdare infine alla concezione della società *in house* come mero patrimonio separato dell'amministrazione pubblica; concezione (che consente alla Suprema Corte di qualificare il danno subito da quel patrimonio come danno erariale ma) che, oltre ad essere oggettivamente di difficile conciliazione con il diritto positivo, è foriera di numerosi problemi teorici e applicativi. Fra questi mi limito qui a segnalare quello della compatibilità con riguardo alle ipotesi di controllo analogo congiunto, ossia ripartito fra più soci pubblici, nel qual caso occorrerebbe ipotizzare una pluralità di patrimoni separati, con problemi di imputazione dei singoli atti a mio avviso irrisolvibili (trattandosi di atti tutti compiuti spendendo il nome della società *in house*, ma i cui effetti andrebbero “ripartiti” – non è chiaro in base a quale criterio – fra i vari patrimoni separati).

Aggiungo che la pronuncia, delineando nel modo che si è visto la fattispecie dell'*in house*, implicitamente avalla la legittimità di un assetto statutario che renda gli amministratori meri esecutori delle decisioni del socio pubblico (tanto da indurre a chiedersi perché mai, allora, di quelle decisioni debbano rispondere i primi e non il secondo), muovendo evidentemente dal presupposto secondo cui, nel conflitto fra controllo analogo così inteso e norme imperative del diritto societario, siano queste ultime a cedere; presupposto di cui ho cercato prima di dimostrare l'erroneità.

Concludendo su questo punto, credo quindi che le argomentazioni utilizzate dalle Sezioni Unite e la soluzione cui esse conducono non meritino di essere condivise. Più in generale, ritengo che non vi siano ragioni

società *in house*: nozione e rilevanza applicativa

per differenziare il regime delle società *in house* da quello delle altre società pubbliche ai fini del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità. E lo stesso penso, come proverò subito a spiegare, in relazione al problema del fallimento (per ragioni di tempo non mi occuperò invece del concordato preventivo, pur avvertendo che la considerazione congiunta delle due procedure fa emergere ulteriori ragioni a sostegno della tesi qui preferita).

3.2. Società in house e procedure concorsuali

Com'è noto, l'art. 1 legge fall. e l'art. 2221 c.c. escludono dalla sottoposizione al fallimento e al concordato preventivo gli enti pubblici e non invece le società a partecipazione pubblica, la cui soggezione alle citate procedure concorsuali, conseguentemente, è stata per decenni incontrastata, sia in dottrina che nella giurisprudenza.

Qualche anno fa, peraltro, si sono diffuse alcune opinioni contrarie, fondate su due argomentazioni diverse ma entrambe finalizzate ad applicare la norma di esonero anche alle società a partecipazione pubblica o ad alcune di esse.

Più precisamente, un primo filone interpretativo propende per un'applicazione diretta di quella norma, cui si giunge attraverso la qualificazione della società (o di certe società) come ente pubblico; il secondo orientamento, invece, perviene sostanzialmente a una sua applicazione analogica (anche se questo raramente viene evidenziato), fondata sull'identità di *ratio* che si ravviserebbe là dove cada in insolvenza una società a partecipazione pubblica che possa considerarsi "necessaria", essendole stata affidata la gestione di un servizio pubblico essenziale.

Ora, le operazioni di riqualificazione della società come ente pubblico, benché spesso avallate dalla giurisprudenza amministrativa e da quella contabile, sono contrastate con molto vigore, soprattutto negli ultimi anni, dalla Corte di Cassazione, che, pur non negandone in astratto l'ammissibilità, la circoscrive, in concreto, a rarissime ed eccezionali fattispecie di società di diritto singolare.

Del resto, su un piano generale la riqualificazione si scontra con la norma secondo cui «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge» (art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70, non a caso pressoché ignorato dai fautori della riqualificazione), in virtù della quale l'attribuzione per via interpretativa della natura pubblica a questo o quell'ente, in assenza di specifiche e inequivoche disposizioni di legge che la sorreggano, è del tutto arbitraria.

Più specificamente essa trova un forte ostacolo nel già ricordato art. 4,

c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (*supra* par. 2.2), per effetto del quale, affinché una società a partecipazione pubblica anche totalitaria possa essere riqualificata come ente pubblico, e conseguentemente sottoposta alla disciplina pubblicistica e sottratta a quella privatistica con essa non compatibile, occorre rinvenire una norma che espressamente legittimi la sottrazione al comune diritto societario (o dell'impresa).

Quanto alla tesi dell'applicazione analogica, essa dovrebbe farsi carico di dimostrare la non eccezionalità della norma che si vorrebbe estendere per analogia e, prima ancora, l'esistenza di una lacuna normativa; dimostrazione, questa, tutt'altro che agevole, perché il mantenimento dell'esenzione per i soli enti pubblici in sede di riforma della legge fallimentare – da parte di un legislatore che certamente non poteva ignorare i problemi posti dal proliferare degli affidamenti di servizi pubblici a società a partecipazione pubblica – potrebbe essere espressivo di una scelta e non di una dimenticanza; ciò tanto più alla luce della previsione, di poco successiva, che include le società «operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali» fra quelle assoggettabili ad amministrazione straordinaria (art. 27, c. 2, lett. *b-bis*, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270), sicché parrebbe contraddittorio ipotizzarne l'esonero dalla procedura fallimentare.

Anche a prescindere da ciò, considerando una determinata società “necessaria” (e dunque non fallibile) in quanto affidataria di un servizio pubblico essenziale si trascura che necessario è lo svolgimento del servizio, non lo svolgimento *da parte di quella società*. In caso contrario, del resto, dal fallimento dovrebbero essere esonerate anche le società a capitale interamente privato cui sia stata affidata la gestione di un servizio pubblico essenziale.

Ma non mi addentro ulteriormente nella critica dei due orientamenti perché entrambi si fondano su argomentazioni che non riguardano specificamente le società *in house* ed entrambi hanno già ricevuto convincenti critiche sia dottrinali che giurisprudenziali e sono stati motivatamente respinti, di recente, dalla Suprema Corte (prima con la pronuncia n. 21991 del dicembre 2012⁹ e poi, più analiticamente, con quella n. 22209 del settembre 2013¹⁰). Il discorso, dunque, sembra ormai chiuso nel modo a mio avviso più corretto.

Esso potrebbe però riaprirsi, proprio con specifico riferimento alle società *in house*, per effetto – se si vuole, un “effetto collaterale” – della citata sentenza delle Sezioni Unite n. 26283 del novembre 2013.

⁹ Cass., sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991.

¹⁰ Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209.

società *in house*: nozione e rilevanza applicativa

Se infatti – come ha affermato questa pronuncia – le società *in house* sono mere articolazioni interne degli enti pubblici soci, da ciò potrebbe desumersi (e alcuni tribunali hanno desunto) che esse dovrebbero beneficiare dell'esenzione dal fallimento disposta, appunto, per gli enti pubblici.

Ora, ho detto prima che non reputo convincente la negazione dell'alterità soggettiva della società *in house* rispetto all'amministrazione pubblica o alle amministrazioni pubbliche che la controllano, con tutto quel che ne discende.

Ma, prescindendo da questo, osservo che in ogni caso – come le stesse Sezioni Unite hanno avuto cura di precisare in un passaggio della motivazione – non necessariamente la concezione, diciamo così, dell'immedesimazione fra società *in house* ed ente pubblico socio è estensibile al di là del problema specifico per il quale è stata formulata.

Essa, insomma, è stata invocata per qualificare il rapporto fra società e socio pubblico ai fini del riparto di giurisdizione sottoposte ma – come hanno puntualizzato alcuni Tribunali in sede fallimentare – «non comporta, per quanto concerne la soggezione alla normativa civilistica, un annullamento completo dell'alterità giuridica della società anche per qualunque altro profilo che non attenga al rapporto fra partecipante e partecipato»¹¹; in altre parole, e questo emerge anche in alcune pronunce della magistratura contabile, se per il diritto amministrativo e comunitario l'ente pubblico socio e la società *in house* possono essere visti “sostanzialmente” come “un solo soggetto”, «pur configurandosi sotto il profilo civilistico due soggetti giuridici distinti», tuttavia «la natura del rapporto funzionale [della società *in house*] con l'ente proprietario non si riflette nei rapporti con i terzi, né sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria stabilita dal codice civile»¹².

Ai fini che interessano la legge fallimentare, in definitiva, la società *in house* non è una mera finzione ma esiste come soggetto giuridico distinto dagli enti pubblici partecipanti ed è dunque sottoponibile alle procedure concorsuali al pari delle altre società in mano pubblica.

Non può del resto ignorarsi che le società *in house*, come ogni altra società a partecipazione pubblica, sono iscritte nel registro delle imprese, così dichiarando ai terzi la loro natura societaria e suscitando nei terzi un legittimo affidamento sull'applicazione del diritto societario comune in tutti i profili non regolati da norme speciali; sicché l'esigenza di non disattendere questo affidamento – già rimarcata dalla Suprema Corte nella pronuncia del

¹¹ Trib. Modena, sez. I civ., 9 gennaio 2014.

¹² Parere Corte conti reg. Lombardia 18-29 giugno 2009, n. 385.

settembre 2013 per supportare la conclusione della fallibilità – si pone per esse non meno che per le altre società pubbliche.

Né mi pare che a sostegno della sottrazione al fallimento possa addursi una asserita non imprenditorialità delle società *in house*, che si desumerebbe dal loro operare a favore dei soci stessi e dalla loro soggezione al controllo analogo.

Infatti, sotto il primo profilo – anche a voler considerare la destinazione a terzi dei servizi prodotti quale elemento essenziale dell’impresa – osserverei che: a) quel che si richiede, come abbiamo visto nel par. 2, è che l’attività sia prevalentemente (*e non esclusivamente*) esplicata in favore degli enti pubblici soci; b) con la formula appena ricordata si allude al rapporto convenzionale di affidamento del servizio – intercorrente, appunto, fra socio pubblico affidante e società *in house* affidataria – ma non si esclude che la fornitura del servizio stesso avvenga, come di fatto avviene (e come è molto chiaro nelle direttive europee su appalti pubblici e concessioni, art. 12, c. 1, *sub b*), nei confronti dei terzi.

Quanto al secondo profilo, così come nessuno dubita che siano imprese le società sottoposte a direzione e coordinamento, non può dubitarsi che lo siano quelle sottoposte a controllo analogo. Del resto, com’è noto, nel risalente dibattito sull’imprenditore occulto è sempre stata pacifica la qualità di imprenditore del soggetto palese, ossia del soggetto che oggi potrebbe definirsi “eterodiretto” (dal soggetto che rimane occulto), così come “eterodiretta”, in un certo senso, è la società *in house*.

4. Un auspicio finale

Concludo. Sono ben consapevole del fatto che la Corte di Cassazione e, in particolare, le Sezioni Unite non possono cambiare orientamento “ad ogni stormir di fronda”.

Nel caso nostro, però, si è registrata una importante innovazione normativa – successiva rispetto al *leading case* del novembre 2013 – che ha codificato una nozione di *in house* certamente diversa, e decisamente più *soft*, di quella posta alla base di quella decisione.

Mi riferisco alle sopravvenute direttive del febbraio 2014 su appalti pubblici e concessioni, la cui configurazione del controllo analogo (limitandosi a richiedere un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata) mina alle fondamenta la costruzione che – attraverso un percorso, come si è visto, irto di asperità logico-giuridiche – ha condotto la Suprema Corte a “dequalifi-

care” la società *in house* da persona giuridica a mero patrimonio separato; tanto da far sperare che, se non altro in considerazione delle citate direttive, l’indirizzo inaugurato nel novembre 2013 dalle Sezioni Unite possa essere rimeditato.

Nota bibliografica

Un’ampia ricostruzione dei profili giuridici dell’*in house*, corredata di una rassegna ragionata della giurisprudenza comunitaria e in buona sintonia con l’impostazione esposta nel testo, si trova in M. Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria – Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2012, p. 199 ss.; ma v. anche V. Donativi, I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di *in house* providing, in *Giur. comm.*, 2014, II, 765 ss.; per uno spunto sulla natura di società di diritto comune propria delle società *in house* cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, nt. 1.; sul problema della compatibilità delle clausole di controllo analogo con il diritto societario comune v. già I. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello dell’in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 ss.

Ho diffusamente criticato *iter* logico e conclusioni di Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in C. Ibba, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 13 ss.

Quanto alla asseguettabilità alle procedure concorsuali, delle società pubbliche in genere come delle società *in house*, ho preso posizione fin dal titolo in C. Ibba, *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. civ.*, 2015; per una compiuta esposizione del medesimo problema da ben diverso angolo visuale v. invece, di recente, G. D’Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 2014, 493 ss.

Abstract

The paper has been inspired by a recent decision of the Italian Court of Cassation and it aims at framing the exact concept of “in house companies”, focusing on the concept of the so-called “analogous control” in publicly-held corporations. The paper studies the compatibility between “analogous control” and corporate law and it maintains that “in house companies” are subject to ordinary corporate law and insolvency law with respect to directors’ liability and bankruptcy proceedings.

SIMONE LUCATTINI

LA RETE PROCEDIMENTALE EUROPEA DELL'ENERGIA*

SOMMARIO: 1. La struttura reticolare del mercato europeo dell'energia. – 2. Natura delle cose, organizzazione, procedimento. – 3. Una multiforme varietà procedimentale. – 3.1. *Rulemaking*. – 3.2. *Enforcement*. – 3.2.1. La repressione degli abusi di mercato. – 3.2.2. La certificazione dei gestori di rete. – 3.3. *Conflicts Resolution*. – 4. Profili di tutela giurisdizionale. – 5. Conclusioni.

1. La struttura reticolare del mercato europeo dell'energia

Crescita e rigore, sviluppo economico e austerità finanziaria, costituiscono i poli più ricorrenti dell'attuale dibattito europeo. Da un lato, infatti, la crescita economica viene vista come nuova meta ideale di tutte le politiche pubbliche di qualche respiro; dall'altro, la costituzionalizzazione dell'obbligo del pareggio di bilancio impone, però, stringenti vincoli di spesa, difficilmente conciliabili con lo sviluppo dell'economia¹.

Due pilastri teleologici – crescita e rigore – che sembrano alla base anche delle più recenti evoluzioni in tema di autorità indipendenti. Sul versante del rigore, difatti, la normativa europea che ha imposto il pareggio di bilancio² richiede anche la creazione di organismi indipendenti per vigilare

* Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano l'Istituzione d'appartenenza (Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico: AEEGSI).

¹ Cfr. l'art. 81, c. 6, Cost. introdotto ad opera dell'art. 5, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1. In argomento, si vedano R. Dickman, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013, 81 ss.; G. Bognetti, *Il pareggio di bilancio nella carta costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012. Sul possibile effetto recessivo di un pareggio di bilancio “a provvedimenti forzati”, quale quello imposto dall'Unione europea, possono leggersi F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano*, Torino, Giappichelli, 2013, 102 s. e G. Guarino, *Salvare l'Europa salvare l'euro*, Firenze, Passigli, 2013. Una «riconciliazione tra rigore e sviluppo» è invece auspicata da C. cost., 23 gennaio 2013, n. 8, osservandosi come il rispetto degli indici del patto europeo di stabilità e crescita, incentrato sul rapporto prodotto interno lordo/deficit pubblico, passa «sia attraverso la crescita del prodotto interno lordo, sia attraverso il contenimento e la riduzione del debito delle amministrazioni pubbliche e del deficit pubblico».

² Ci si riferisce al Trattato su stabilità, coordinamento e *governance* del marzo 2012 –

sul rispetto dei vincoli comunitari di finanza pubblica³. Il ruolo prefigurato per queste nuove autorità amministrative è, dunque, essenzialmente quello di “guardiani europei del rigore”, come nel caso dell’Ufficio parlamentare di bilancio istituito presso le camere «per l’analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica e per la valutazione dell’osservanza delle regole di bilancio»⁴.

Diversamente, le direttive europee di terza generazione tendono a rafforzare il ruolo delle autorità di regolamentazione come parti di un sistema di regolazione integrata⁵ orientato verso lo sviluppo concorrenziale dei mercati dei servizi d’interesse economico generale. A differenza dell’Ufficio parlamentare di bilancio, elevato a custode del rigore finanziario, i regolatori nazionali svolgono quindi una funzione pro-concorrenziale⁶, per sua natura strumentale alla crescita economica. Si tratta, dunque, per così dire, di “autorità della crescita”, non “del rigore”.

Entrambe le registrate tendenze sembrano comunque confermare l’at-

c.d. *Fiscal compact*, su cui cfr. P. Craig, *The Stability Coordination and Governance Treaty. Principle, Politics and Pragmatism*, in 37 *European Law Review* (2012), 231 ss. e R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469 ss.

³ Cfr. l’art. 3, c. 2, del Trattato su stabilità, coordinamento e governance, nonché la Comunicazione della Commissione europea del 20 giugno 2012 (COM(2012)342 final), che definiscono le funzioni degli istituendi organismi di vigilanza. Si veda, inoltre, il regolamento (UE) n. 473/2013 (costituente insieme al regolamento n. 472 il c.d. *Tivo Packs*) che, all’art.5, rende vincolante per gli Stati membri l’impegno di istituire i predetti organismi indipendenti.

⁴ Così l’art. 16 della legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243 che, in attuazione dell’art. 5, c. 1, lett. f), della legge costituzionale 20 aprile 2012, n.1, ha istituito l’Ufficio parlamentare di bilancio. Al riguardo, cfr. R. Perez, *L’Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 197 ss.

⁵ Sulla “regolazione integrata”, caratterizzata, principalmente, dalla creazione di “un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore”, cfr. L. Torchia, *La regolazione indipendente nell’ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, Giuffrè, 2012, 263. In tema si leggano, altresì, E. Chiti e C. Franchini, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, e, in prospettiva storico-evolutiva, A. Sandulli, *La scienza italiana del diritto pubblico e l’integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 889 ss.; Id., *Il ruolo della scienza giuridica nella costruzione del diritto amministrativo europeo*, in *L’amministrazione europea e le sue regole*, a cura di L. de Lucia e B. Marchetti, Bologna, Il Mulino, 2015, 273 ss.

⁶ In argomento, cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, Giuffrè, 2006; sulla concorrenza come principio cardine della costituzione economia europea, vedasi, *ex plurimis*, M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell’Unione Europea*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaro e M. D’Alberti, Bologna, Il Mulino, 2000, 75.

la rete procedimentale europea dell'energia

tualità del modello delle autorità indipendenti come “enti autarchici della Comunità europea”⁷. Dalle diverse finalità perseguite discendono, tuttavia, importanti corollari sotto il profilo organizzativo e procedimentale. Rigore è infatti concetto a-relazionale e puntiforme: controllo, analisi di bilancio, verifica di scostamenti contabili; operazioni, queste, che richiedono di prestare l'attenzione ai singoli bilanci statali, nel rigoroso raffronto tra parametri numerici.

Lo sviluppo concorrenziale necessita, invece, di interventi coordinati, a livello nazionale e sovranazionale, sui nodi e le strutture portanti dei mercati. Si pensi, in tal senso, al mercato interno dell'energia che si caratterizza per la dimensione reticolare, sia dei rapporti giuridici (contratti transfrontalieri), che delle infrastrutture fisiche (reti di trasporto) che lo innervano. Per unificare tale mercato, pare dunque fondamentale agire sui livelli operativi della interconnessione e della interoperabilità tra reti transnazionali⁸. E ciò richiede una struttura organizzativa e procedimentale adattata alla natura delle cose oggetto di regolazione⁹: alla rete giuridica di rapporti sinallagma-

⁷ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, 76.

⁸ In merito, vedasi A. Botto, *Lo sviluppo delle infrastrutture transfrontaliere*, in *Annuario di diritto dell'energia 2014*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2014, 45.

⁹ È la “qualità interessante” del bene, in altri termini, a condizionare le scelte di regolazione, come notato, a suo tempo, da G.D. Romagnosi, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*, Prato, Guasti, 1938, 131, richiamato, con riferimento all'energia, da G.D. Comporti, *Energia e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, Giappichelli, 2008, 259; sull'attualità del “criterio funzionale romagnosiano”, cfr. anche F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1237 s. Secondo lo stesso Autore, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 25, gli istituti giuridici debbono poi riflettere, come “necessaria conseguenza”, la natura delle cose. Parole simili possono leggersi in C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Vallardi, 1911, 66, che parla di «regole imposte dalla natura delle cose, che valgono come diritto positivo vigente sino dal primo giorno in cui sono necessarie». In generale, sulla natura delle cose come “principio immanente alla nostra struttura costituzionale”, cfr. ancora F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 95. Volgendo, in particolare, l'attenzione al diritto dell'economia, la natura delle cose appare come criterio orientante le correzioni alle «“irregolarità” nel funzionamento del mercato economico» tipiche della regolazione dei mercati (F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 13 s.) ovvero quale strumento interpretativo strumentale alla ricostruzione sistematica dei rapporti tra diritto comunitario e nazionale (F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss. – richiamato da Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686; A. Sandulli, *Natura delle cose, principi generali di azione, limiti del legislatore*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Annuario 2004, Condizioni e limiti della funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 25 ss.). Per una applicazione del ridetto principio al procedimento am-

tici e alla rete fisica di infrastrutture deve pertanto corrispondere un sistema di *governance* policentrico e, ad un tempo, sempre più interconnesso sul piano dell'azione e dell'organizzazione amministrativa.

Prima delle geometriche architetture istituzionali, il diritto europeo dell'energia pare dunque potersi costruire dal basso, dalle cose e dai fatti¹⁰. Il che conferma, a livello empirico e in via generale, che, prima ancora della legalità, della sussidiarietà, della proporzionalità, il principio fondativo e imprescindibile del diritto comunitario può essere rinvenuto nella natura delle cose. Solo in questo modo, nel suo essere necessariamente¹¹ aderente alle cose e ai fatti, il diritto comunitario può infatti pensare di recuperare a pieno il *deficit* di legittimazione democratica che lo affligge ed essere comunemente riconosciuto e applicato. Non soltanto dunque per la sua forza formale, in termini di prevalenza sul diritto nazionale¹², ma anche per la sua intrinseca forza oggettiva, l'unica a poter davvero giustificare armonizzazione di discipline e uniformità d'applicazione¹³.

2. Natura delle cose, organizzazione, procedimento

Nel settore dell'energia, l'evoluzione, dal “concerto regolamentare europeo”¹⁴ ad un sistema di regolazione integrata imperniato sull'Agenzia per

ministrativo, vedasi invece G. della Cananea, *Per uno studio comparato della disciplina dei procedimenti amministrativi*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), Annuario 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 326.

¹⁰ Si intravede qui una qualche somiglianza con la *sfattualità* del diritto medievale, dove le forme giuridiche si adagiano in coerenza sui fatti economici e sociali di cui sono la semplice e immediata espressione»: P. Grossi, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti, Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica, Torino, Giappichelli 2007)*, in *Quad. fior. stor.*, n. 38, II, 2009, 1905. Sui fatti come fonte del diritto vedasi, in particolare, A. Asquini, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur.*, LXXVI, 1921, 129 ss.

¹¹ Le direttive, i regolamenti comunitari «devono necessariamente incidere sui sistemi giuridici» degli Stati membri, «limitandoli e condizionandoli nella misura necessaria ad assicurarne l'applicazione»: F. Pocar, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 1997, 4 (enfasi aggiunta).

¹² In proposito, cfr. G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma – Bari, Laterza, 2003, 123 ss.

¹³ «Le differenze sono attriti fastidiosi e dispendiosi, riducono il grado di produttività, inceppano scioltezza e rapidità degli scambi», osserva N. Irti, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Diritto senza verità*, Roma – Bari, Laterza, 2011, 130.

¹⁴ L'espressione è mutuata da S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 ss.

la rete procedimentale europea dell'energia

la cooperazione dei regolatori dell'energia (ACER)¹⁵, non pare soltanto il portato della costruzione giuridico-formale europea, quale sistema pluralistico di produzione di norme, quanto, piuttosto, il necessario riflesso della struttura reticolare del mercato europeo.

Se, come detto, il presupposto essenziale del funzionamento del sistema energetico comunitario è infatti costituito dall'interconnessione/interoperabilità tra reti¹⁶, la relativa disciplina sarà, per forza di cose, irriducibile ad una dimensione esclusivamente nazionale¹⁷. Per questa via, la nozione di rete sembra allora poter assumere un valore euristico che va ben oltre il dato sensibile di una infrastruttura complessa e articolata¹⁸, per riflettersi sul versante organizzativo e procedimentale. Sicché la dimensione, reale ed oggettiva, di un mercato reticolare costituisce il presupposto di un modello organizzativo – l'ACER come *networked agency* – funzionale alla produzione di regole tecniche, armonizzate e uniformi, in grado, perciò, di favorire lo sviluppo concorrenziale¹⁹. A questa rete organizzativa, che si snoda dall'ACER fino ai regolatori nazionali, corrisponde poi un reticolato procedimentale²⁰ fatto di procedimenti composti, «in cui intervengono autorità eu-

¹⁵ Istituita con regolamento (CE) n. 713/2009.

¹⁶ Nota G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011, 5, come «il punto debole ai fini concorrenziali del “sistema energia” è rappresentato dalle reti e dalla loro gestione».

¹⁷ Sul rilievo, necessariamente comunitario, delle principali infrastrutture di rete, cfr. G. della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, 1 ss.

¹⁸ Sulle infrastrutture a rete come fondamento e metafora dello Stato contemporaneo si vedano le avveniristiche riflessioni di A. Predieri, *Premesse sulle infrastrutture giuridiche delle nuove architetture finanziarie*, in *Le nuove architetture del sistema monetario internazionale*, a cura di A. Predieri e P. Savona, Torino, Giappichelli, 2001, 73 ss. Per una rassegna delle possibili applicazioni della c.d. “scienza delle reti” nel campo delle scienze sociali, cfr. M.E.J. Newman, *Networks. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 15 ss. A livello teorico-generale, la metafora della rete è stata impiegata, altresì, per cogliere il senso più profondo del diritto come «trama stessa della società», «rete che la sorregge impedendone lo sfascio»: P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 18. Cfr. anche J.B. Ruhl, *The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and Its Practical Meaning for Democracy*, in 49 *Vanderbilt Law Review* (1996), 1407 ss.

¹⁹ Sull'ACER, cfr. L. Ammannati, *Il ruolo dell'Agenzia nella regolazione energetica*, in *Le agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, a cura di V. Salvatore, Pavia, Jean Monnet Centre, 2011, 105. In generale, sulle reti amministrative europee, si vedano invece E. Chiti, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29 ss.; D. Coen e M. Thatcher, *Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies*, in 28 (1) *Journal of Public Policy* (2008), 49 ss.

²⁰ Ciò conferma l'«utilizzazione del diritto amministrativo [...] per unificare l'Europa dal basso» di cui parla, con riguardo proprio al settore dell'energia, F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in

ropee e autorità nazionali»²¹, e che, in parte, si regge sull'autorità europea di secondo livello²².

La regolazione dei servizi di interesse economico generale, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 9.

²¹ Cfr. S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami e S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2004, 35. La nozione di procedimenti composti, originariamente elaborata con riferimento alla coamministrazione (cfr. C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, Cedam, 1993, 174 ss.), è suscettibile di comprendere un'ampia congerie di procedimenti: tutti quei «procedimenti nei quali, in forme diverse, concorrono la Commissione e le amministrazioni nazionali, con esclusione, quindi, di quelli dove gli Stati sono coinvolti come meri destinatari dell'azione comunitaria» (cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 43). Come nota M.P. Chiti, *Le forme di azione dell'amministrazione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2004, 73 ss., i procedimenti composti segnano la crisi del dogma dell'autonomia procedimentale degli Stati membri, realizzando una integrazione verticale, tra le amministrazioni nazionali e gli organi comunitari, e orizzontale, tra le amministrazioni degli Stati membri, e finendo così per creare «nuovi principi generali di diritto procedimentale europeo». In generale, sull'autonomia procedimentale si vedano G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss.; D.U. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, Springer Verlag, 2011. Sulla possibile codificazione europea del procedimento amministrativo, leggasi invece J. Ziller, *Verso una codificazione del procedimento amministrativo dell'Unione Europea?*, in *Lo spazio amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e A. Natalini, Bologna, Il Mulino, 2012, 229, il quale osserva, in particolare, come «nella prospettiva di una codificazione del procedimento amministrativo a livello dell'Unione, l'esistenza di tanti procedimenti composti dovrebbe ricevere un'attenzione particolare». In tema si veda, inoltre, A. Massera, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, *ivi*, 189 ss. e, nell'ottica dei principi, G. della Cananea e C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, 201 ss. Da questo punto di vista, cfr. anche il *ReNUAL Model Rules on EU Administrative Procedure* dove, a partire dalle discipline speciali europee, si cercano di ricavare principi comuni del procedimento amministrativo comunitario. Sui limiti di tale operazione si è di recente soffermato S. Cassese, *Una legge sul procedimento amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1133 ss.

²² Sul punto cfr. E. Chiti, *I procedimenti in cui intervengono le agenzie europee*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami e S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2004, 341, il quale osserva come «a differenza di quanto si verifica più di frequente in relazione ai procedimenti composti, le «procedure amministrative in esame (ossia quelle dove intervengono le autorità europee di secondo livello, ndr) siano soggette esclusivamente al diritto comunitario, il quale stabilisce e regola con dovizia di particolari l'intervento dei soggetti sovranazionali ed interni nel contesto della sequenza procedurale rilevante»; diversamente dai procedimenti composti, dunque, qui «si interviene adottando *ex novo* una compiuta disciplina procedurale comunitaria, strumentale, per un verso, all'articolazione della funzione tra una pluralità di uffici strutturalmente separati, per altro verso, alla integrazione di questi ultimi in un contesto procedurale esclusivamente comunitario».

la rete procedimentale europea dell'energia

Ed invero, se la “cosa da regolare” assume una configurazione reticolare, tale da richiedere omogeneità di disciplina, bilanciamento, coordinato esercizio, da un lato, bisognerà individuare «meccanismi e sedi di cooperazione»²³; dall'altro, garantire, anche in via procedimentale, la connessione tra amministrazioni sovranazionali e nazionali²⁴, nella fase di produzione delle regole e in quella di *enforcement*: un mercato interconnesso richiede, infatti, regole armonizzate e un controllo diffuso sulla loro applicazione. In concreto ciò si traduce in discipline generali costruite, sempre più, a livello sovranazionale, in seno all'ACER, e che di qui si irradiano nei singoli ordinamenti, presidiate, nella loro effettività, dai regolatori nazionali che tutt'ora detengono il potere sanzionatorio²⁵. Si assiste così ad una moltiplicazione degli organi che partecipano alla produzione di determinati effetti, a loro volta connessi mediante sequenze procedimentali: alcune verticalmente ordinate, dall'autorità comunitaria a quella nazionale (o viceversa); altre più

²³ Così G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, a cura di P. Bilancia, Milano, Giuffrè, 2012, 162. A ben vedere, ogni problema di coordinamento avrebbe potuto essere superato istituendo una autorità europea di regolazione, in analogia con l'esperienza statunitense della *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC). Peraltro, anche la Commissione europea, nel *Green Paper A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy* {SEC(2006) 317}, aveva ipotizzato la creazione di un regolatore energetico europeo, con competenze in materia di questioni transfrontaliere, nonché l'adozione di un codice di rete europeo che rendesse ovunque equivalenti le condizioni di accesso alla rete. Il Consiglio europeo del 24 marzo 2006, tuttavia, non ha recepito il suggerimento della Commissione, limitandosi a richiedere il rafforzamento del coordinamento tra i regolatori energetici. In ogni caso, la creazione di autorità europee ha trovato – non soltanto nel settore energetico – un ostacolo, finora insormontabile, nei principi affermati dalla Corte di giustizia 13 giugno 1958, causa C-9/56 (c.d. dottrina Meroni; in tema cfr. di recente A. Santangelo, *Delegation of power to private parties: the issue of standardisation*, in *Dir. econ.*, 2014, 629 ss.), secondo cui, in assenza di una modifica dei trattati, non può essere delegato ad organismi autonomi l'esercizio di poteri implicanti ampie valutazioni discrezionali, sfocianti in atti di carattere normativo. Tale orientamento è stato soltanto di recente mitigato dalla pronuncia della Corte di giustizia, Grande Sezione, 22 gennaio 2014, causa C-270/12, che ha consentito il trasferimento di poteri normativi all'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati.

²⁴ Emerge qui l'attitudine organizzativa, “in senso dinamico”, del procedimento, evidenziata in particolare da S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Garzanti, 2000, 307 s. Al riguardo cfr. anche G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998, II, 1212, il quale nota come la funzione organizzativa del procedimento consente all'azione amministrativa di «modellarsi non secondo schemi astratti ma secondo le esigenze concrete».

²⁵ Cfr., in tal senso, l'art. 45, c. 2, del decreto legislativo 11 giugno 2011, n.93, secondo cui l'Autorità per l'energia è chiamata a sanzionare il «mancato rispetto delle decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER».

complesse, con l'intervento di una pluralità differenziata di attori (nazionali e sovranazionali, pubblici e privati).

Una "organizzazione procedimentale" multiforme e varia, dunque, in cui il principio di leale collaborazione²⁶, nelle sue varie declinazioni – anche informali –, è chiamato, come si vedrà, a svolgere un ruolo essenziale, di equilibratore del sistema. In questo modo, l'ordinamento giuridico dell'energia sembra poter davvero riflettere l'ordine "naturale" inscritto nelle cose²⁷, adagiandosi plasticamente su di esso, in conformità con le reali esigenze di regolazione.

3. Una multiforme varietà procedimentale

La varietà procedimentale rinvenibile nell'ordinamento dell'energia, sembra richiedere, a livello di metodo, un approccio fenomenologico²⁸ che assuma una prospettiva pragmatica e induttiva, incentrata cioè sull'analisi dell'effettività giuridica. In linea con questa impostazione pare quindi opportuno distinguere, anzitutto, i procedimenti oggetto di studio a seconda della funzione esercitata – regolazione, *enforcement*, risoluzione, in via amministrativa, dei conflitti – e, quindi, sulla base di questa preliminare classificazione, procedere all'analisi delle singole tipologie procedimentali.

²⁶ Stabilito dall'art. 4 del Trattato dell'Unione europea.

²⁷ La «voce del diritto che viene su dalle cose», si potrebbe dire rifacendosi ancora a C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, XII, cui si deve il tentativo forse più audace di sfidare attraverso la nozione di natura delle cose il dominante positivismo giuridico (in proposito, cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860 – 1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 51 ss.). Le cose e i fatti, da questo punto di vista, appaiono dunque «muniti di una loro intrinseca categoricità (...) sono fatti di per sé, connotati di effettività e pertanto emergenti per loro intrinseca forza al livello del diritto»; sicché, «il diritto non *costringe* la società ma la *esprime* nella maniera più fedele, e, se la esprime, deve puntualmente registrare il gioco di forze in essa presente. Il diritto si mescola con la vita, è dimensione della vita»: P. Grossi, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, 117. Simili riflessioni sull'esigenza della scienza del diritto di non staccarsi dall'esperienza del vissuto sono altresì rinvenibili in G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, Società editrice del Foro Italoico, 1937, 136 ss.

²⁸ Per un simile metodo d'indagine, utilizzato nello studio del settore "gemello" delle comunicazioni, si rinvia a L. Saltari, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 400, nonché, con generale riferimento ai procedimenti composti, a G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit., 309.

3.1. Rulemaking

Il procedimento di redazione dei codici di rete²⁹, forse il più significativo della regolazione energetica europea, riflette, nella sua composizione procedimentale, la struttura reticolare e transnazionale del mercato interno. I codici costituiscono infatti il prodotto di una rete di produzione normativa³⁰, pluricentrica e plurifase, a cui partecipano a vario titolo una molteplicità di attori, nazionali e sovranazionali, pubblici e privati: i regolatori nazionali, l'ACER, i gestori di rete, in forma di associazioni private (*European network of transmission system operators*, ENTSO)³¹, gli utenti, la Commissione e gli Stati membri, attraverso i rappresentanti dei governi impegnati nella comitologia. Tale intreccio, di soggetti e interessi diversi, si riverbera, sul versante procedimentale, in connessioni multilaterali complesse, non completamente riconducibili all'interno degli schemi tipologici solitamente utilizzati nella descrizione dei procedimenti composti (*top-down*, *bottom-up*, misti)³². Qui, infatti, la logica alto (livello comunitario) – basso (livello nazionale) non pare in grado di comprendere interamente una dinamica più variegata e frammentata, che non si esaurisce nel rapporto – verticale – Commissione/autorità nazionali.

Varietà morfologica e complessità procedimentale sembrano del resto emergere sin dalle fasi iniziali della procedura: dalla definizione degli obiettivi dei codici, allorché la Commissione stabilisce l'elenco di priorità annuali, dopo aver consultato l'ACER e i gestori di rete riuniti in ENTSO³³, a quella di elaborazione, ad opera dell'ACER su richiesta della Commissione, degli orientamenti-quadro non vincolanti³⁴, mediante i quali l'Agenzia fissa principi e obiettivi che spetterà poi agli ENTSO calare in norme di dettaglio all'interno dei codici³⁵.

²⁹ Cfr. art. 6 dei regolamenti (CE) n. 714/2009 e n. 715/2009.

³⁰ In argomento, cfr., a livello teorico-generale, C. Garbarino, *Un modello di rete di produzione di norme basato su agenti differenziati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLIV, n. 1, 2014, 85 ss.

³¹ A tale proposito, cfr. art. 5 dei regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009.

³² Per questa classificazione si rinvia a G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione Europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, cit., 309 ss.

³³ In generale, sul contraddittorio procedimentale comunitario, cfr. S. Antoniazzi, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 641 ss.

³⁴ Art. 6, c. 2, dei regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009. Anche gli orientamenti-quadro sono, ai sensi del successivo art. 6, c. 3, sottoposti alla consultazione dei *Transmission System Operators* (Tso) e degli altri soggetti interessati.

³⁵ Art. 6, c. 6, dei regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009. Al termine del procedimento,

Estremamente significativo appare dunque il ruolo svolto dagli ENTSO chiamati, dapprima, ad intervenire nelle procedure di *notice and comment*, in vista della definizione degli obiettivi e degli orientamenti–quadro, e, poi, a redigere i codici stessi, previa consultazione di «tutti i partecipanti al mercato interessati», produttori, utenti delle reti, clienti finali e autorità nazionali di regolamentazione³⁶.

I profili caratterizzanti il descritto procedimento sembrano rinvenibili, da un lato, nel ruolo-chiave degli ENTSO; dall'altro, più in generale, nella interazione tra attori pubblici e privati tipica della co-regolazione³⁷. Tale interazione, che si inverte nella descritta delega di poteri normativi agli ENTSO, appare più essenziale, per due ragioni. In primo luogo, in considerazione dell'asimmetria informativa a vantaggio dei gestori che, meglio di ogni altro soggetto, conoscono le infrastrutture e il loro concreto funzionamento³⁸;

il codice viene dunque adottato attraverso la procedura di comitologia (art. 6, c. 1; sulla comitologia si vedano, *ex plurimis*, J. Blom-Hansen e G.J. Brandsma, *The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?*, in 47 (4) *Journal of Common Market Studies* (2009), 719 ss.; M. Savino, *I Comitati dell'Unione Europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Giuffrè, Milano, 2005; ID., *La comitologia dopo Lisbona: alla ricerca dell'equilibrio perduto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1041 ss.) e reso quindi vincolante nella forma del regolamento, che consente ai regolatori nazionali di sanzionare le eventuali violazioni. Anche la verifica dell'osservanza delle disposizioni contenute nei codici si articola poi su un duplice livello: tra ENTSO (art. 8, c. 8) e ACER che, in via indiretta, “controlla l'attuazione” dei codici da parte di ENTSO (art. 9, c. 1); la fase “terminale”, di irrogazione delle eventuali misure sanzionatorie, spetta, invece, come detto, alle autorità di regolamentazione nazionali (cfr. artt. 19 e 22 del regolamento n. 714/2009; artt. 24 e 27 del regolamento n. 715/2009).

³⁶ Art. 10 dei regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009.

³⁷ Sulla co-regolazione cfr. L. Senden, *Soft law, self regulation and co-regulation in European Law: where do they meet?*, in *Electronic Journal of European Law*, 2005; F. Cafaggi, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 119 ss. In particolare, sulla interazione tra attori pubblici e privati come tratto caratterizzante della co-regolazione, vedasi F. Cafaggi e A. Renda, *Public and Private Regulation: Mapping the Labyrinth*, in 370 *CEPS Working Document* (2012), 20 ss.

³⁸ Come nota G. Bellantuono, *I codici di rete nel settore del gas naturale*, in *Annuario di diritto dell'energia 2014, Quali regole per il mercato del gas?*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2014, 281, «appare difficile ipotizzare che un'effettiva integrazione dei mercati possa avvenire senza utilizzare le risorse organizzative e informative dei gestori di reti», per quanto vi sia il «rischio di un'eccessiva influenza dei gestori, rispetto agli interessi di altre categorie». A tale proposito, appare peraltro significativo che nel primo codice adottato, sull'allocazione della capacità (regolamento (UE) 984/13), le riserve di ACER, formulate ai sensi dell'art. 6, c. 7, dei regolamenti n. 714 e n. 715, siano state accolte solo in parte, lasciando così inalterata l'impostazione di fondo del codice data da ENTSO. Sulla dialettica ENTSO/ACER nella formazione dei codici di rete, cfr. C. Marchi e C. Musialski, *Network*

la rete procedimentale europea dell'energia

inoltre, per la natura ibrida delle reti, la cui gestione risente sia del regime dei beni pubblici, che di quello della proprietà privata³⁹, e a cui ben si adatta, quindi, un sistema regolativo imperniato su soggetti aventi forma e struttura privatistica (ENTSO), che pare riconducibile alla generale categoria del “diritto dei privati” come «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo»⁴⁰.

In più ampia prospettiva, quanto detto getta luce sul fenomeno dei poteri regolatori privati⁴¹ e, di qui, sulla nozione, sempre più evanescente, di regolazione⁴² la quale si deve ormai guardare agli effetti di determinate misure sul mercato, e non alle modalità formali di produzione di quegli effetti o alla natura, pubblica o privata, dei regolatori o dei principi evocati o incisi⁴³. Per questa via, pare altresì mutare la stessa “metaforica della sovranità”,

Codes and (Formal and Material) Boundaries to EU Action in the Electricity and Gas Sectors, in *3 European Energy Journal* (2013), 39 ss.

³⁹ In proposito, si vedano M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004; F. Cintioli, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in *Dir. amm.*, 2007, 293 ss.

⁴⁰ Cfr. la fondamentale opera di W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963, 3. Nota, peraltro, A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. D. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 378, che proprio alla disciplina dell'energia, e in particolare a quella dei codici di rete, va riconosciuto «un rilievo paradigmatico nell'alternanza di modelli privatistici e modelli pubblicistici».

⁴¹ Cfr. D'Alberti, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss., nonché, nella prospettiva della globalizzazione giuridica, E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, The Hague, Hague Academy of International Law, 2014, cap. III, (recensito da S. Casese, *A proposito di “The Law of Global Governance” di Eyal Benvenisti. Diritto globale o “polity” globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 911 ss.). Il richiamato fenomeno dei poteri regolatori privati si colloca sullo sfondo teorico del tendenziale superamento della dicotomia diritto pubblico/privato: in argomento, cfr., di recente, B. G. Mattarella, *Poteri amministrativi e poteri privati: convergenze e divergenze*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. D. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 363 ss.; G. Napolitano, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in *Il diritto civile, e gli altri*, a cura di V. Roppo e P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2013, 393 ss.; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1019 ss.; con particolare riferimento allo spazio giuridico globale, L. Casini *Down the Rabbit Hole: the Projection of the Public/private Distinction beyond the State*, in *12 International Journal of Constitutional Law* (2014), 402 ss.

⁴² In tal senso, *ex plurimis*, A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, 806.

⁴³ Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n.683, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 169, con commento di M. Impinna, secondo cui quello della regolazione si configura come un «diritto formalmente eterogeneo, “misto”, collocato a cavallo tra sistema pubblico e privato»; di tal-

in origine “necessariamente dualistica” nella misura in cui collocava “in alto” e “al centro” il potere pubblico e “in basso” i soggetti privati⁴⁴. A questa “fissità duale” sembra oggi sostituirsi un più flessibile criterio di riparto tra potere pubblico e potere dei privati che, in un’ottica funzionale ispirata al principio di sussidiarietà, guarda piuttosto all’adeguatezza della dislocazione del potere in rapporto all’obiettivo perseguito⁴⁵. Pertanto, se il soggetto meglio attrezzato per creare determinate regole ha natura privata (ENTSO), ad esso, in questa logica, dovrà essere riconosciuto un ruolo centrale nel processo di produzione normativa.

Da altro angolo visuale, il procedimento di formazione dei codici mette in risalto come al potere pubblico si vada ormai affiancando una rete di poteri ordinati attorno ad interessi pubblici e privati, che, variabilmente, si incontrano, nella logica dialogica e pragmatica delle «arene negoziali»⁴⁶, o si scontrano, dando vita ad una «grande varietà di arbitraggi»⁴⁷. Nella specie, ad esempio, tutti gli attori – nazionali e sovranazionali, pubblici o privati –

ché, «non potendosi fare affidamento su criteri di identificazione formali», «l’indice di qualificazione più attendibile» degli strumenti di conformazione del mercato deve essere ormai «focalizzato sull’unità funzionale delle norme concorrenti a precisare la disciplina di un mercato, quindi sull’oggetto, e non sul carattere giuridico formale che le regole rivestono nel sistema delle fonti» (la citata sentenza del Tar della Lombardia è stata annullata da Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2014, n. 967, sia pur a seguito di rinuncia da parte del ricorrente in primo grado).

⁴⁴ Cfr. P. Costa, “*In alto e al centro*”: immagini dell’ordine e della sovranità fra medioevo ed età moderna, in *Dir. pubbl.*, 2004, 815 ss. Sul profilo storico della sovranità, si vedano G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 26 ss.; G. Berti, *Sovranità*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007; di recente, T.E. Frosini, *Elogio della sovranità*, in *Federalismi.it.*, n. 12/2013.

⁴⁵ Sul rapporto tra i principi di sussidiarietà e adeguatezza cfr. M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 284 ss., il quale, a partire dalla definizione di sussidiarietà contenuta nell’art. 5 del Trattato sull’Unione europea, osserva come l’adeguatezza, lungi dal poter essere «elemento limitativo della sussidiarietà», ne costituisce, in realtà, “elemento costitutivo”. In argomento, cfr. anche T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (dir.cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008.

⁴⁶ Cfr. S. Cassese, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 607 ss. e, più di recente, ID., *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009, 132. Con riferimento alla regolazione dei mercati, cfr., invece, E. Brosseau e J.M. Glachant, “*Reflexive*” *Market Regulation: Cognitive Cooperation in Competitive Information Fora*, in *Reflexive Governance. Redefining the Public Interest in a Pluralistic World*, (a cura di) O. De Schutter e J. Lenoble, Oxford, Hart Publishing, 2010, 32 ss.

⁴⁷ Così, a proposito della nuova *governante* globale, S. Cassese, *Governare gli italiani*, Bologna, Il Mulino, 2014, 377. Con riguardo al diritto comunitario, cfr. anche M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 267 ss.

la rete procedimentale europea dell'energia

coinvolti nella redazione dei codici sono, sì, interessati allo sviluppo del mercato interno dell'energia, e in questa direzione rivolgono i propri sforzi cooperativi, ma è evidente che i gestori di rete, a differenza degli altri soggetti pubblici coinvolti, mirano anche, se non soprattutto, a salvaguardare specifici interessi imprenditoriali.

Su un diverso piano, alla veduta dialettica pubblico/privato si sovrappone quella, altrettanto meritevole d'attenzione, tra livello nazionale e sovranazionale. A tale riguardo, si può osservare come la definizione dei codici – suddivisa tra ACER ed ENTSO – si svolga essenzialmente nella sfera sovranazionale, sebbene le regole ivi prodotte abbiano poi direttamente effetto nelle singole giurisdizioni nazionali⁴⁸. Ciò significa che, almeno con riferimento ai settori coperti dai codici di rete⁴⁹, i regolatori nazionali hanno perso il monopolio della regolazione. La rottura di questo monopolio, a sua volta, ha innescato un processo competitivo, al fine di far quanto meno prevalere le regole più affini ai propri contesti normativi nazionali. Infatti, i modelli di regolazione “vincenti” sono destinati a transitare dagli ordinamenti nazionali a quello europeo e, di qui, a ri-proiettarsi negli ordinamenti nazionali sotto forma di regole comuni⁵⁰. Questa circolarità genera,

⁴⁸ L'effetto di tali regole può essere, a ben vedere, anche di tipo indiretto. Difatti, sebbene i regolamenti n. 714 e 715/2009 stabiliscano che i codici di rete «lasciano impregiudicati i diritti degli Stati membri di elaborare codici di rete nazionali che non influiscano sugli scambi transfrontalieri» (art. 8, c. 7), nondimeno, in concreto, il coordinamento tra disciplina sovranazionale e nazionale risulta necessario e inevitabile, data la stretta interconnessione fisica ed economica tra le infrastrutture transazionali. Ciò si evince, ad esempio, da una decisione dell'Autorità per l'energia che, in materia di gestione delle congestioni della rete di trasporto del gas, ha recentemente affermato la «necessità di coordinare l'intervento in esame con l'evoluzione del sistema di bilanciamento e delle procedure di allocazione della capacità presso i punti di entrata interconnessi con l'estero» (cfr. la delibera 411/2013/R/gas; enfasi aggiunta).

⁴⁹ Cfr. art. 8, c. 6, dei regolamenti.

⁵⁰ È il noto fenomeno della circolazione dei modelli giuridici, sui cui cfr. in generale U. Mattei, *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008, 29 ss., nonché, nella prospettiva del diritto amministrativo, D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 50 ss. In particolare, sulla circolazione dei modelli nel settore dell'energia, si vedano A. Colavecchio, *La cooperazione internazionale tra i Regolatori dell'energia (ICER, ECRB, MEDREG, OCSE): verso uno statuto «globale» del consumatore energetico?*, in *Annuario di diritto dell'energia 2014, La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2014, 90; G. Bellantuono, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 242 ss. A voler sviluppare in tutte le sue possibili implicazioni la tracciata analogia tra diritto medievale e diritto comunitario, si potrebbe

sì, “infezioni”, “contagi”, “trapianti” di istituti⁵¹, ma anche dinamiche di tipo schiettamente conflittuale, dovute, appunto, al fatto che solo alcuni modelli regolatori escono vincenti dall’“agone evolutivo”⁵², per imporsi quindi in tutti gli ordinamenti nazionali. Nella segnata prospettiva, un esempio, per certi versi paradigmatico, di competizione tra regolatori è rinvenibile nel *Capacity allocation and congestion management* (CACM). Nella creazione di tale *corpus* di regole si è infatti cercato di comporre, in seno ad ACER, una antinomia tra modelli economici differenti, dando però vita ad una insoddisfacciente soluzione di compromesso. Ed invero, secondo la letteratura economica, l’allocazione della capacità di trasporto può avvenire mediante due differenti sistemi: meccanismi di mercato (asta esplicita e asta implicita) o assegnazione gratuita⁵³; ebbene, per l’allocazione della capacità nell’orizzonte infra-giornaliero, il CACM non accoglie nessuno dei predetti sistemi, bensì, in conformità alle *Framework Guidelines* dell’ACER⁵⁴, prefigura un meccanismo atipico e spurio, che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto far coesistere i due suindicati modelli che, in pratica, risultano, però, antinomici e, quindi, inconciliabili. Perciò, probabilmente, la Commissione ha finito, in una logica di compromesso, per adottare il CACM come linee guida, rimettendo poi ai *Transmission system operators* (TSO) il compito di sviluppare una metodologia per la determinazione del prezzo della capacità da sottoporre infine all’approvazione delle autorità di regolamentazione nazionali⁵⁵.

Non soltanto cooperazione, dunque, come una visione “irenica” delle dinamiche istituzionali europee, tutta incentrata sul principio cooperativo, potrebbe portare a credere; realisticamente, bisogna piuttosto riconoscere, come il caso CACM dimostra, la presenza, anche nei rapporti che si instaurano all’interno delle reti dei regolatori, di elementi sia di cooperazione che di competizione⁵⁶. A livello istituzionale, ciò dovrebbe comportare la crea-

osservare che, nel pluralismo normativo europeo, un po’ come in quello medioevale, «*ius commune e iura propria* costituiscono un grande sistema percorso da una fertilissima dialettica universale/particolare»: P.Grossi, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Quad. fior. stor.*, n. 31, I, 40 e 56 s. Cfr., inoltre, M. Stolleis, *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica a. XLII*, n. 2, 295 ss.

⁵¹ Così S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, cit., 51.

⁵² Sull’approccio evolucionista al diritto, cfr. F.A. Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, trad.it. di P.G. Monateri, Milano, Il Saggiatore, 2000, 258 s.

⁵³ Cfr. J.M. Glachant, *The achievement of the EU Electricity Internal Market Through Market Coupling*, in *European Union Institute, Working Paper*, RSCAS 2010/87.

⁵⁴ ACER, *Framework Guidelines on Capacity Allocation and Congestion Management for Electricity* – FG-2011-E-002, 29 July 2011.

⁵⁵ Cfr. art. 53, c. 3, CACM.

⁵⁶ Per un siffatto approccio al tema della regolazione, cfr. D. C. Esty e D. Gerardin, *Reg-*

la rete procedimentale europea dell'energia

zione non soltanto di meccanismi cooperativi, ma anche di sistemi in grado di far prevalere un modello regolatorio sull'altro⁵⁷.

La competizione tra i regolatori, piuttosto che essere confinata nell'ambito dei comportamenti patologici e degenerativi, dovrebbe quindi essere considerata quale possibile – naturale – esito delle dinamiche istituzionali, da risolversi magari congegnando più funzionali sistemi di voto a maggioranza che, per quanto idoneo ad evidenziare plasticamente, ed in modo talora lacerante, il conflitto, possono però porvi fine. Ammettere il carattere endemico del conflitto costituisce, infatti, presupposto e condizione per tentare di superarlo, considerato, peraltro, che regole compromissorie rischiano di rinviare eventuali contrasti alla fase applicativa, producendo una incertezza ancora maggiore, lesiva dell'affidamento degli operatori economici⁵⁸.

Sarebbe invece preferibile confinare la competizione entro la fase *ex ante* di definizione del progetto regolatorio, in modo tale da evitare destabilizzanti conflitti *ex post* produttivi di costi economici. In quest'ottica, si può allora ipotizzare, quale soluzione *de iure condendo*, che i diversi regolatori nazionali, ove possibile, sottopongano preventivamente agli *stakeholders* un progetto di regolazione condiviso⁵⁹, mettendo così a frutto la “coabitazione” in seno ad ACER.

3.2. Enforcement

3.2.1. La repressione degli abusi di mercato

Il regolamento (UE) n. 1227/2011 (c.d. REMIT – *Regulation on wholesale energy market integrity and transparency*), attuato con legge 30 ottobre 2014, n. 161⁶⁰, contiene una normativa organica volta a prevenire gli abusi di mer-

ulatory Co-Opetition, in *Regulatory Competition and Economic Integration*, a cura di D. C. Esty e D. Gerardin, Oxford, Oxford University Press, 2001, 30 ss.

⁵⁷ Nel caso del Comitato dei regolatori dell' ACER, ad esempio, il voto a maggioranza di due terzi per l'approvazione delle deliberazioni (cfr. art.14, c. 3, regolamento n. 713/2009) può costituire un significativo ostacolo alla effettiva “capacità decisionale” dell'Agenzia: cfr., sul punto, G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., 196.

⁵⁸ In tema, cfr. il fondamentale studio di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁵⁹ Secondo il modello prefigurato dal *Negotiated Rulemaking Act* del 1990 che, per definire il progetto regolatorio, prevede la creazione di un comitato composto dai portatori degli interessi rilevanti e dai rappresentanti delle varie agenzie coinvolte.

⁶⁰ Cfr. l'art. 22.

cato nel settore dell'energia⁶¹. A tal fine viene previsto che l'ACER, «in stretta cooperazione con le autorità nazionali di regolamentazione», eserciti l'attività di monitoraggio sui mercati all'ingrosso dell'energia⁶² e che alle autorità nazionali siano invece attribuiti penetranti «poteri di indagine e di esecuzione»⁶³.

In questo disegno, i regolatori nazionali svolgono il ruolo di “collaboratori” dell'Agenzia, nella fase di monitoraggio⁶⁴, e di “terminale operativo/esecutivo” nella successiva fase di controllo e sanzione. Si assiste, dunque, ad una distribuzione bi-fasica del potere di *enforcement*, configurabile come una linea verticalmente discendente dal livello sovranazionale a quello nazionale, in cui lo snodo centrale è costituito dall'art. 16, c. 4, lett. b) del REMIT, che consente ad ACER di chiedere ai regolatori nazionali «di avviare un'indagine sulla violazione sospettata e di adottare i necessari provvedimenti» e a quest'ultimi di assumere «ogni decisione» in ordine alle misure repressive da adottarsi.

Le autorità nazionali dispongono quindi della più ampia discrezionalità quanto al *quomodo* dell'intervento, in termini di scelta e gradazione dei propri poteri ispettivi e sanzionatori, essendo vincolate esclusivamente al rispetto del principio di proporzionalità⁶⁵. Il punto casomai è se in capo alle

⁶¹ Tale regolamento mira, in particolare, ad assicurare che i prezzi dell'energia all'ingrosso riflettano un'interazione equa e concorrenziale tra domanda e offerta, vietando quei comportamenti dai quali possa scaturire un vantaggio individuale ai danni del mercato. A questo scopo il regolamento REMIT tipizza tre fattispecie: il divieto d'abuso di informazioni privilegiate, o *insider trading* (art. 3); il divieto di manipolazione del mercato (art. 5); l'obbligo di pubblicità delle informazioni privilegiate (art. 13). In attuazione del REMIT è stato di recente adottato il regolamento di esecuzione (UE) n. 1348/2014, disciplinante la trasmissione all'ACER dei dati relativi alle operazioni sui mercati dell'energia all'ingrosso.

⁶² Art. 1, c. 1, e art. 7, regolamento REMIT.

⁶³ Art. 13, c. 1, regolamento.

⁶⁴ Ai sensi del citato art. 7, c. 1, del regolamento, le autorità nazionali «collaborano a livello regionale» con ACER e «possono altresì monitorare le attività di negoziazione di prodotti energetici all'ingrosso a livello nazionale». Inoltre, le medesime autorità «informano senza indugio l'Agenzia nel modo più dettagliato possibile qualora abbiano ragionevoli motivi per sospettare» l'esistenza di violazioni (art. 16, c. 2); d'altra parte, ACER può «chiedere a una o più autorità nazionali di regolamentazione di fornire tutte le informazioni relative alla violazione sospettata» (art. 16, c. 4, lett. a)).

⁶⁵ All'interno del regolamento REMIT, tale generale principio dell'ordinamento comunitario (cfr., al riguardo, A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, 108 ss.; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, 11 ss.) viene evocata con riferimento all'esercizio del potere sanzionatorio, richiedendosi che le sanzioni applicate siano «effettive, dissuasive e proporzionate» (art. 18, c. 1).

la rete procedimentale europea dell'energia

autorità residui un margine di apprezzamento discrezionale anche in merito all'*an* dell'intervento, una volta che ACER abbia trasmesso gli esiti del proprio monitoraggio. Nella pratica, probabilmente, molto dipenderà dal livello di approfondimento istruttorio raggiunto dall'Agenzia europea: tanto più essa avrà effettuato analisi e verifiche complete, tali da far emergere con chiarezza e in modo circostanziato le violazioni commesse, quanto più ridotto sarà il margine di discrezionalità a disposizione del regolatore nel decidere se avviare o meno un'istruttoria.

In ogni caso, è evidente che il sistema REMIT allunga la filiera dell'*enforcement* pubblico, per cui attività precedentemente ricomprese in un'unica fase (concentrata in capo all'AEEGSI) vengono ad essere oggi, in una sorta di *unbundling procedimentale*, scorporate, con tutte le problematiche che ogni coordinamento verticale porta con sé. In concreto, infatti, o l'Autorità rinuncia a svolgere ulteriori (anche minime) valutazioni sulle ipotesi di illecito evidenziate dall'ACER, limitandosi ad irrogare, sulla base di tali accertamenti, le sanzioni previste dall'art. 2, c. 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481; ovvero, in caso contrario, e ove gli accertamenti condotti dal regolatore nazionale dovessero portare a risultati anche solo parzialmente diversi, il provvedimento sanzionatorio potrebbe prestare il fianco ad una censura di contraddittorietà endoprocedimentale dinanzi al giudice amministrativo.

Come si vede, anche le connessioni procedurali apparentemente più lineari, quale quella in esame, possono dare vita a non trascurabili problematiche applicative comunque risolvibili attraverso la collaborazione, il coordinamento, la stretta cooperazione tra ACER, le autorità nazionali di regolazione e quelle finanziarie e *antitrust*. Principi, questi, sui quali del resto si regge il sistema di *enforcement* delineato dal regolamento REMIT⁶⁶ e che, in generale, vanno assumendo una importanza sempre maggiore nel sistema di regolazione europeo, in considerazione della sua tipica frammentazione in una pluralità di centri funzionalmente diversificati, tra livello nazionale e sovranazionale.

Anche le sofisticate mediazioni procedurali, quand'anche efficaci, rischiano tuttavia di essere vanificate a livello nazionale. Per quanto, infatti, le violazioni previste dal REMIT abbiano natura amministrativa⁶⁷, nondimeno, l'art. 22, c. 4 e 5, della legge 30 ottobre 2014, n. 161 contiene una clausola di riserva – «Salvo che il fatto costituisca reato» – che consente al

⁶⁶ Cfr. artt.1, c. 3, e 16, c. 1.

⁶⁷ Come si evince dal fatto che le contravvenzioni ai divieti (artt. 3 e 5) o la violazione degli obblighi (art. 4) ivi previsti debbono essere accertati e puniti esclusivamente dalle autorità nazionali di regolazione e dall'ACER.

legislatore di introdurre anche norme penali tipizzanti gli illeciti previsti dal REMIT. In tal caso, bisognerebbe però considerare quanto previsto dall'art. 2, c. 20, della legge n. 481/1995, il quale, in linea con l'art. 24, legge 24 novembre 1981, n. 689, devolve al giudice penale la cognizione e l'eventuale sanzione delle infrazioni amministrative dal cui accertamento dipenda l'esistenza del reato. Tale previsione, escludendo in radice che l'AEEGSI possa procedere, in via amministrativa, per la medesima fattispecie su cui interviene il giudice rischia, dunque, di paralizzare l'esercizio dei poteri di *enforcement* riconosciuti alla medesima Autorità. Ciò per il timore di sovrapposizioni col giudice penale; ovvero che, una volta esercitati tali poteri, si apra un contenzioso giurisdizionale, con il giudice amministrativo chiamato a scrutinare l'esistenza del potere in concreto, con riguardo quindi ai presupposti che ne legittimano l'esercizio.

De *iure condendo*, per evitare almeno sovrapposizioni con la giurisdizione penale, sarebbe stato forse opportuno prevedere, in analogia con la disciplina finanziaria (art. 187-*duodecies*, legge 18 aprile 2005, n. 62, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), un sistema punitivo "a doppio binario" che, basato sul principio di autonomia tra accertamento penale e accertamento amministrativo, avrebbe potuto assicurare la corretta attuazione della normativa comunitaria e l'efficacia dell'azione di *enforcement*. Siffatta autonomia sul piano dell'effetto sanzionatorio, peraltro, avrebbe dovuto, a sua volta, essere temperata, sulla scorta, anche qui, di quanto previsto dal testo unico finanza, con una previsione volta ad evitare una duplicazione degli effetti sanzionatori, penali e amministrativi⁶⁸.

3.2.2. La certificazione dei gestori di rete

Altro procedimento riconducibile all'*enforcement* multilivello del settore energetico è quello volto alla certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione e trasporto, previsto dall'art. 9 del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93⁶⁹, che attribuisce all'Autorità per l'energia il compito di vigilare sull'osservanza delle norme comunitarie in materia di *unbundling*⁷⁰.

⁶⁸ Cfr., in tal senso, l'art. 187-*terdecies* del testo unico finanza, il quale stabilisce che, allorquando per lo stesso fatto sia stata applicata (a carico del reo o dell'ente da cui egli dipende) una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, l'esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato sia limitata alla parte eccedente quella già riscossa dall'autorità amministrativa.

⁶⁹ Con cui è stato recepito l'art. 10 delle direttive n. 2009/72 e n. 2009/73.

⁷⁰ Si v., al riguardo, la disciplina contenuta nell'art. 9 delle sopracitate direttive n. 2009/72 e n. 2009/73.

la rete procedimentale europea dell'energia

Nelle sue linee essenziali, la procedura di certificazione si configura quale tipico procedimento composto, trifasico e ad andamento circolare, nel senso che ha inizio a livello nazionale per poi proseguire in sede comunitaria e, infine, fare ritorno nell'ordinamento statale, dove termina con una decisione del regolatore di settore.

Il procedimento ha avvio su richiesta del gestore o d'ufficio, allorché l'AEEGSI «venga a conoscenza» di possibili violazioni della disciplina europea dell'*unbundling*, ovvero «quando ha motivo di ritenere che tale violazione si sia già verificata» o «su motivata richiesta della Commissione europea»⁷¹.

Al termine dell'istruttoria, entro quattro mesi dalla richiesta del gestore o dalla richiesta della Commissione, l'Autorità per l'energia adotta, in via preliminare, una «decisione di certificazione», mentre, in assenza di provvedimento espresso, opera il silenzio assenso⁷². In ogni caso, l'Autorità notifica «senza indugio» la decisione presa alla Commissione e questa diviene efficace a seguito del parere favorevole della Commissione stessa⁷³. Si tratta di un parere obbligatorio, come si evince dall'art. 9, c. 5, d.lgs. n. 93/2011– ai sensi del quale la decisione dell'Autorità nazionale «acquisita efficacia dopo l'espressione del prescritto parere della Commissione» –, ma non vincolante. Infatti, non si è di fronte all'esercizio di un potere decisorio complesso, facente capo a due apparati distinti (nazionale e comunitario), bensì ad un atto endoprocedimentale a connotazione consultiva di cui il regolatore nazionale deve tenere conto nella decisione finale⁷⁴. E, tuttavia, a prescindere dalla natura giuridico-formale di parere, l'autorevolezza dell'organo che lo esprime (Commissione) e le stesse modalità di pubblicazione – «insieme» alla decisione dell'autorità nazionale⁷⁵ – sembrano accrescerne il peso sostanziale,

⁷¹ Art. 9, c. 3, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 93/2011.

⁷² Art. 9, c. 4, d.lgs. n. 93/2011.

⁷³ Art. 9, c. 5, d.lgs. n. 93/2011. Il parere della Commissione, ai sensi dell'art. 3, c. 1, dei regolamenti n. 714 e n. 715 del 2009, deve essere reso entro due mesi. Nel predisporre il parere, la Commissione può chiedere all'ACER di esprimere una propria valutazione sulla decisione dell'autorità nazionale, nonché acquisire dai gestori o dalle imprese esercenti attività di produzione o fornitura «tutte le informazioni utili». È inoltre previsto che, se il parere non viene espresso entro i termini prescritti, «si considera che la Commissione non sollevi obiezioni avverso la decisione dell'Autorità di regolamentazione» (art. 3, c. 1, secondo e terzo alinea).

⁷⁴ «Tenendo nella massima considerazione», dice il regolamento n. 715/2009, all'art. 3, c. 2. A sua volta, l'art. 9, c. 6, d.lgs. n. 93/2011 prevede che, a conclusione del procedimento, entro due mesi dal ricevimento del parere favorevole della Commissione, l'Autorità «assume la decisione finale di certificazione tenendo conto del parere stesso».

⁷⁵ Art. 3, c. 2, del regolamento n. 715/2009; in attuazione di tale disposizione, l'art. 5, c. 8, dell'allegato A alla delibera dell'Autorità per l'energia ARG/com 153/11, recante «Disciplina delle procedure di certificazione delle imprese che agiscono in qualità di gestori di sistemi di tra-

imponendo di fatto al regolatore che se ne voglia discostare un onere motivazionale piuttosto gravoso.

Volgendo lo sguardo alla prassi applicativa, l'articolato *iter* procedimentale descritto è stato portato a termine, per la prima volta, in occasione della certificazione di Snam Rete Gas S.p.A. quale gestore di trasporto indipendente del gas naturale in separazione proprietaria. In questo caso, la decisione di certificazione preliminare è stata accompagnata da un ordine prescrittivo rivolto all'impresa: alternativamente, di cedere a terzi la gestione delle reti non in proprietà o di acquisirle definitivamente⁷⁶. Quella trasmessa alla Commissione in vista del parere appariva, dunque, come una sorta di "certificazione preliminare condizionata". Il provvedimento adottato dall'AEEGSI assomigliava, infatti, per certi versi, all'autorizzazione condizionata alle concentrazioni prevista dall'art. 6, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dove si prevede che, a fronte di una concentrazione potenzialmente anticoncorrenziale, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa vietare l'operazione o autorizzarla a condizione, però, che vengano rispettate determinate misure correttive.

In seguito, nonostante i rilievi mossi in sede di parere dalla Commissione, incentrati sul ruolo svolto dalla Cassa depositi e prestiti⁷⁷, l'Autorità ha comunque certificato in via definitiva Snam⁷⁸, tenendo conto delle osservazioni formulate dalla Commissione, ma confutandole punto per punto. Nel provvedimento definitivo di certificazione, l'Autorità ha altresì prescritto una misura correttiva di tipo strutturale⁷⁹ – «completare le operazioni in corso volte alla cessione definitiva della gestione delle reti non di proprietà» –, funzionale a rimuovere le persistenti anomalie riscontrate, senza

sporto del gas naturale o di trasmissione dell'energia elettrica», stabilisce che la decisione finale dell'Autorità e il parere della Commissione «sono pubblicati congiuntamente sul sito internet dell'Autorità».

⁷⁶ Delibera AEEGSI 266/2013/E/gas, punti 2 e 4 del deliberato.

⁷⁷ Che, detenendo partecipazioni azionarie sia in Snam che in ENI, secondo la Commissione, potrebbe indurre comportamenti discriminatori del gestore nei confronti di altri utenti della rete. Sul ruolo della Cassa depositi e prestiti in un'ottica di sviluppo infrastrutturale, cfr. M. Macchia, *La Cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti di nuova generazione*, in *Mumus*, 2014, 93 ss.; sulla Cassa, da una angolatura storica, si vedano M. De Cecco e G. Toniolo, *La Cassa depositi e prestiti SpA: novità e continuità*, in *Storia della Cassa depositi e prestiti*, a cura di M. De Cecco e G. Toniolo, Roma – Bari, Laterza, 2013, I, 3 ss.

⁷⁸ Delibera 515/2013/R/gas, punto 6 del deliberato.

⁷⁹ Per la distinzione – qui mutuata dal diritto *antitrust* delle concentrazioni – tra misure strutturali, dirette alla dismissione di parti di impresa, e misure comportamentali, riguardanti invece attività di *facere* o non *facere*, si rinvia a P. Fattori e M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, 286 ss.

la rete procedimentale europea dell'energia

tuttavia pregiudicare l'esito favorevole della certificazione. Tale prescrizione costituisce senz'altro esercizio di un potere autoritativo, eppure essa pare proseguire, di fatto, un dialogo regolatore/regolato iniziato in sede di certificazione preliminare e intriso di elementi *lato sensu* negoziali⁸⁰, che supera la secca logica binaria della certificazione/non certificazione, introducendo limiti e condizioni da sottoporre a successiva verifica.

3.3. *Conflicts Resolution*

Anche nell'ambito di attività, quale la regolazione delle reti transfrontaliere, che l'astratto disegno normativo europeo prefigura come cooperative, possono insorgere crisi di cooperazione tra i regolatori nazionali⁸¹. Tali conflitti possono pregiudicare il funzionamento del mercato interno, ostacolando la gestione coordinata di infrastrutture essenziali; ragion per cui pare di fondamentale importanza, in un'ottica pro-concorrenziale, individuare metodi in grado di prevenirli o, comunque, porvi fine.

Tre sono i modelli a tal fine previsti nell'ordinamento comunitario dell'energia.

Un primo, di tipo autonomo⁸² o endogeno, si inserisce nella cornice cooperativa delineata dalle direttive del terzo pacchetto, in particolare nell'ambito di quelle «soluzioni pratiche intese a consentire una gestione ottimale della rete», e volte ad assicurare «lo sviluppo di una concorrenza effettiva e il miglioramento della sicurezza dell'approvvigionamento»⁸³.

In alternativa, potrà richiedersi la decisione eteronoma della Commis-

⁸⁰ Cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 89, laddove si evidenzia come la regolazione, in generale, si caratterizzi per l'«abbandono di misure di *command and control*, a favore di interventi negoziali, consensuali e più persuasivi che cogenti». Per un recente esempio di regolazione negoziata si rinvia a M. Clarich, *Il protocollo d'intesa tra Maf e Acri, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 295 ss.

⁸¹ In argomento, cfr. G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, 123 ss.

⁸² Si riprende qui la distinzione, di matrice processualciviltistica, tra tecniche autonome ed eteronome di risoluzione delle controversie, che si basa sulla disponibilità o meno, da parte dei soggetti in lite, del contenuto della decisione che dirime la controversia. Nel primo caso, dunque, «autori dell'atto e destinatari degli effetti dell'atto coincidono», mentre nel secondo «è un soggetto terzo ad individuare le regole concrete contenute nell'atto»: cfr. F.P. Luiso, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1301 s.

⁸³ Cfr. l'art. 38, c. 2, lett. a), della direttiva n. 2009/72 e l'art. 42, c. 2, lett. a), della direttiva n. 2009/73.

sione di fronte alla quale, ai sensi degli artt. 39 e 43, c. 4-8, delle citate direttive, ciascun regolatore può denunciare le decisioni delle altre autorità nazionali ritenute non conformi alla disciplina comunitaria.

La risoluzione del conflitto può infine avvenire attraverso l'“arbitrato” dell'ACER, previsto dall'art. 8 del regolamento n. 713/2009, allorché le autorità nazionali, non riuscendo a «raggiungere un accordo», si rivolgano congiuntamente («su richiesta congiunta») all'Agenzia per dirimere questioni relative all'accesso alle infrastrutture transfrontaliere o di sicurezza operativa delle stesse⁸⁴. La similitudine con l'arbitrato pare qui rinvenibile nel fatto che i regolatori “in lite” deferiscono, con una istanza congiunta, la controversia ad un soggetto terzo, ACER appunto⁸⁵. Nondimeno, la pronuncia dell'Agenzia ha natura di decisione amministrativa⁸⁶, scaturendo all'esito di un procedimento in contraddittorio che può essere definito arbitrato solo in senso descrittivo⁸⁷.

Nel caso dell'“arbitrato” dell'ACER la rete amministrativa europea serve, non a creare le regole o a garantirne l'applicazione, bensì a risolvere una disputa insorta tra i soggetti che ne fanno parte. Ad un esame più ravvicinato, tale metodo di soluzione dei conflitti rivela la propria natura ibrida, in quanto la decisione viene assunta con un atto eteronomo di un soggetto diverso dai regolatori in disaccordo, ma il cui contenuto potrebbe scaturire da una negoziazione tra questi e l'ACER. Negoziazione che potrebbe peraltro essere favorita per il fatto che la decisione in esame viene presa dall'autorità europea di secondo grado, composta e legittimata dalle singole autorità di regolamentazione nazionali.

⁸⁴ Cfr. anche l'art. 17, c. 5, del regolamento n. 714/2009 che, a prescindere dalla richiesta delle parti, attribuisce all'ACER il potere di decidere sull'esenzione dall'obbligo di accesso di terzi, qualora, entro sei mesi dalla domanda di esenzione, i regolatori nazionali non siano addivenuti ad un accordo.

⁸⁵ Si rammenta, infatti, che l'arbitrato, dal punto di vista strutturale, consiste nell'affidare la soluzione di una controversia ad un terzo nominato di comune accordo dalle parti; il giudizio dell'arbitro ha, quindi, la propria fonte in un atto di autonomia negoziale e in forza di questo si impone: cfr. *ex plurimis* F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, V, Milano, Giuffrè, 2011, 73.

⁸⁶ Sulla nozione di decisione amministrativa, cfr. M. Nigro, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 812, per cui si tratta di «atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo [...] ad un conflitto d'interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni tra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati».

⁸⁷ Per la distinzione tra “modelli arbitrali in senso proprio” e “in senso descrittivo”, si veda E. Capaccioli, *L'arbitrato nel diritto amministrativo. Le fonti*, I, Padova, 1957, 15, 77 s., 86 s. e, sulla sua scia, G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, 16.

la rete procedimentale europea dell'energia

A sua volta, la connotazione *lato sensu* negoziale della decisione potrebbe riflettersi sulla stabilità del *decisum*. In attesa di conferme dalla prassi applicativa, è dunque prevedibile che le decisioni dell'ACER, ancorché impugnabili come tutte quelle dell'Agenzia dinanzi al Tribunale di primo grado o alla Corte di giustizia⁸⁸, possano risolvere in modo efficace e tendenzialmente stabile gli insorgenti conflitti infrastrutturali.

4. Profili di tutela giurisdizionale

Nei procedimenti composti la principale problematica di effettività della tutela⁸⁹ riguarda l'impugnabilità degli atti endoprocedimentali collocati all'interno delle sequenze procedimentali nazionali o sovranazionali; al punto che la rilevanza esterna di alcuni di questi atti, dovuta al loro contenuto sostanzialmente decisorio, sembra imporre una rivisitazione della tradizionale distinzione elaborata dal giudice amministrativo tra provvedimenti finali, immediatamente impugnabili, e atti interni, non impugnabili autonomamente⁹⁰. Il punto è centrale nel noto caso *Oleificio Borrelli*, in cui la Corte di giustizia, per garantire la tutela effettiva, ha dovuto considerare il procedimento amministrativo suddiviso in fasi distinte, suscettibili, ognuna, di dare luogo ad atti *ex se* impugnabili, indipendentemente dal provvedimento finale⁹¹. Per questa via la Corte ha quindi superato la classica visione unitaria del procedimento come serie concatenata di atti preordinati alla decisione⁹²,

⁸⁸ Art. 20 del regolamento n. 713/2009.

⁸⁹ A livello europeo, l'affermazione forse più chiara del principio di effettività è contenuta nell'art. 19 del Trattato dell'Unione europea (TUE): «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Il principio della tutela giurisdizionale effettiva a favore degli amministrati è altresì rinvenibile nella fondamentale Corte di giustizia, 15 maggio 1986, C-222/84 (*Johnston*).

⁹⁰ Cfr., in tal senso, M.P. Chiti, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, 63 ss.

⁹¹ Corte di giustizia, sez.V, 3 dicembre 1992, C-9791. In merito, cfr. R. Caranta, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, 752 ss.

⁹² Sulle definizioni, succedutesi nel tempo, di procedimento amministrativo, ma tutte per lo più tendenti a mettere in risalto la concatenazione di atti in vista della produzione di effetti finali, cfr. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, Mulino, 1998, 1191 ss.

con un ragionamento che, in nome dell'effettività, porta a valorizzare anche il singolo segmento procedimentale.

A conclusioni sostanzialmente diverse⁹³ è pervenuta una pronuncia di poco successiva (*Texilwerke*)⁹⁴, che ha invece dichiarato inammissibile il ricorso avverso un provvedimento nazionale di esecuzione di una decisione comunitaria (della Commissione); e ciò perché quest'ultimo atto non è stato preventivamente impugnato in sede comunitaria ai sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁹⁵. Il giudice comunitario ha, in altri termini, applicato il principio giurisprudenziale che non ammette l'autonoma impugnabilità degli atti consequenziali, ove non sia stato prima impugnato anche l'atto presupposto⁹⁶. Di conseguenza, almeno in questo caso, l'esistenza di un procedimento composto sembra di fatto aver prodotto un restringimento delle garanzie di tutela.

Ne emerge, insomma, un quadro, da un lato, non del tutto coerente negli orientamenti giurisprudenziali di fondo; dall'altro, cristallizzato, in quanto la Corte non ha in seguito avuto più occasione di pronunciarsi *ex professo* su tali profili.

Le segnate questioni, legate all'esistenza stessa dei procedimenti comunitari composti, non si pongono, comunque, per i procedimenti presi in considerazione, in quanto qui gli atti interni non presentano mai una autonoma rilevanza decisoria. Neppure nel procedimento di certificazione del gestore di trasporto, dove, come si è visto, si ha un parere obbligatorio, ma non vincolante, della Commissione⁹⁷. Ragion per cui, anche nel caso in cui detto parere sia negativo, esso non determina l'esito del procedimento, non configurando pertanto un interesse a ricorrere in capo al gestore di rete danneggiato.

Anche le sequenze procedimentali che precedono l'adozione dei codici di rete sfociano in atti (orientamenti, linee-guida, raccomandazioni) non vincolanti, né annoverabili, rifacendosi a categorie utilizzate dalla giurisprudenza amministrativa, tra i c.d. atti di arresto procedimentale, ossia preclusivi dell'utile prosecuzione del procedimento, e come tali potenzialmente impugnabili.

⁹³ Lo mette in luce C. Franchini, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 87.

⁹⁴ Corte di giustizia, 9 marzo 1994, C-188/92.

⁹⁵ *Ex art.* 173 (poi 230) TUE.

⁹⁶ In tema vedasi, *ex plurimis*, R. Villata, *Interesse ad agire*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 6.

⁹⁷ In generale, sulla immediata impugnabilità dei pareri vincolanti, in quanto direttamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive, cfr. A. Travi, *Parere nel diritto amministrativo*, in *D. disc. pubbl.*, X, Torino, Utet, 1995, 611 ss.

la rete procedimentale europea dell'energia

Altrettanto può dirsi per l'atto con cui ACER trasmette alle autorità nazionali gli esiti del proprio monitoraggio sui mercati energetici all'ingrosso. Se, come pare, tale atto non vincola i regolatori nazionali né in ordine all'*an* né al *quomodo* dell'azione di *enforcement*, allora, anche qui, non pare configurarsi alcun interesse all'impugnazione autonoma.

Ciò posto, problematiche di effettività della tutela sembrano piuttosto emergere con riferimento all'intensità, e non all'ambito, del sindacato giurisdizionale. In tutti i veduti casi, infatti, gli operatori potranno contestare in giudizio soltanto il provvedimento finale produttivo di effetti esterni: di fronte al giudice nazionale, nel caso della certificazione dei gestori di rete o delle sanzioni per violazioni del regolamento REMIT⁹⁸, trattandosi in entrambi i casi di provvedimenti dell'Autorità per l'energia soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹⁹; dinnanzi al giudice europeo, nel caso invece dei regolamenti contenenti i codici di rete¹⁰⁰.

Questa duplicità, conseguenza della ancora non realizzatasi integrazione giurisdizionale europea¹⁰¹, comporta che il giudice amministrativo potrà focalizzare il proprio sindacato solo sulla fase nazionale, e non sull'intero procedimento composto, il che potrebbe pregiudicare o, comunque, limitare l'effettività della tutela¹⁰². Il pluralismo giurisdizionale euro-

⁹⁸ In particolare, l'art. 14 del regolamento REMIT stabilisce che «Gli Stati membri provvedono affinché a livello nazionale esistano meccanismi idonei per consentire alla parte che è stata oggetto di una decisione dell'autorità di regolamentazione di impugnarla dinanzi a un organo indipendente dalle parti interessate e da ogni governo», quale deve considerarsi nel nostro ordinamento il giudice amministrativo, sulla scorta anche della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, 27 settembre 2011 (*Menarini*), la quale, muovendo dal presupposto che le sanzioni irrogate dall'Autorità *antitrust*, pur non avendo natura penale, costituirebbero, comunque, "pene", ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), giunge infine a riconoscere la pienezza del sindacato esercitato dal giudice amministrativo italiano su tali provvedimenti.

⁹⁹ Cfr. art. 133, lett. l), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

¹⁰⁰ Sul regime dell'impugnazione degli atti normativi comunitari, cfr. B. Marchetti, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1471 ss.

¹⁰¹ In tema cfr. L. De Lucia, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in *Lo spazio amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e A. Natalini, Bologna, Il Mulino, 2012, 355 ss.

¹⁰² Cfr. G. della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti*, cit., 322, secondo cui l'atto che pone fine al procedimento «si rivela un indicatore imperfetto della sede in cui gli interessi sono acquisiti e ponderati». In questi termini, vedasi anche L.F. Maeso Seco, *I procedimenti composti comunitari: riflessioni intorno alla problematica della impossibilità a difendersi ed eventuali alternative*, in *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, a cura di G. della Cananea e M. Gnes, Torino, Giappichelli, 2004, 31 s.

¹⁰³ Al riguardo si veda A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 367 ss.

peo (Corte di Giustizia, Tribunale, giudici nazionali) si rivela dunque, almeno in quest'ambito, potenzialmente foriero di limitazioni nella tutela dei privati. Nei veduti provvedimenti di *enforcement* (certificazione dei gestori; sanzioni REMIT), il giudice nazionale non potrà difatti spingersi fino a controllare direttamente l'attendibilità delle attività istruttorie svolte, rispettivamente, dalla Commissione o da ACER. Con il risultato che una prospettiva circoscritta ad una soltanto delle fasi della sequenza procedimentale, da un lato, amputa di fatto l'istruttoria tecnica, precludendo la cognizione delle scelte tecnico-discrezionali compiute a livello comunitario, che potranno essere sindacate soltanto in modo mediato ed indiretto attraverso il filtro del provvedimento nazionale; dall'altro, può rendere più difficile valutare, ad esempio, la proporzionalità della misura. Un serio scrutinio di idoneità, necessità, adeguatezza¹⁰³ deve infatti tenere conto del complessivo bilanciamento degli interessi – nazionali e sovranazionali – in gioco, onde individuare il “minimo mezzo” in grado di garantire il ripristino della legalità violata con il minor sacrificio possibile degli interessi confliggenti.

5. Conclusioni

L'analisi svolta ha fatto emergere una fitta trama di relazioni, ad un tempo cooperative e competitive, tra AEEGSI – (altri) regolatori nazionali – ACER. Il problema che a più riprese si è posto percorrendo i nodi di questo complesso reticolato organizzativo e procedimentale è come sia possibile risolvere o prevenire gli eventuali conflitti in grado di incepparne il funzionamento. Il presupposto per ogni ragionamento al riguardo è che, anche nell'ambito di procedimenti e rapporti giuridici che l'astratto disegno normativo prefigura come cooperativi, sono destinati a insorgere dialettiche competitive e che anche le più raffinate forme cooperative non sempre riescono a prevenire, o porre fine, al conflitto. Pertanto, piuttosto che confinare la competizione nell'ambito dei comportamenti patologici e degenerativi, si è preferito guardare ad essa quale possibile – naturale – esito delle dinamiche istituzionali del settore energetico. In questa prospettiva, è parso allora necessario individuare un metodo o un soggetto in grado di porre fine ad una dialettica altrimenti incessante, a chiusura del sistema. A tal fine, appaiono senz'altro preferibili soluzioni *endogene* (o autonome), individuabili, cioè, dai soggetti direttamente coinvolti, che non sfociano dunque al-

¹⁰⁴ Cfr. A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino e A. Sterpa (a

la rete procedimentale europea dell'energia

l'esterno, in controversie giurisdizionali, o, comunque, in decisioni *esogene* (o eteronome).

Tra quelli analizzati, possono annoverarsi tra i sistemi *endogeni* il voto a maggioranza e l'“arbitrato” dell' ACER. Tipico esempio di soluzione *esogena* è, invece, il ricorso alla giurisdizione. Al di là delle segnate problematiche di effettività della tutela, infatti, la parentesi giudiziaria risponde, inevitabilmente, a logiche esterne, spesso perturbatrici del mercato. Lo strumento processuale – anche il più raffinato o tecnicamente perfetto¹⁰⁴ può, quindi, non riuscire a soddisfare il bisogno di certezza degli operatori economici¹⁰⁵. Durante il tempo del processo, le azioni imprenditoriali saranno, difatti, sempre condizionate dall'esito del giudizio, dovendosi tener conto, almeno in previsione, di una decisione giurisdizionale estranea alle dinamiche economiche. E ciò può pregiudicare la capacità delle imprese regolate di modificare, adattivamente, i propri programmi e piani d'azione in ragione del flusso di conoscenze ed esperienze che scaturiscono dai mercati¹⁰⁶, danneggiando il proficuo esercizio della funzione imprenditoriale e il funzionamento del mercato concorrenziale nel suo complesso.

In conclusione, preso atto del carattere endemico della competizione interistituzionale, il miglior metodo di risoluzione dei conflitti sembra rinvenibile in soluzioni di tipo endogeno, all'interno della rete organizzativa e procedimentale dell'energia, ferma restando la irrinunciabile garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva dinanzi al giudice europeo o nazionale, da intendersi però come una sorta di *extrema ratio* cui rivolgersi soltanto quando gli altri sistemi di composizione hanno fallito.

cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, Carocci, 2014, 45 ss., ove si evidenzia come la giurisdizione sia percepita nel mondo dell'economia come «intrinsecamente a-economica». In proposito, vedasi anche F. Benvenuti, *Mondo economico e pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2006, 1907 ss. Sul ruolo del giudice amministrativo come giudice delle autorità indipendenti e, quindi, dei mercati si afferma, da ultimo, G.C. Spattini, *Regolazione, partecipazione e “contenzioso” nell'Aeegsi: quale democrazia per le autorità indipendenti?*, in *Munus*, 2015, 381 ss.

¹⁰⁵ Sul nesso tra effettività della tutela e certezza possono leggersi le riflessioni di M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 33 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. O'Driscoll e M. Rizzo, *L'economia del tempo e dell'ignoranza*, trad.it. di E. Galli, Soveria Mannelli, Rubettino, 2002, 151.

Abstract

The internal energy market is characterized by a network structure, both from a physical (transportation networks) and juridical (cross border contracts) perspective. Based on that empirical evidence, this paper shows how the market can be effectively regulated through a polycentric governance model (ACER is a networked agency) thanks to compound proceedings of regulation, enforcement and conflict resolution wherein both European and national authorities are involved.

With regard to regulation, the network code elaboration process is specifically analyzed and the network code is interpreted as the outcome of a polycentric and multi-phase rule making network, involving many actors both at a national and supra-national level, public and private: NRAs (National Regulatory Authorities), ACER, TSOs (European Network of Transmission System Operators, ENTSO), final users, the European Commission and Member States.

With regard to enforcement, attention is paid to Regulation (EU) n. 1227/2011 (so called Remit – Regulation on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency). According to this provision, NRAs play a role of ACER’s “assistant” in the monitoring phase, while they have an operational/executive role in the control and sanction phase.

Finally, with regard to conflict resolution, this paper sheds light on ACER’s arbitration, foreseen in article 8 of Regulation n. 713/2009. In this case, the European administrative network is not used only to issue rules and enforce them, but also to solve dispute among regulators.

The last part of this paper is focused on jurisdictional protection profiles and in particular on issues stemming from the European jurisdictional pluralism. Indeed, national courts cannot easily control the technical assessments made by European bodies and as a consequence they can hardly check whether measures adopted complies with the proportionality principle.

ENRICA BLASI

LA NATURA GIURIDICA DEI CONSORZI DI GESTIONE DEI RIFIUTI DI IMBALLAGGIO: VERSO LA QUALIFICA DI INCARICATI DI PUBBLICO SERVIZIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rifiuti di imballaggio e il principio di responsabilità condivisa. – 3. Il Conai e i consorzi di filiera per la gestione dei rifiuti di imballaggio. – 4. L'evoluzione normativa e i profili concorrenziali del modello consortile obbligatorio. – 5. Profili critici del sistema Conai-consorzi di filiera. – 6. Prospettive evolutive del sistema Conai: dalla concorrenzialità sul mercato alla sussidiarietà al mercato. – 7. La sussidiarietà come indice della natura pubblica del sistema Conai: verso la qualifica di incaricato di pubblico servizio. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La disciplina dei rifiuti di imballaggio ha sinora riscosso scarsa attenzione tra gli studiosi di diritto¹, che ne hanno ricondotto la trattazione al

¹ I principali contributi giuridici in materia sono: P. Masciocchi, *I consorzi obbligatori di riciclaggio*, in *Azienditalia*, 1996, 5, 270 ss.; M. Bellavista, *Gestione degli imballaggi. Brevi note su alcuni aspetti problematici presenti nel titolo II, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22*, in *Nuova Rass. leg. dott. e giur.*, 1997, 17, 1722; M. Medugno, *Il contributo ambientale sugli imballaggi*, in *Ambiente*, 1998, 11, 889; M. Balletti, *La nuova disciplina dei rifiuti*, Torino, Giappichelli, 1998, 102 ss.; T. Marrocco, *Prospettive del riciclaggio degli imballaggi: il ruolo del Consorzio nazionale imballaggi (CONAI)*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 1007; M. Pernice, *La gestione dei rifiuti di imballaggi: il Consorzio nazionale imballaggi e i consorzi di filiera*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1999, 1, 101; S. Borghini, F. Ranghieri, *La contabilità ambientale e la gestione degli imballaggi: il Conai*, in *Ambiente*, 2002, 7, 695; A. Gratani, *Il "riciclaggio dei rifiuti da imballaggio" è una forma di recupero. La Corte ne definisce la nozione e precisa il recupero energetico tramite rifiuti*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 988 ss.; Id., *L'istituzione dei sistemi nazionali di recupero di imballaggi monouso o "c.d. a perdere" e tutela ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 2, 277 ss.; Id., *Gli shoppers sono rifiuti di imballaggi ai sensi della normativa comunitaria*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 269 ss.; E. Bertolini, *La gestione dei rifiuti di imballaggio: la Corte tra tutela ambientale e libertà di concorrenza. Il caso del consorzio nazionale per il recupero e il riciclo degli imballaggi di natura cellulosica*, in *Econ. pubbl.*, 2005, 3, 87 ss.; Id., *Regolazione e performance ambientale delle filiere degli imballaggi*, in *L'industria*, 2005, 1, 87 ss.;

più ampio tema dei rifiuti, in ragione del rapporto di *genus ad speciem* tra essi esistente².

Tuttavia, le lenti del rapporto di specialità non consentono di cogliere appieno i tratti peculiari del settore in esame, che si mostrano, invece, particolarmente marcati soprattutto sul versante organizzativo.

Il legislatore italiano, infatti, senza incidere sulle generali dinamiche del servizio di gestione dei rifiuti, né rinnegando il rilievo pubblicistico delle attività specificamente riferite ai rifiuti di imballaggio, ne ha affidato lo svolgimento a consorzi aventi personalità giuridica di diritto privato.

Tali figure associative sono investite, prevalentemente, del ruolo di intermediari tra i Comuni e le imprese di trattamento, i primi titolari della fase di raccolta dei rifiuti urbani in regime di privativa³, i secondi operanti

R. Gertz, *The German Packaging Ordinance*, in *Eur. Env. Law Review*, 2006, 2 ss.; A. Pierobon, *Beni, imballaggi, rifiuti di imballaggi e materia prima secondaria: definizioni*, in *Azienditalia*, cit.; Id., *Il Conai e la gestione degli imballaggi e dei rifiuti da imballaggi: cenni*, in www.pierobon.eu; S.R. Cerreto, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 1, 79; A. Bianco, *Responsabilità del produttore nella gestione dei rifiuti di imballaggio e norme sulla concorrenza e sul libero mercato*, in www.giuristiambientali.it; L. Arnaudo, G.M. Pietropaolo, *Il caso delle gestioni consortili dei rifiuti in Italia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2011, 1.

² La disciplina degli imballaggi è collocata nella Parte IV, d.lgs. n. 152/2006, rubricata “Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati”, ed in particolare all’interno del Titolo II, intitolato “Gestione degli imballaggi”. Sul rapporto tra la disciplina degli imballaggi e quella dedicata genericamente ai rifiuti si vedano: Corte di Giustizia, Sez. V, 19 giugno 2003 in causa C-444/00, *The Queen c. Environment Agency*, recante espressa enunciazione del rapporto di specialità tra la Direttiva 94/62/CE (sugli imballaggi) e l’allora vigente Direttiva sui rifiuti (Dir. 91/156/CEE); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2006, n. 5769, in cui la normativa sugli imballaggi è definita come “disciplina parallela, ma non sovrapponibile” a quella dei rifiuti; Cass. Civ., Sez. trib. 18 gennaio 2012, n. 627, *Comune di Cinisello Balsamo c. Società Rialto*, punto 3.2, in *Giust. civ.*, 2012, 1, 38. Per un commento in dottrina si rinvia a M.G. Boccia, *Guida alla lettura della nuova direttiva quadro per la gestione dei rifiuti nell’Unione europea*, in *Amb. e svil.*, 2009, 33, che precisa che «nei casi in cui la direttiva imballaggi non contenga norme specifiche, trovano invece applicazione le corrispondenti disposizioni della direttiva quadro». Di parere contrario e favorevole all’idea dell’autonomia della disciplina degli imballaggi rispetto a quella dei rifiuti è A. Pierobon, *Beni, imballaggi, rifiuti di imballaggi e materia prima secondaria: definizioni*, in *Azienditalia*, 2008, 7, 559.

³ La gestione dei rifiuti urbani è servizio pubblico economicamente rilevante reso necessario dalla presenza di un monopolio naturale. La privativa comunale è stata introdotta per la prima volta con il d.lgs. n. 22/1997 relativamente alla fase della raccolta dei rifiuti urbani; ai sensi dell’articolo 183, c. 1, lettera *ll*), d.lgs. n. 152/2006, la “gestione integrata dei rifiuti” consiste nel «complesso delle attività, ivi compresa quella di spazzamento delle strade come definita alla lettera *oo*), volte ad ottimizzare la gestione dei rifiuti». Il servizio di gestione dei rifiuti urbani, come disciplinato a livello nazionale e regionale, è “integrato”, ovvero si caratterizza per l’unicità del soggetto affidatario delle operazioni verticalmente connesse della raccolta, spazzamento, trasporto.

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

sui mercati concorrenziali delle attività di gestione dei rifiuti (riciclaggio, recupero, smaltimento).

L'esigenza, avvertita in questo contesto, di un'atipica figura di raccordo nasce dalla necessità di ripartire gli oneri di gestione dei rifiuti di imballaggio secondo canoni diversi da quelli propri della gestione dei rifiuti *lato sensu*: il principio "chi inquina paga", infatti, si traduce qui nella responsabilizzazione (non degli utenti finali, ma) dei soli produttori ed utilizzatori di imballaggi, che vi adempiono per il tramite dei menzionati consorzi.

In altre parole, il modello consortile rappresenta il semplice risvolto organizzativo del "principio di responsabilità condivisa"⁴, volto a garantire il giusto equilibrio tra l'interesse pubblico alla corretta gestione dei rifiuti di imballaggio (*i.e.* alla "tutela dell'ambiente"), e l'interesse privato alla concorrenzialità dei rapporti tra gli operatori economici coinvolti (*i.e.* al "funzionamento del mercato")⁵.

Proprio perché collocati al crocevia tra esigenze di natura contrappo-

⁴ Cfr. art. 217, c. 2, d.lgs. n. 152/2006.

⁵ La disciplina degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio è animata da due finalità (art. 217, c. 1, d.lgs. n. 152/2006): «prevenirne e ridurne l'impatto sull'ambiente ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente» e «garantire il funzionamento del mercato, nonché per evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio». Si vedano anche i considerando nn. 1 e 19 della Direttiva 94/62/CE "sugli imballaggi e rifiuti di imballaggio", nonché l'articolo 18 della medesima direttiva, che dispone espressamente che «gli Stati membri non possono ostacolare l'immissione sul mercato nel loro territorio di imballaggi conformi alle disposizioni della presente direttiva». A tale proposito, si ricorda che la Commissione europea ha avviato due procedure di infrazione nei confronti del nostro paese proprio per violazione dei profili concorrenziali inerenti la disciplina sugli imballaggi: la procedura n. 2011/4030 del febbraio 2012, per presunta violazione della libertà di circolazione delle merci da parte della legge italiana recante divieto di commercializzazione degli *shoppers* non biodegradabili; nonché la procedura n. 2014/2123 del luglio 2014 per mancato o erroneo recepimento esplicito di una serie di disposizioni della Direttiva 94/62/CE, tra le quali anche il ricordato articolo 18.

Sulla conflittualità tra interesse ambientale e interessi economici si vedano G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, II ed., 2011, 20; F. Capelli, *Tutela dell'ambiente e libertà di circolazione delle merci: due principi a confronto*, in *Dir. com. sc. int.*, 2003, 3; M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 1, 219; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007, 327 ss.; M. Montini, *Commercio e ambiente: bilanciamento tra tutela ambientale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della CGCE*, in *Dir. com. sc. int.*, 2002, 4; D. Casalini, *Tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza e principio di proporzionalità nella durata dei monopoli naturali*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 9, 955; F. Fracchia, *Climate change e diritto: alla ricerca del corretto approccio metodologico del giurista di fronte ai problemi dello sviluppo sostenibile*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, 1.

sta, i consorzi appaiono inevitabilmente affetti da una contraddizione strutturale tra la forma giuridica privata, e la natura doverosa dell'attività svolta, funzionalizzata al pubblico interesse.

Nel corso del tempo, l'assenza (pressoché forzata) di sistemi volontari alternativi ai consorzi obbligatori, unita alla crescente rivendicazione da parte dei consorzi esistenti delle prerogative autonomistiche proprie della soggettività privata, hanno progressivamente marginalizzato l'attenzione per l'interesse pubblico, rivelando una certa debolezza dell'intero modello prescelto.

Inevitabilmente, l'auspicio ad una riforma integrale del modello organizzativo di gestione dei rifiuti di imballaggio, si è trasformato in una vera e propria esigenza, in ragione del progressivo scollamento della realtà fattuale dal quadro giuridico astratto.

A tale proposito, è assai significativa l'attenzione recentemente rivolta al tema in discorso dalla Commissione europea⁶, dal Ministero dell'ambiente⁷, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁸, dal

⁶ Cfr. Eu-Pilot 2113/11/ENVI per errato o omesso recepimento di alcune disposizioni della Direttiva 94/62/CE, da cui è scaturita, il 10 luglio 2014, l'apertura della procedura di infrazione n. 2014/2123, il cui svolgimento è tuttora in corso.

⁷ Ci si riferisce in particolare a due provvedimenti adottati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (di seguito anche solo "Ministero dell'ambiente") per il riconoscimento di due sistemi autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio, ai sensi dell'articolo 221, c. 3, lettera a), d.lgs. n. 152/2006: decreti direttoriali nn. 5048/TRI del 6 giugno 2014 (di riconoscimento del sistema Conip) e 5201/TRI del 4 agosto 2014 (di riconoscimento del sistema Aliplast). Rilevante è inoltre anche il Decreto Ministeriale 26 aprile 2013, con il quale il Ministero dell'ambiente, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, ha adottato lo schema di statuto-tipo dei consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio. Si consideri inoltre, quanto affermato dal Ministro dell'ambiente On. Gianluca Galletti nel corso dell'audizione dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, del 16 ottobre 2014: «Una delle tendenze che paiono al momento profilarsi è quella di dare un più chiaro inquadramento della natura giuridica di tali consorzi e soprattutto del loro ruolo all'interno del complessivo sistema di gestione dei rifiuti. (...) Le iniziative assunte dal ministero hanno certamente aperto la strada a una riflessione a tutti i livelli, legislativo, giudiziario, oltre che amministrativo, con riferimento a tali consorzi, i quali, occorre chiarire, possono rappresentare un elemento essenziale per l'efficientamento del complessivo sistema di gestione dei rifiuti».

⁸ Sempre vivace è stata l'attenzione dedicata al settore dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito anche "AGCM" o "Antitrust"), che è intervenuta con posizioni di *enforcement* delle norme sostanziali in materia di intese e abuso di posizione dominante, con lo svolgimento di indagini conoscitive, e con interventi di *advocacy* finalizzati a indirizzare il legislatore ed il Governo verso la modifica di norme restrittive della concorrenza. Il più recente intervento dell'Autorità è da rinvenire nell'atto n. 25035 del 17 luglio

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

giudice amministrativo⁹, ed infine dal legislatore nazionale¹⁰.

L'intento condiviso da tutti i menzionati soggetti, di porre rimedio alle criticità progressivamente emerse nel settore, si è sinora tradotto in proposte assai diversificate, ma tutte in ultimo riconducibili alla classica dicotomia tra pubblico e privato.

Da un lato, infatti, emerge l'intenzione di consolidare i tratti pubblicistici della disciplina in esame, valorizzando la funzione svolta da tali consorzi, e giustificando in tal modo una più incisiva ingerenza pubblica sul loro operato; dall'altro si afferma l'opportunità di far leva sulla forma giuridica privata di tali soggetti, al fine di accentuarne i margini di autonomia e rafforzare la concorrenzialità dei mercati di riferimento.

La rilevanza delle possibili conseguenze derivanti dalla scelta dell'una o dell'altra tra le soluzioni prospettate, e le ripercussioni che ne discenderebbero in termini di bilanciamento tra l'interesse ambientale e l'interesse concorrenziale, offrono ulteriore spunto per un approfondimento di tipo giuridico.

D'altro canto, il modello consortile non rappresenta una prerogativa del solo settore degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio, ma caratterizza tutte le filiere governate dal principio della responsabilità estesa del produttore¹¹, e trova esperienze organizzative analoghe anche in altri paesi europei¹².

2014 (in Boll. 31/2014), di avvio del procedimento istruttorio n. A476 nei confronti del Conai e del Corepla, per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 102 del TFUE, e dunque l'integrazione della fattispecie di abuso di posizione dominante. L'istruttoria è in corso e si concluderà entro il 31 luglio 2015.

⁹ Ci si riferisce, in particolare, al giudizio ad oggi pendente dinanzi al Consiglio di Stato, scaturito dall'impugnazione del decreto recante approvazione del loro statuto-tipo (il D.m. 26 aprile 2013), che si è concluso in primo grado con le seguenti sei sentenze gemelle: T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II bis, 10.10.2014, n. 10262 (Cial); Id., 10.10.2014, n. 10263 (Corepla); Id., 24.10.2014, n. 10690 (Rilegno); Id., 24.10.2014, n. 10688 (Coreve); Id., 24.10.2014, n. 10693; Id., 24.10.2014, n. 10699 (In.Car. srl e Vetarco Srl); Id., 24.10.2014, n. 10689 (Anfima e altri).

¹⁰ Cfr. art. 21 e ss. del disegno di legge AS1676, cd. Collegato ambientale alla legge di stabilità 2014, approvato in prima lettura dalla Camera il 13 novembre 2014, trasmesso al Senato il 17 novembre 2014 e attualmente all'esame della XIII Commissione permanente del Senato (territorio, ambiente e beni ambientali).

¹¹ Il principio della responsabilità estesa dei produttori è enunciato all'articolo 178-bis, d.lgs. n. 152/2006, di recepimento dell'articolo 8 della Direttiva 2008/98/CE. I settori organizzati secondo un modello consortile sono quelli inerenti la gestione delle seguenti tipologie di rifiuti: pile e accumulatori, rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE), veicoli fuori uso, oli minerali, pneumatici fuori uso.

¹² A livello europeo, salvo quei paesi (come l'Austria, la Finlandia, la Francia e la Germania) nei quali l'interesse per la materia degli imballaggi è antecedente all'adozione della Di-

Il presente contributo, prendendo le mosse dall'illustrazione del modello organizzativo prescelto per la gestione dei rifiuti di imballaggio, si propone di analizzare le recenti linee evolutive ad esso inerenti, anche al fine di valutarne le prospettive di cambiamento.

2. I rifiuti di imballaggio e il principio di responsabilità condivisa

La ricordata specialità dei rifiuti di imballaggio rispetto alla generalità dei rifiuti, che si coglie *ictu oculi* nel rapporto tra le rispettive fonti disciplinari¹³, costituisce il riflesso di una peculiarità merceologica degli imballaggi rispetto alla generalità dei beni di consumo, e dei rifiuti di imballaggio rispetto alla generalità dei rifiuti.

Gli “imballaggi”, infatti, costituiscono una tipologia di beni del tutto atipica, poiché, pur essendo oggetto di processi di consumo, essi non sono desiderabili in quanto tali, ma soltanto nella misura in cui consentono la fruizione di altri beni (le merci imballate)¹⁴.

rettiva 94/62/CE, è stata proprio l'esigenza di recepire quest'ultima ad indirizzare l'attenzione dei legislatori nazionali verso la tematica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio. A tale proposito, al fine di adeguarsi ai vincoli derivanti dal diritto europeo, gli Stati europei (tutti tranne la Danimarca), hanno predisposto specifici sistemi collettivi nazionali di restituzione degli imballaggi ai fini del riutilizzo o di raccolta ai fini del trattamento per ottenere materia prima secondaria. Anche a causa dell'assenza di alcuna indicazione di carattere organizzativo all'interno della direttiva, i modelli nazionali paiono tra loro differenziati in ragione del rapporto intercorrente con i sistemi di raccolta dei rifiuti urbani (distinguendosi in sistemi “duali” e “non duali”, i primi paralleli ai modelli di gestione dei rifiuti urbani, i secondo integrati con essi) e per ambito di operatività (taluni includendo solo i rifiuti domestici, talaltri anche i rifiuti industriali). Caratteristica comune a tutti gli ordinamenti europei è la presenza di un sistema operativo prevalente a livello nazionale, operante in via esclusiva ovvero congiuntamente ad altri sistemi operativi minori, con in quali si pone in rapporto di concorrenza.

¹³ La prima direttiva europea specificamente dedicata alla materia degli imballaggi risale al 1994 (si tratta della Direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e rifiuti da imballaggio, in GUCE n. L 365 del 31 dicembre 1994) ed è stata recepita nel nostro ordinamento dal cd. Decreto Ronchi (d.lgs. n. 22/1997), conflueno poi, dopo alcune modifiche (Direttiva 2004/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, in GUCE n. L 47 del 18 febbraio 2004) nel Titolo II, della Parte IV del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006). Il d.lgs. n. 152/2006 è stato a sua volta riformato in più occasioni: nel 2006 (d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284), nel 2008 (d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4), e nel 2010 (d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 e d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128).

¹⁴ L'art. 218, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 152/2006, di recepimento dell'art. 3, par. 1, lett. a),

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

Tale natura strumentale conferisce poi una caratterizzazione atipica anche ai “rifiuti di imballaggio”, la cui origine, diversamente da quanto avviene per la generalità dei rifiuti, è prevedibile sia nell’*an* che nel *quando*, poiché coincide con la conclusione del processo di consumo.

A differenza della nozione di “rifiuto”, che consta sia di un elemento oggettivo (la qualificabilità come “sostanza o oggetto”), sia di un elemento soggettivo (l’intenzionalità del disfacimento da parte del detentore)¹⁵, la de-

della Direttiva 94/62/CE definisce l’imballaggio come «il prodotto, composto di materiali di qualsiasi natura, adibito a contenere determinate merci, dalle materie prime ai prodotti finiti, a proteggerle, a consentire la loro manipolazione e la loro consegna dal produttore al consumatore o all’utente, ad assicurare la loro presentazione, nonché gli articoli a perdere usati allo stesso scopo». L’apertura globale dei mercati e l’influsso della tecnologia sui processi produttivi hanno determinato un incremento significativo degli imballaggi, non solo in funzione della protezione delle merci durante il trasporto (cd. *packaging*), ma anche come indispensabili strumenti di marketing e veicolo di informazioni al consumatore (cd. *labelling*). La strumentalità degli imballaggi è un carattere ormai acquisito non solo a livello normativo, ma anche giurisprudenziale. Nella sentenza della Corte di Giustizia, 29 aprile 2004 (in C-341/2001, *Plato Plastik Robert Frank GmbH c. Cariopack Handelgesellschaft mbH*) la nozione di imballaggio viene desunta dalle risultanze di “un giudizio tecnico prognostico, fondato sulla natura dei beni prodotti”, puntando così l’accento sulla destinazione intrinseca del bene, a prescindere dalle sue modalità di utilizzo. Vedi anche Tribunale di Roma, Sez. II civile, 5 settembre 2007, n. 16818 e in dottrina A. Gratani, *L’istituzione di sistemi nazionali di recupero di imballaggi monouso o c.d. a perdere e la tutela ambientale*, in *Riv. Giur. Ambiente* 2005, n. 2, 269; S.R. Cerruto, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2009, 11, 79 ss. Con riferimento al significato della nozione di “imballaggio” e soprattutto alla possibilità di ricondurre al suo interno alcuni beni, sono sorte numerose questioni interpretative, alcune delle quali risolte in sede processuale. *Ex multis*, v. Tribunale di Roma, Sez. III civile, 17 dicembre 2007, n. 24563; Tribunale di Roma, Sez. II civile, 5 settembre 2007, n. 16818; Corte di Giustizia, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 410, *Soc. Swiss Cap c. Hauptzollamt*, in *Rass. dir. farmaceutico* 2010, 2, 361. Per le pronunce relative a particolari tipologie di imballaggi si rinvia a Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 27413, in CED Cass. pen. 2012, che ha chiarito la non qualificabilità come imballaggi dei teloni per la pacciamatura usati nel settore agricolo; Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 25203.

¹⁵ L’art. 183 definisce il “rifiuto” come «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l’intenzione o abbia l’obbligo di disfarsi». Secondo dottrina ormai consolidata, la nozione di “rifiuto” si compone di un elemento soggettivo e di un elemento oggettivo. Per approfondimenti sulla nozione di rifiuto si rinvia a I. Cheyne, M. Purdue, *Fitting definition to purpose: the search for a satisfactory definition of waste*, in *Jorn. Env. Law*, 1995, 2; L. Bontoux, F. Leone, *The legal definition of waste and its impact on waste management in Europe*, Sevilla Institute for Prospective Technological Studies, European Union, 1997; P. Giampietro, *La nozione “autentica” di rifiuti e alcune reazioni di rigetto: dalla incostituzionalità della legge alla sua disapplicazione*, in *Ambiente*, 2002, 12; Id., *La Corte di Giustizia amplia la nozione di rifiuto limitando il riutilizzo del “tal quale”*, in *Ambiente*, 2003, 1; L. Butti, *Tra sentenze comunitarie e nazionali la nozione autentica di rifiuto allo sbando*, in *Amb. e sicurezza*, 2002, 15; Id., *Diritto europeo*

finizione di “rifiuto di imballaggio” risulta, quindi, pressoché priva dell’elemento volontaristico¹⁶.

In questo caso, infatti, il detentore non esercita una libera scelta circa il disfacimento dell’imballaggio, ma si limita a constatarne l’inutilizzabilità, come conseguenza dell’apprensione o della fruizione del bene imballato. Ne consegue una spiccata continuità quantitativa tra gli imballaggi annualmente immessi al consumo e i rifiuti di imballaggio generati dagli stessi¹⁷.

Inoltre, la brevità del ciclo di vita degli imballaggi e l’omogeneità dei materiali di composizione utilizzati, concorrono a determinare una continuità anche di tipo qualitativo, poiché minimo è il “deprezzamento” economico conseguente alla trasformazione degli imballaggi in rifiuto, e particolarmente remunerative le operazioni di recupero degli stessi, volte a reintrodurre materia prima nei circuiti produttivi¹⁸.

e normativa italiana, cit.; L. Prati, L’interpretazione autentica della nozione di rifiuti al vaglio del giudice di merito, in Ambiente, 2003, 1; A. Borzi, La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (dis)applicazione interna, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2004, 3-4, 759; R. Federici, La nozione di rifiuti: una teoria, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2006, 6, 1051; F. de Leonardis, I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione, cit., 307; A. Fari, Nozione di rifiuto e sottoprodotto, in F. Giampietro (a cura di), La nuova disciplina dei rifiuti, Milano, Ipsoa, 2011; D. Röttgen, La nozione di rifiuto e di sottoprodotto, cit.; M. Taina, Rifiuto o non rifiuto: la prova certa del riutilizzo (nota a Cass. Pen., n. 6266/2010), in Amb. e svil., 2010, 6; M. Magri, Rifiuto e sottoprodotto nell’epoca della prevenzione: una prospettiva di soft law, in Amb. e svil., 2010, 1; S. Maglia, Ancora in materia di assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani, in Amb. e svil., 2009, 4, 315; E. Pomini, Rifiuti e sottoprodotti: la “trasformazione preliminare”, in Riv. giur. amb. 2009, 5, 709; F. Giampietro, La nuova Direttiva Quadro sui rifiuti ed il TUA dopo il D.Lgs. n. 4/2008: le nozioni di rifiuto, sottoprodotto, m.p.s., in Amb. e svil., 2008, 11; G. Amendola, Il testo unico ambientale e la nozione di rifiuto. A che punto siamo?, in Dir. Giuris. agraria, alimentare e ambiente, 2007, 3, 145.

¹⁶ L’art. 218, c. 1, lettera f) definisce i rifiuti di imballaggio come «ogni imballaggio o materiale da imballaggio, rientrante nella definizione di rifiuto di cui all’art. 183, c. 1, lettera a), esclusi i residui di produzione».

¹⁷ Si consideri che nella Relazione sui rifiuti urbani 2014 redatta da Ispra, i dati inerenti gli imballaggi sono esposti assumendo che la produzione annuale dei rifiuti di imballaggio sia “equivalente” all’impresso al consumo di imballaggi dello stesso periodo (cfr. 16). In tale rapporto si legge che nel 2011 in Europa sono stati prodotti circa 80,2 milioni di tonnellate di rifiuti di imballaggio, con un incremento di quasi il 2% rispetto al 2010. Di questi, circa 62 milioni di tonnellate sono state recuperate, con una percentuale europea di circa il 77,3% del totale dell’impresso al consumo. Nel 2013, l’impresso al consumo sul mercato nazionale è stato pari a circa 11,3 milioni di tonnellate di imballaggi, dei quali 8,7 milioni di tonnellate risultano avviate a recupero.

¹⁸ Cfr. par. 19 dell’indagine conoscitiva riguardante il settore dei rifiuti da imballaggio (IC 26), avviata dall’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato con il provvedimento n. 14162 del 22 marzo 2005, in Boll. 12/2005 (e conclusa con l’archiviazione con il provvedimento n. 18585 del 3 luglio 2008, in Boll. 26/2008), in cui si afferma che «caratteristica

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

La continuità quantitativa e qualitativa esistente tra il bene (imballaggio) e il rifiuto (di imballaggio), oltre a determinare la convergenza di interessi ambientali e interessi concorrenziali, influisce sul significato assunto in questo contesto dal principio “chi inquina paga”¹⁹, e conseguentemente sul criterio prescelto per la ripartizione degli oneri di gestione.

Se con riferimento alla generalità dei rifiuti i costi di gestione in parte gravano sul consumatore finale (attraverso la tariffa²⁰), ed in parte sono as-

precipua degli imballaggi – e di conseguenza dei loro rifiuti – sia l’essere fabbricati con materiali diversi ma tutti, seppur in misura diversa, suscettibili di apprezzamento economico e redditività all’interno di dinamiche di mercato. La raccolta dei rifiuti finalizzata al recupero dei materiali di produzione, del resto, ha costituito un’attività storicamente radicata e organizzata imprenditorialmente seguendo l’andamento di specifici valori di mercato, con il conseguente assoggettamento dei materiali oggetto di processi di recupero al principio comunitario della libera circolazione delle merci». Analogamente la Segnalazione AS80 dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, del 28 novembre 1996, in cui si afferma che «l’attività di raccolta di tali rifiuti può presentare profili di redditività sia per lo svolgimento del servizio, sia per l’attività di rivendita dei prodotti».

¹⁹ Questo principio ha origine europea, e trova oggi previsione nell’art. 191, par. 2 del TFUE, mentre a livello interno, esso è contemplato dall’art. 3-ter del codice dell’ambiente. In materia di rifiuti esso è espressamente menzionato, tra i principi, nell’art. 179, d.lgs. n. 152/2006 e nella disciplina degli imballaggi è richiamato all’articolo 219, c. 2, d.lgs. n. 152/2006. *Ex multis* cfr. G. Tarantini, *Il principio “chi inquina paga” tra fonti comunitarie e competenze regionali*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, 728; L. Butti, *L’ordinamento italiano e il principio “chi inquina paga”*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, 3; M. Meli, *Il principio “chi inquina paga”*, Giuffrè, Milano, 1996; Id., *Il principio “chi inquina paga” nel codice dell’ambiente*, in *Danno e resp.*, 8-9, 2009, 811 ss.; C. Verrigni, *La rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 2003, 1614; F.M. Palombino, *Il significato del principio “chi inquina paga” nel diritto internazionale*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 871; P. Selicato, *Imposizione fiscale e principio “chi inquina paga”*, in *Rass. trib.*, 2005, 4, 1157 ss.; C. Videtta, *La tassa sui rifiuti e il principio comunitario “chi inquina paga”*, in *Foro amm. Tar.*, 2005, 6, 1969 ss.; A. Pappalardo, *Nozione di rifiuti e principio “chi inquina paga” nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. compar ed europ.*, 2008, 4, 2065 ss.; F. Goisis, *Caratteri e rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nell’ordinamento nazionale*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, 11, 2711 ss.; M. Stoczkiewicz, *The polluter pays principle and State aid for environmental protection*, in *Jornal for European Environmental and Planning Law*, 2009, 6.2, 171 ss.; F. Giampietro, F. Lalli, *Ancora sul principio comunitario “chi inquina paga”* (nota a T.A.R. Campania n. 3727/2009), in *Amb. svil.*, 2010, 220 ss.; M. Renna, *I principi*, cit., 82; Id., *Ambiente e territorio nell’ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 690; M. Meli, *Il principio “chi inquina paga” nel codice dell’ambiente*, in *Danno e resp.*, 2009, 8/9, 811 ss.

²⁰ Per un approfondimento in dottrina sul tema della tassazione ambientale e della tariffa sui rifiuti, cfr. M. Loviseti, *L’individuazione della natura giuridica di un’entrata e le conseguenze in ordine alla giurisdizione, all’individuazione degli atti impugnabili e all’applicabilità dell’iva: il caso della tariffa rifiuti*, in *Dir. e pratica trib.*, 2005, 4, 835 ss.; Id., *Per la Corte Costituzionale la TIA è un tributo. Ma le SS.UU. della Corte di Cassazione la pensano diversamente*, in *G. T. – Riv. Giur. trib.*,

sorbiti dalle dinamiche concorrenziali, nel caso dei rifiuti di imballaggio sono i produttori e gli utilizzatori a doversi far carico di tutti i costi di gestione dei rifiuti di imballaggio (compresi i costi sostenuti dal gestore pubblico per la raccolta), in proporzione alla quantità di beni da ciascuno immessa sul mercato²¹.

A tal fine il legislatore, all'art. 221, comma 3 del d.lgs. n. 152/2006, ha offerto ai produttori ed utilizzatori tre possibili soluzioni organizzative: a)

2009, 855; C. Carbone, *Rifiuti, aspettando la tariffa*, in *Guida agli enti locali*, 2005, 4, 89; S. Trovato, *Tarsu: destinazione delle aree e rifiuti. Al contribuente la prova per le agevolazioni*, in *Guida agli enti locali*, 2005, 6, 112; F. Amicarelli, *Prime osservazioni sulla "nuova" tariffa per la gestione del servizio dei rifiuti urbani*, in *Fin. loc.*, 2006, 10, 23 ss.; A. Giovanardi, *La definizione delle aree tassabili ai fini Tarsu: esclusione o esenzione delle superfici produttive di rifiuti speciali?*, in *Fin. loc.*, 2006, 3, 51 ss.; A. Vozza, *Dalla TARSU alla TLA*, in *Corr. Trib.* n. 17, 2008, 1368; A. Pierobon, *Passaggio TARSU-TIA: criterio proporzionale per la riduzione obbligatoria*, 2008, 3; E. De Mita, *Per la Tia un identikit da tributo*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, 6, 1317; M. Beghin, *Corte Costituzionale e TIA: un'occasione per riflettere sulla nozione di tributo*, in *Corr. Trib.*, 2009, 3097; V. Guido, *Considerazioni a margine della recente qualificazione tributaria della TLA operata dalla Corte Costituzionale*, in *Rass. Trib.*, 2009, 1107; M. Zinzi, *Tarsu e principio chi inquina paga: la Corte di giustizia riconosce ampio potere discrezionale agli enti locali circa i criteri di commisurazione*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2009, 4, 1965; G. Montaccini, L. Montaccini, R. del Fiacco, *La natura della tariffa rifiuti e l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Fin. loc. e reg.*, 2009, 4, 400 ss.; G. Rossi, *Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte"*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 2, 463; M. Procopio, *La natura tributaria della tariffa di igiene ambientale*, in *Dir. econ. assicurazione* 2010, 3, 797; M. Greggi, *La tariffa di igiene ambientale al vaglio della consulta: nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla nozione di tributo e sull'applicabilità dell'IVA*, in *Le nuove leggi civili e commentate*, 2010, n. 1, 3; A. Buscema, *La determinazione della tariffa di igiene ambientale non è delegabile a un soggetto privato*, in *Dir. e Giust.*, 2010, 0, 201; F. Castoldi, *Dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale: chiarimenti sulla disciplina della tariffa di igiene urbana*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 1, 122; R. Lupi, *La fattura TIA come atto impositivo*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, 1, 64.

²¹ Sono produttori di imballaggi, ai sensi dell'articolo 218, c. 1, lettera r), d.lgs. n. 152/2006 i "fornitori di materiali di imballaggio, i fabbricanti, i trasformatori e gli importatori di imballaggi vuoti e di materiali di imballaggio". Con riferimento agli obblighi di gestione dei rifiuti di imballaggio sui medesimi ricadenti, si vedano gli articoli 217, c. 2; 219, c. 2, lettera a); 220, c. 1; 221, commi 1, 2, 3, 4 e 10; 224, c. 1, d.lgs. n. 152/2006. In particolare, l'articolo 219, c. 2, lettera a) prevede che «il costo della raccolta differenziata, della valorizzazione e dell'eliminazione dei rifiuti da imballaggio sia sostenuto dai produttori e dagli utilizzatori in proporzione alle quantità di imballaggi immessi sul mercato nazionale e che la pubblica amministrazione organizzi la raccolta differenziata»; l'art. 220 prevede che «i produttori e gli utilizzatori devono conseguire gli obiettivi finali di riciclaggio e recupero dei rifiuti di imballaggio», mentre l'art. 221, c. 1 dispone che «i produttori e gli utilizzatori sono responsabili della corretta ed efficace gestione ambientale degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio generati dal consumo dei propri prodotti». Si consideri, infine, che ai sensi dell'art. 221, ultimo c., d.lgs. n. 152/2006, ai sensi del quale «la restituzione di imballaggi usati o di rifiuti di imballaggio, ivi compreso il conferimento di rifiuti in raccolta differenziata, non deve comportare oneri economici per il consumatore».

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

costituire sistemi autonomi, anche in forma collettiva, per la gestione dei rifiuti generati dai propri imballaggi, sull'intero territorio nazionale; b) aderire al Conai e ad uno dei consorzi di filiera costituiti per legge; c) attestare sotto la propria responsabilità che è stato messo in atto un sistema autosufficiente di restituzione dei propri imballaggi.

La scelta tra queste opzioni, tuttavia, risulta fortemente condizionata dalla tipologia di imballaggio cui inerisce l'attività di ciascun operatore economico²².

Infatti, solo con riferimento ai rifiuti di imballaggio secondari e terziari (rifiuti speciali), la costituzione di sistemi autonomi rappresenta un'alternativa reale rispetto all'adesione al modello consortile previsto per legge, dal momento che tali rifiuti rimangono esterni al sistema pubblico di raccolta (salve le ipotesi di assimilazione²³).

²² Ai sensi dell'art. 218, c. 1, lettere b), c) e d), d.lgs. n. 152/2006, la categoria «imballaggi» si articola in tre diverse sottocategorie: «imballaggi per la vendita o imballaggi primari» (art. 218, c. 1, lettera b), «imballaggi multipli o imballaggi secondari» (art. 218, c. 1, lettera c), «imballaggi per il trasporto o imballaggi terziari» (art. 218, c. 1, lettera d).

I rifiuti di imballaggi primari sono generalmente rifiuti urbani ai sensi dell'articolo 184, c. 2, lettera a), d.lgs. n. 152/2006, mentre con riferimenti ai secondari, l'art. 226 c. 2, d.lgs. n. 152/2006 dispone che quelli «non restituiti all'utilizzatore dal commerciante al dettaglio possono essere conferiti al servizio pubblico di raccolta differenziata, ove la stessa non sia attivata nei limiti previsti dall'art. 221, c. 4», ovvero quelli di assimilazione. Lo stesso art. 226, c. 2, d.lgs. n. 152/2006 dispone, infine, che «è vietato immettere nel normale circuito di raccolta dei rifiuti urbani imballaggi terziari di qualsiasi natura». Sulla non assimilabilità degli imballaggi terziari. Sul punto si vedano le sentenze della Commissione Tributaria Regionale, Milano, Sez. XXX, del 26 maggio 2008; Cass. Civ. Sez. trib., 4 aprile 2012, n. 5377; Cass. Civ., Sez. trib., 18 gennaio 2012, n. 627. Si consideri infine quanto riportato nel provvedimento n. 25035 del 17 luglio 2014 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: «gli imballaggi primari e secondari assimilati, dopo l'uso, rientrano nella raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani, mentre gli imballaggi secondari non assimilati e terziari, una volta usati, sono raccolti direttamente presso le superfici private presso le quali essi si sono trasformati in rifiuti. (...) Le due forme di gestione dei rifiuti da imballaggi, il sistema consortile e i sistemi autonomi, appaiono essere in un rapporto di sostituibilità asimmetrica a seconda della tipologia di imballaggi considerata. Pertanto, la gestione dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggi urbani e quello dei rifiuti da imballaggi speciali formano due mercati separati».

²³ Il concetto di "assimilazione" nasce con la prima normativa sui rifiuti (d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915) e mira a consentire l'estensione del regime dei rifiuti urbani anche ai rifiuti speciali. I criteri per determinare l'assimilabilità dei rifiuti speciali agli urbani, inizialmente di competenza statale (Deliberazione del 27 luglio 1984 del Comitato interministeriale per i rifiuti), sono stati poi trasferiti alla competenza comunale (art. 60, d.lgs. 14 dicembre 1993, n. 507), per poi essere del tutto vanificati in ragione dell'assimilazione *ope legis* di tutti i rifiuti speciali agli urbani (art. 39 della legge 22 febbraio 1994, n. 146). Tale norma è stata abrogata (art. 17, c. 3, della legge 24 aprile 1998, n. 128) a seguito dell'entrata in vigore,

Nel caso dei rifiuti di imballaggio primari (rifiuti urbani), invece, la libertà di scelta resta per lo più relegata al piano teorico²⁴, poiché derivando

d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, che ha stabilito un regime di privativa a favore dei Comuni per la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati. Con l'entrata in vigore, d.lgs. n. 152/2006, si è disposta la competenza statale a definire i criteri di assimilabilità [art. 195, c. 2, lettera e), d.lgs. n. 152/2006], attuati a livello comunale ai sensi dell'art. 198, c. 2, lettera g), d.lgs. n. 152/2006. La l. 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 1, c. 184), ha inoltre disposto che «in materia di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, nelle more della completa attuazione delle disposizioni recate dal d.lgs. n. 152/2006 continuano ad applicarsi le disposizioni, d.lgs. n. 22/1997» ovvero gli indirizzi forniti con la deliberazione del Comitato interministeriale per i rifiuti del 27 luglio 1984. Molto importanti sono le conseguenze tariffarie derivanti dall'assimilazione, in quanto, ai sensi dell'art. 238, c. 10 del codice dell'ambiente ai rifiuti assimilati la tariffa si applica esclusivamente per le quantità conferite al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani, con un'eventuale riduzione in proporzione alle quantità dei rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato al recupero tramite soggetto diverso dal gestore dei rifiuti urbani. La legge n. 147/2013 (legge di Stabilità 2014) ha previsto, al c. 649 dell'articolo 1 che «per i produttori di rifiuti speciali assimilati agli urbani, nella determinazione della TARI, il comune, con proprio regolamento, può prevedere riduzioni della parte variabile proporzionali alle quantità che i produttori stessi dimostrino di avere avviato al recupero».

In dottrina sul punto v. C. Vivani, *In tema di assimilabilità dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, 5, 673; A. Pierobon, *Rifiuti assimilati agli urbani: gestire lo smaltimento nel passaggio TARSU-TIA*, in *Amb. e sicur.*, 2008, 15; A. Muratori, *L'assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani riveduta e corretta dal nuovo "correttivo"*, in *Amb. e svil.*, 2008, 4; S. Maglia, *Ancora in materia di assimilazione dei rifiuti speciali agli urbani*, cit..

²⁴ L'articolo 221, c. 3, infatti, prevede che i produttori possano scegliere una delle tre diverse opzioni "alternativamente" solo con riferimento agli obblighi di riciclaggio e recupero, nonché di ripresa degli imballaggi usati e alla raccolta dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari su superfici private. Con riferimento invece al ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato, il legislatore, al c. 2 del medesimo articolo 219 prevede l'obbligo di un «racordo con l'attività di raccolta differenziata organizzata dalle pubbliche amministrazioni» disponendo a tal fine che i produttori e gli utilizzatori «partecipano al Consorzio nazionale imballaggi, salvo il caso in cui venga adottato uno dei sistemi di cui al c. 3, lettere a) e c) del presente articolo». Come si legge nel provvedimento del 17 luglio 2014 con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge 287/1990 (par. 30) «nell'avvio a riciclo di rifiuti da imballaggi in plastica urbani, l'esistenza di un diritto di privativa in capo ai soggetti affidatari del servizio di gestione della raccolta differenziata rende l'organizzazione di un circuito di raccolta autonomo e alternativo a quello della differenziata svolta dal gestore del servizio pubblico, su cui si appoggia il sistema consortile, impossibile innanzitutto sotto il profilo giuridico. Anche l'ipotesi di organizzare una forma di ritiro degli imballaggi primari oggetto di un sistema autonomo e conferiti alla raccolta differenziata, data la dispersione degli stessi, appare estremamente antieconomica, dal momento che ciò comporterebbe un esborso significativo, probabilmente non dissimile dal pagamento del CAC, se non addirittura superiore, che andrebbe ad aggiungersi a quello neces-

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

essi da singole unità di vendita nella disponibilità ultima del consumatore, sono conferiti al sistema pubblico di raccolta differenziata, “organizzato” dai Comuni in regime di privativa²⁵.

L'esigenza di ritirare i rifiuti di imballaggio raccolti dai gestori pubblici, e compensare gli stessi degli extra-costi sostenuti, rende necessaria²⁶ una figura unica di “raccordo” (logistico ed economico) tra i produttori ed utilizzatori di imballaggi primari e le amministrazioni che svolgono le operazioni di raccolta differenziata dei rifiuti urbani.

Ciò ha fortemente inibito la possibilità, pur prevista per legge, che singoli operatori economici costituissero sistemi autonomi di gestione dei rifiuti generati dai propri imballaggi (in grado quindi di intercettarli su tutto il territorio nazionale), operanti a livello statale, ed in grado di interagire con tutti i gestori locali del servizio pubblico di raccolta²⁷.

Se a tale impossibilità fattuale si aggiunge la mancata adozione del decreto interministeriale che avrebbe dovuto disciplinare le modalità, i presupposti e gli effetti economici della costituzione dei sistemi autonomi²⁸, nonché l'incertezza circa la struttura individuale o collettiva di tali sistemi, ed infine la sopravvenuta soppressione del soggetto competente al riconoscimento degli stessi (Osservatorio nazionale sui rifiuti²⁹), è facile compren-

sario per organizzare autonomamente le altre fasi della filiera dell'avvio a riciclo (selezione e riciclo/recupero/smaltimento). Di conseguenza il sistema consortile rappresenta allo stato l'unica opzione *de facto* possibile per l'organizzazione dell'avvio a riciclo dei rifiuti di imballaggi urbani. Per converso, l'avvio a riciclo dei rifiuti di imballaggi (...) speciali può essere organizzato a partire dalla raccolta, che di per sé non è inclusa in un regime di privativa».

²⁵ Cfr. art. 221, c. 2, in cui si parla di raccolta differenziata “organizzata” dalle pubbliche amministrazioni; art. 222, c. 1, in cui si legge che la pubblica amministrazione deve “organizzare” i sistemi adeguati di raccolta differenziata; art. 219, c. 2, lettera a), in cui si prevede che la pubblica amministrazione “organizzi” la raccolta differenziata. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha precisato in più occasioni che la privativa non riguarda le operazioni di recupero, come si legge nella segnalazione AS550 del 1° luglio 2009, e AS696, Gestione dei rifiuti in Provincia di Macerata del 26 maggio 2010, e AS879 Regione Emilia Romagna – Servizio di Gestione dei Rifiuti nella Provincia di Parma del 15 settembre 2011; provvedimento dell'AGCM n. 24098 del 5 dicembre 2012, nel caso Akron (A444).

²⁶ La Direttiva 94/62/CE nulla dice in ordine ai possibili modelli organizzativi per la gestione di questa tipologia di rifiuti, salvo precisare, al considerando n. 18, che i sistemi istituiti dagli stati membri devono essere «aperti alla partecipazione di tutte le parti interessate e concepiti in modo da evitare discriminazioni tra i prodotti importati nonché ostacoli agli scambi o distorsioni della concorrenza».

²⁷ Cfr. art. 221, c. 5, d.lgs. n. 152/2006.

²⁸ Art. 265, c. 5, d.lgs. n. 152/2006, abrogato dal d.l. 1/2012, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

²⁹ La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6498, ha chiarito

dere le ragioni che per lungo tempo hanno reso il modello consortile obbligatorio esclusivo all'interno del mercato di riferimento. Quest'ultima circostanza non ha mancato di destare perplessità riguardo la compatibilità di questi consorzi con le regole di concorrenza, nonché dubbi circa la stessa esistenza di un mercato concorrenziale dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio primari.

L'esigenza di rispondere a tale ultimo interrogativo, sollevato in più occasioni dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha inoltre aperto un altro livello di indagine: quello inerente la natura giuridica (pubblica o privata) dei consorzi obbligatori di gestione dei rifiuti di imballaggio.

3. Il Conai e i consorzi di filiera per la gestione dei rifiuti di imballaggio

Il modello consortile ideato dal legislatore italiano ha trovato espressione in sei consorzi di filiera, aventi funzioni operative nei singoli mercati mono-materiale³⁰, e tutti congiuntamente coordinati dal Conai (Consorzio Nazionale Imballaggi)³¹.

che l'art. 9 del d.P.R. n. 140/2009, in quanto fonte regolamentare, non ha soppresso l'Osservatorio (previsto dall'art. 206-bis del codice dell'ambiente), ma ha previsto la cessazione dell'incarico in corso. Ad oggi le funzioni assegnate per legge al suddetto Osservatorio sono svolte dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, come previsto da un comunicato diramato dal medesimo Ministero in data 4 maggio 2012.

³⁰ I consorzi di filiera ad oggi esistenti sono il CNA (acciaio), CIAL (alluminio), COMIECO (carta), RILEGNO (legno), COREPLA (plastica), COREVE (vetro). L'intenzione originaria del legislatore era quella di creare singoli mercati concorrenziali per ogni materiale di imballaggio, all'interno dei quali consentire la nascita di una pluralità di consorzi retti da statuti conformi ad uno schema-tipo adottato con decreto ministeriale, ed operanti secondo le regole di concorrenza sotto il coordinamento unico del Conai. Con il d.lgs. n. 4/2008 si è affermata espressamente l'unicità ed esclusività dei consorzi per ciascun materiale di imballaggio; infatti ai sensi dell'articolo 223, c. 1, d.lgs. n. 152/2006 «i produttori che non provvedono ai sensi dell'articolo 221, c. 3, lettere a) e c), costituiscono un Consorzio per ciascun materiale di imballaggio di cui all'allegato E alla parte quarta del presente decreto, operante su tutto il territorio nazionale». Il CNA e il CIAL costituiscono l'unica eccezione al principio dell'unicità per filiera mono-materiale, poiché operano entrambi nella filiera del metallo, il primo per gli imballaggi in acciaio, il secondo per quelli in alluminio. Per un commento in senso critico si veda F. Peres, *Rifiuti: tra novità e sviste ridisegnato il profilo normativo*, in *Amb. e Sicurezza*, 2008, 5.

³¹ Il Consorzio Nazionale Imballaggi è nato con il d.lgs. n. 22/1997, sulle ceneri dei consorzi obbligatori di riciclaggio istituiti dalla legge 9 novembre 1988, n. 475 è oggi rego-

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

Il compito di tali consorzi è di garantire il corretto svolgimento di tutte le operazioni di gestione dei rifiuti di imballaggio, a partire dal ritiro dei primari dalle piattaforme comunali e dalla ripresa dei secondari e terziari dalle superfici private, fino ad arrivare all'avvio di tali rifiuti al recupero o al riciclaggio, mediante assegnazione alle imprese del trattamento, selezionate attraverso aste telematiche.

I costi di queste operazioni ed i maggiori oneri sostenuti dai gestori pubblici per la raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio primari e assimilati, sono sostenuti dai consorziati (produttori ed utilizzatori) mediante il pagamento, per ciascun imballaggio immesso al consumo, di un contributo ambientale (cd. Cac).

Il contributo è determinato in proporzione alla quantità, al peso ed alla tipologia dell'imballaggio (al netto della quantità di imballaggi riutilizzati nell'anno precedente)³², viene corrisposto al momento della cd. "prima cessione"³³, ed è indicato nelle fatture successive fino alla vendita al consumatore finale, che in ultimo ne sostiene l'onere.

lato dalle norme del codice civile (artt. 2602 e ss., richiamati espressamente dallo statuto del Conai) e dall'articolo 224, d.lgs. n. 152/2006, oltre che dal suo Statuto e Regolamento. Il Conai è composto da più di 1.450.000 aziende associate e costituisce il più grande consorzio tra imprese a livello europeo.

³² Il contributo viene riscosso dal Conai, ed è quantificato, da ogni produttore, moltiplicando il numero di tonnellate di imballaggi dallo stesse immesse al consumo nell'anno di riferimento, per un coefficiente determinato nel Regolamento Conai "sulla base dei costi concretamente sostenuti e giustificati alla luce dei criteri statuari di economicità ed efficienza". I contributi vengono in via prioritaria destinati a compensare gli enti locali dei maggiori oneri sostenuti per la raccolta differenziata (secondo quanto previsto nell'accordo Anci-Conai e convenzioni integrative); in via accessoria sono destinati all'organizzazione dei sistemi di raccolta, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari (art. 224, c. 8, d.lgs. n. 152/2006), residualmente ripartiti tra i consorzi di filiera anche in ragione di logiche premiali e incentivanti (art. 224, c. 3, lettera e), d.lgs. n. 152/2006) e trattenuti annualmente dal Conai per lo svolgimento delle sue funzioni. Tali somme sono sottoposte ad un vincolo di destinazione, tanto che il consorziato percettore (ovvero colui che acquista un imballaggio o materiale di imballaggio con riferimento al quale il contributo è stato già assolto dal suo dante causa) non diventa mai titolare di quelle somme, ma ne ha la sola "disponibilità precaria" [art. 14, c. 1, lettera f) dello Statuto del Conai].

³³ Il pagamento del contributo avviene al momento della cd. "prima cessione", ovvero al primo trasferimento, anche temporaneo e a qualunque titolo disposto nel territorio nazionale, dell'imballaggio dall'ultimo operatore della catena di produzione al primo utilizzatore. Il meccanismo di pagamento avviene secondo un metodo facoltativo tra il *visible fee* e il non *visible fee*, in quanto «le somme dovute da ciascun consorziato sono sempre prelevate sulla base di una specifica indicazione in fattura dell'ammontare del contributo ambientale Conai dovuto e della tipologia del materiale di imballaggio oggetto della cessione» [art. 14, c. 1, lettera c) dello Statuto del Conai]. In occasione delle cessioni successive alla prima, ad

La necessità di riscuotere il contributo, determinato sulla base di coefficienti unitari di calcolo, e di ripartirlo tra i consorzi di filiera per destinarlo alle finalità di legge, ha reso indispensabile una figura sovraordinata ai consorzi di filiera, di coordinamento degli stessi: il Conai.

Tale “consorzio di consorzi”, ricopre un ruolo di «programmazione» generale del settore e di «coordinamento»³⁴ dei consorzi di filiera, non solo nei rapporti di questi con i consorziati (relativamente alla riscossione e ripartizione del contributo), ma anche con l'amministrazione centrale (*i.e.* il Ministero dell'ambiente, cui vengono trasmessi annualmente il programma generale e, il piano specifico di prevenzione e gestione, la relazione generale consuntiva³⁵), e con l'amministrazione periferica (mediante la stipula dell'accordo Anci-Conai³⁶).

Pur essendo costituito da soggetti giuridici autonomi e indipendenti, il sistema Conai-consorzi di filiera opera in forma integrata e si presenta strutturalmente e funzionalmente così omogeneo, da permettere, in questa sede, considerazioni unitarie.

esclusione di quella ai consumatori finali (che dunque non conoscono l'ammontare del contributo pagato per ogni imballaggio che acquistano), il cedente può indicare nella fattura l'ammontare del contributo applicato oppure la dicitura «contributo ambientale Conai as-solto». Il sistema, in particolare, prevede che i produttori effettuino la vendita dell'imballaggi emettendo fattura per un importo comprensivo anche dell'ammontare del contributo ambientale, dichiarando poi al Conai i quantitativi di imballaggi ceduti o importanti nel territorio nazionale, in modo che il Conai possa a sua volta emettere fattura ai produttori per l'importo dei contributi prelevati e dovuti sulla base delle dichiarazioni. Le somme corrispondenti ai contributi devono essere versate dall'impresa al Conai entro novanta giorni dal termine di liquidazione dell'i.v.a. [art. 14, c. 1, lett. e), dello Statuto Conai].

³⁴ Cfr. art. 224, c. 3, lett. e) ed f), del codice dell'ambiente. Il consorzio esercita funzioni di «indirizzo e garanzia del necessario raccordo tra le amministrazioni pubbliche, i consorzi di filiera e gli altri operatori economici».

³⁵ Cfr. art. 220, c. 2; art. 224, c. 3, lett. c); art. 225, d.lgs. n. 152/2006.

³⁶ Cfr. art. 224, c. 5, d.lgs. n. 152/2006 e art. 3, c. 3, Statuto del Conai. L'accordo Anci-Conai oggi vigente è stato stipulato nel 2014. L'adesione all'accordo Anci-Conai non costituisce un obbligo per i Comuni, che rimangono liberi di non destinare al flusso consortile gli imballaggi raccolti ed eventualmente gestirli direttamente, oppure collocarli sul mercato dei recuperatori e riciclatori. Al fine di incentivare il miglioramento della qualità della raccolta differenziata, il corrispettivo pagato dai consorzi ai Comuni varia in considerazione del grado di impurità della frazione raccolta: quanto più essa è contaminata dalla presenza di frazioni estranee, tanto minore sarà il corrispettivo riconosciuto dal Conai all'ente locale, sino ad arrivare a prevedere, in casi estremi, la possibilità che il consorzio di filiera respinga l'intero carico conferito. Ad integrazione di tale accordo ogni consorzio di filiera può stipulare ulteriori convenzioni con i singoli Comuni, per definire i bacini di raccolta o precisare le modalità operative, anche in relazione alle peculiarità del servizio locale (raccolta mono-materiale o multi-materiale, porta a porta o in centri pubblici di conferimento, ecc.).

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

In entrambe le ipotesi, ci si trova dinanzi a consorzi obbligatori di diritto privato, nati come strumento di “integrazione delle economie dei singoli consorziati”, ai fini dello svolgimento in forma collettiva di “determinate fasi delle rispettive imprese”³⁷, in coerenza col modello definito nel codice civile (art. 2602 e ss. e 2616 e ss. c.c.)³⁸.

L’elemento di peculiarità risiede, in questo caso, nel carattere doveroso di tali attività, che non scaturiscono dalla libera iniziativa imprenditoriale,

³⁷ Cfr. art. 2602 c.c..

³⁸ Ai sensi dell’art. 2602 c.c. «Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un’organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese». Ciò che distingue i consorzi dalle società è la preesistenza della comunione di interessi, non artificialmente generata tramite la costituzione del consorzio, ma dallo stesso semplicemente formalizzata e resa prioritaria rispetto agli interessi individuali dei consorziati. Il contratto di consorzio appartiene alla categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo in quanto, attraverso i consorzi si garantisce ai partecipanti una più forte presenza sul mercato di quella che avrebbero operando individualmente, e al tempo stesso si attenua la competitività tra i partecipanti allo stesso consorzio (cfr. Cass. Civ. 9 luglio 1993 n. 7567, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1144). I consorzi mirano infatti, a soddisfare interessi comuni a più imprenditori e perseguono finalità relative sia alla regolazione della concorrenza sia all’incremento e miglioramento della produzione (v. G. Ferri, *Consorzio (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1970, 371). L’eterogeneità delle strutture consortili disciplinate dal legislatore ha impedito una ricostruzione sistematica dell’istituto, inducendo autorevole dottrina ad affermare che «è comunemente riconosciuto che la figura giuridica in oggetto è tra quelle su cui la dottrina non ha ancora raggiunto un minimo di accordo, tanto che costituisce problema insoluto quello di darle una definizione» (così G. Stancanelli introduce la voce enciclopedica “*Consorzi amministrativi*” sul *Novissimo Digesto Italiano*). M.S. Giannini (in *Diritto amministrativo*, I, cit.) dubitava della possibilità di dare una ricostruzione unitaria a fenomeni così eterogenei, ritenendo possibile una semplice ricostruzione in negativo di tali figure soggettive come modelli diversi dalle associazioni, dalle società, dagli ordinamenti sezionali e dagli enti associativi esponenziali di ordinamenti.

Per un approfondimento del tema si rinvia a T. Ascarelli, *Note preliminari sulle intese industriali (cartelli e consorzi)*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1933; Id., *Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 330; Id., *La liceità dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 258; Id., *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, I, 439; Id., *Consorzi volontari tra imprenditori*, Milano, Giuffrè, 1937; R. Franceschelli, *I consorzi industriali*, Padova, Cedam, 1939; G. Auletta, *Consorzi commerciali*, in *Nuovo dig. It.*, III, Torino, Giappichelli, 1938, 953 ss.; F. Cernelutti, *Natura giuridica dei consorzi industriali*, in *Riv. dir. comm.*, 1939; F. Milani, *Contributo alla teoria dei consorzi nello stato corporativo*, Milano, Giuffrè, 1942; M. Ghiron, *La concorrenza e i consorzi*, in F. Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1954; A. Frignani, *Concorrenza e consorzi in Italia: dieci anni di dibattiti e di disegni di legge*, in *Giur. Comm.*, 1976, I, 542; G. Rossi, *Enti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, Padova, Cedam, 1990, 3 ss.; Id., *Enti pubblici associativi*, cit., 158; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 115.

ma sono oggetto di specifici obblighi di legge³⁹, e per questo assimilabili all'agire *lato sensu* amministrativo.

La doverosità delle attività consortili, spiegabile alla luce della funzionalizzazione al soddisfacimento dell'interesse pubblico, è idonea inoltre a giustificare la previsione di misure di controllo e vigilanza esercitate dagli apparati ministeriali (*i.e.* Ministero dell'ambiente e Ministero dello sviluppo economico) sulle fonti disciplinari interne dei consorzi (Statuto e Regolamento⁴⁰), sugli organi consortili (relativamente alla composizione e al po-

³⁹ Non si tratta di un fenomeno atipico, in quanto, come testimoniato da risalente benché autorevole dottrina, «la costituzione del consorzio anziché essere rimessa alla libera determinazione degli interessati è, in talune ipotesi, obbligatoriamente imposta e perché in altre ipotesi sia coattivamente realizzata la partecipazione al consorzio». Infatti, «la costituzione del consorzio può, in determinati casi rappresentare l'unico mezzo per risolvere i problemi dipendenti da una situazione comune a più persone e che assumono un rilievo determinante non soltanto nell'interesse dei singoli, ma anche in quello della collettività. In tali ipotesi, non potendosi far dipendere esclusivamente dalla volontà dei singoli la risoluzione di questi problemi, la costituzione di un consorzio si prevede come obbligatoria. In altre ipotesi si lascia all'iniziativa privata degli interessati la risoluzione dei loro problemi, ma si prevede, di fronte alla inscindibilità dei vantaggi che derivano dall'azione del consorzio a favore di tutti coloro che si trovano nella stessa situazione obiettiva, una partecipazione coattiva al consorzio dei singoli interessati, in modo che su tutti ricadano proporzionalmente gli oneri, che debbono essere sostenuti per la realizzazione dell'interesse comune. Si spiega così quella tripartizione che è caratteristica dei consorzi e che non si riscontra nelle altre associazioni, in consorzi volontari, consorzi obbligatori e consorzi coattivi che è riscontrabile nel nostro ordinamento» (G. Ferri, *Consorzio* (voce enciclopedica), in *Enc. del diritto*).

⁴⁰ Con riguardo alle fonti disciplinari interne (Statuto e Regolamento) il controllo ha carattere preventivo ed è esercitato dal Ministero dell'ambiente e da quello dello sviluppo economico. Ai sensi dell'articolo 224, c. 2, d.lgs. n. 152/2006, lo statuto del Conai è approvato, su proposta dello stesso consorzio, con decreto interministeriale, mentre ai sensi dell'articolo 223, c. 2 lo statuto dei consorzi di filiera è approvato con decreto del Ministero dell'ambiente, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, in conformità ad uno statuto-tipo, a sua volta approvato con decreto interministeriale (D.m. 26 aprile 2013). Con riferimento a questa forma di controllo pubblico e di limitazione dell'autonomia statutaria, occorre sottolineare che attenta dottrina ha osservato che «non sempre è vero che l'ampiezza della potestà statutaria è in relazione al grado di autonomia di ciascun ente rispetto allo Stato», dal momento che il carattere variegato delle possibili combinazioni che la realtà può offrire porta a scindere il profilo dell'indipendenza operativa da quello dell'autonomia statutaria e a ritenere che la relativa problematica possa suscitare più un interesse storico che giuridico (G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., 235). Peraltro, la giurisprudenza ha affermato che «compatibile con la natura privatistica è la previsione dell'approvazione dello Statuto da parte del Ministro dell'ambiente e del Ministro dell'industria, finalizzata alla mera verifica della conformità dell'oggetto consortile ai requisiti previsti dalla legge e non accompagnata da alcuna forma di potestà di indirizzo e direzione» (T.A.R. Emilia Romagna, Sez. II, 16 ottobre 2002, n. 1516). Il regolamento del Conai è invece sottoposto al solo controllo preventivo da parte

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

tere ministeriale di scioglimento anticipato⁴¹), e sull'attività (mediante l'acquisizione di programmi preventivi e relazioni consuntive⁴²).

Attraverso questo complesso e articolato modello organizzativo il legislatore ha inteso superare l'altrimenti inevitabile intervento autoritativo della pubblica amministrazione⁴³, creando un soggetto composito in cui «la

dei due ministeri, ai quali deve essere trasmesso prima dell'approvazione al fine di consentire eventuali richieste di modifica o integrazione (cfr. art. 30 dello Statuto Conai).

⁴¹ Nel Conai, sia il Consiglio di amministrazione che il Collegio dei sindaci prevedono la presenza di un componente di nomina ministeriale; così come lo statuto tipo dei consorzi di filiera ha previsto la presenza di un componente di nomina ministeriale nel Consiglio di amministrazione (art. 12 del D.m. 26 aprile 2013) e nel Collegio sindacale (art. 15 del D.m. 26 aprile 2013).

Con riferimento al potere di scioglimento anticipato, ai sensi dell'art. 32 dello Statuto Conai, il Ministero dell'ambiente e dello sviluppo economico possono disporre altresì lo scioglimento di uno o più organi del consorzio o la nomina di un commissario incaricato della gestione straordinaria del consorzio ove constatino gravi irregolarità nella gestione del Consorzio o l'impossibilità di normale funzionamento degli organi consortili.

⁴² Con cadenza annuale, ai sensi dell'articolo 225, d.lgs. n. 152/2006, il Conai trasmette al Ministero dell'ambiente un Programma generale di prevenzione e gestione recante gli obiettivi di lungo periodo, corredato da documenti di programmazione e pianificazione di breve termine, nonché una relazione consuntiva in cui si dà conto degli obiettivi raggiunti nell'anno solare precedente. Gli obiettivi contenuti in questi documenti hanno valenza nazionale, e sono quindi elaborati sulla base delle informazioni contenute nei Programmi specifici di prevenzione inviati dai sistemi autonomi e nei Programmi pluriennali adottati da ogni consorzio di filiera interno al Conai. Parte integrante del Programma generale di gestione è il Piano specifico di prevenzione e gestione relativo all'anno solare successivo, trasmesso annualmente (entro il 30 novembre) all'Osservatorio nazionale sui rifiuti (*recte*: Ministero dell'ambiente) e volto a consentire l'aggiustamento annuale degli obiettivi inizialmente fissati su scala quinquennale. Ai sensi dell'articolo 225, c. 4, d.lgs. n. 152/2006 il Programma generale di prevenzione e gestione viene approvato con decreto del Ministero dell'ambiente e del Ministero dello sviluppo economico, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e regioni e l'Anci, con un eventuale potere sostitutivo dei medesimi ministeri in caso di mancata adozione (art. 225, c. 5, d.lgs. n. 152/2006).

Il controllo *ex post* sul conseguimento degli obiettivi programmati è invece realizzato mediante la Relazione generale consuntiva trasmessa annualmente (entro il 30 giugno) dal Conai al Ministero dell'ambiente (art. 225, c. 4) e la comunicazione annuale al Catasto dei rifiuti dei dati inerenti le attività di recupero degli imballaggi complessivamente apprestate nel nostro paese (art. 220, c. 2, d.lgs. n. 152/2006). A ben vedere, considerando che le attività di programmazione e pianificazione prendono in considerazione i dati derivanti dall'attività svolta da tutti i sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio, compresi quelli autonomi, non si può che ritenere che la funzione di controllo sia esercitata nei confronti del Conai, bensì sull'intero sistema nazionale di gestione degli imballaggio e si giustifica in considerazione del vincolo di risultato inerente il raggiungimento di obiettivi di recupero imposti a livello europeo (art. 220, d.lgs. n. 152/2006).

⁴³ Cfr. indagine conoscitiva (IC26) avviata dall'Autorità garante della concorrenza e

cura dell'interesse settoriale "pubblico" [viene] attribuita o riconosciuta allo stesso gruppo di "privati" portatori dell'interesse», con la conseguenza che «il pubblico e il privato si confondono e resta difficile spiegare con gli strumenti tradizionali la ragion d'essere e le caratteristiche di queste figure»⁴⁴.

La natura incerta di tali soggetti ha determinato l'instabilità del quadro giuridico di riferimento, piegando di frequente le vicende legislative inerenti il settore in esame alle esigenze estemporanee dettate dai rilievi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e del giudice amministrativo, per poi ristabilire in tempi brevi, non senza pressioni da parte degli *stakeholders* coinvolti, l'assetto normativo antecedente⁴⁵. Ne è derivato è uno scenario di continuo cambiamento, che però, in assenza di una chiara visione prospettica, ha favorito distorsioni applicative della disciplina di riferimento⁴⁶.

del mercato nel 2005 e conclusa nel 2008. Questa precisazione richiama alla mente uno dei due elementi individuati da M.S. Giannini al fine di qualificare come pubblica l'attività dei soggetti non appartenenti agli apparati amministrativi, ovvero la necessarietà. La ricorrenza di tale requisito è provata in tutti quei casi in cui l'attività svolta da tali soggetti, in mancanza degli stessi, dovrebbe essere assunta dallo Stato.

⁴⁴ Cfr. O. Ranelli, per cui sono pubbliche «tutte le persone giuridiche, destinate a soddisfare interessi pubblici e che lo Stato considera attive anche nel proprio interesse, in quanto per mezzo di esse mira a raggiungere scopi che sono anche suoi» (O. Ranelli, *Il concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, 1916, ora in *Scritti giuridici scelti*, 86). Per alcune osservazioni si legga anche A. Sandulli, *Santi Romano, Orlando, Ranelli e Donati sull'«eclissi dello Stato» sei scritti di inizio secolo XX*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 1, 77 ss.

Il Conai sembrerebbe collocarsi in una zona grigia tra pubblico e privato, che «non sta in mezzo ai due immutati termini di riferimento, ma che tende ad alterare i criteri della distinzione tra questi», come in G. Rossi, *Enti pubblici associativi*, Napoli, Jovene, 1979, 12. Si vedano, tra gli altri, anche U. Forti, *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937; F. Piga, *Pubblico e privato nella dinamica delle istituzioni*, Milano, Giuffrè, 1985; C. Meoli, *La convergenza tra pubblico e privato nell'Amministrazione italiana*, Firenze, Nocchioli Editore, 1992; G. Berti, *Introduzione*, in *Pubblica amministrazione e modelli pubblicistici* (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1993, 15; S. Cassese, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 329; Id., *Poteri indipendenti, Stati e relazioni industriali*, in *Foro it.*, 1996, V, 8; C. Franchini, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 237; F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; Id., *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *Dir. amm.*, 2000, 2, 241 ss.

⁴⁵ V. par. 4, *infra*.

⁴⁶ V. par. 5, *infra*. Cfr. resoconto stenografico dell'audizione del Ministro dell'ambiente On. Gianluca Galletti dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, 16 ottobre 2014, in cui si legge che «Il consolidamento di tali consorzi ha rivelato nel tempo profili di efficienza del loro operato in termini di raggiungimento degli obiettivi di riciclaggio per frazioni omogenee di rifiuti, ma, al tempo stesso, ha anche consentito il radicarsi di alcuni profili di inefficienza organizzativa che sono oggigiorno la causa di diseconomia del sistema».

4. Evoluzione normativa e profili concorrenziali del modello consortile obbligatorio

Le tormentate vicende legislative che hanno riguardato gli articoli 217 e ss. del d.lgs. n. 152/2006⁴⁷, ed ancor prima gli artt. 34 e ss. del d.lgs. n. 22/1997 (recanti la disciplina della gestione degli imballaggi), hanno avuto quasi esclusivamente origine dai rilievi critici mossi da più parti con riguardo al rapporto tra il modello consortile obbligatorio e le regole di concorrenza.

Già prima dell'entrata in vigore del cd. decreto Ronchi (d.lgs. n. 22/1997), norma con cui la disciplina in esame ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, l'Antitrust aveva contestato l'esistenza di fallimenti di mercato tali da giustificare l'obbligatorietà di un sistema consortile unico, come previsto invece nel progetto legislativo originario⁴⁸.

⁴⁷ Sugli articoli 217 e ss. del codice dell'ambiente si è altresì pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 247 del 24 luglio 2009, nella quale il giudice delle leggi ha respinto le censure mosse nei confronti delle norme sulla gestione degli imballaggi contenute nel codice dell'ambiente, affermando che l'aver previsto un unico consorzio operante su tutto il territorio nazionale e disciplinato con legge statale non costituisca violazione né delle competenze legislative regionali (art. 117 Cost.), né del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.). Sotto il primo profilo, infatti, la Corte ha precisato che si tratti di «materia specificamente assegnata alla competenza legislativa statale esclusiva in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», mentre con riferimento al principio di sussidiarietà, ha ritenuto che «la scelta di attribuire a consorzi nazionali le funzioni amministrative trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale».

⁴⁸ Cfr. AGCM, Segnalazione AS80 del 28 novembre 1996 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro dell'ambiente e Presidente della Commissione Ambiente della Camera dei Deputati, «*Recepimento direttive comunitarie in materia di rifiuti*», in cui si legge che «Il delicato equilibrio che si pone fra la tutela degli interessi generali connessi alla salubrità del territorio e, in ultima analisi, alla salute dei cittadini e la tutela della libertà di esercizio dell'attività economica nei mercati coinvolti dalle attività di raccolta e smaltimento di rifiuti, è stato oggetto di attenta considerazione da parte del legislatore comunitario il quale, pur ammettendo deroghe, soprattutto in tema di circolazione dei rifiuti, alla libera esplicazione delle dinamiche concorrenziali, ha ribadito, comunque, la centralità della tutela delle leggi di mercato, assumendo che proprio queste ultime possono indurre gli operatori ad effettuare in modo più efficiente i vari servizi di raccolta e smaltimento (...). Appare più conforme ai principi di tutela del mercato, che la direttiva comunitaria ha comunque inteso riaffermare, che le imprese su cui gravano gli obblighi di riciclaggio possano scegliere se organizzare autonomamente i propri sistemi di smaltimento, rivolgendosi ad apposite imprese raccogliatrici, ovvero consorziarsi con altre imprese produttrici di rifiuti per beneficiare di

Adeguandosi a tali riserve, la formulazione definitiva del d.lgs. n. 22/1997 affiancava all'adesione al Conai due soluzioni alternative, la cui concreta praticabilità era però limitata ai primi sei mesi dall'entrata in vigore della norma stessa, e dunque di fatto assai effimera⁴⁹.

Ed infatti il T.A.R. Lazio, nella sentenza n. 2214/1999, coglieva la natura sostanziale delle funzioni attribuite al Conai per qualificarlo come «organo indiretto della pubblica amministrazione a guisa di concessionario *ex lege* di pubbliche funzioni»⁵⁰, ravvisando nei suoi atti dei veri e propri provvedimenti amministrativi.

Anche dopo il riconoscimento esplicito della personalità giuridica privata del Conai⁵¹, la giurisprudenza continuava a riconoscere allo stesso il ruolo di *longa manus* dello Stato, come strumento utilizzato per «esternalizzare il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, creando soggetti di diritto privato incaricati della loro gestione e smaltimento, anziché gestire tale servizio in proprio»⁵².

Tuttavia la forma giuridica privata del Conai appariva mal conciliabile con le funzioni pubblicistiche svolte, peraltro in condizioni di esclusività a livello nazionale, tanto che nel 2006, alla vigilia dell'adozione del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006), la Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti auspicava «una graduale trasformazione degli attuali

eventuali economie di gamma, dato peraltro che proprio la libera iniziativa delle singole imprese appare sicuramente strumento più adeguato ed agile rispetto ad una struttura a partecipazione obbligatoria, di dimensione nazionale, che non potrà tenere conto né della particolare efficacia di servizi offerti in specifiche realtà locali né della particolare capacità di singoli soggetti produttori, ad assolvere, in modo conveniente, ai propri obblighi di riciclaggio». Per questo, ritenendo le dinamiche concorrenziali sufficienti a garantire l'efficienza del sistema, l'Autorità affermava che la previsione di consorzi obbligatori avrebbe determinato «ingiustificate barriere all'ingresso nello svolgimento non solo delle attività oggetto di esclusiva, ma anche nella contigua e libera attività della raccolta dei rifiuti riciclabili presso i locali privati delle imprese».

⁴⁹ Cfr. art. 38, c. 3, d.lgs. n. 22/1997. In senso critico nei confronti di tale limite temporale si veda L. Arnaudo, G.M. Pietropaolo, *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili di rifiuti in Italia*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2011, 1, 1, 180.

⁵⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 18 novembre 1999, n. 2214.

⁵¹ Avvenuto con l'art. 10, c. 2, l. n. 93/2001 di modifica dell'art. 41, c. 6, d.lgs. n. 22/1997, e successivamente reiterato nell'art. 221, d.lgs. n. 152/2006.

⁵² Tribunale di Monza, n. 730, del 2 marzo 2004. Nella sentenza si legge, ancora, che «in materia di imballaggi, il legislatore ha previsto la costituzione di un superconsorzio (il Conai), cui partecipano obbligatoriamente i soggetti che si rendono responsabili dell'immissione di imballaggi sul mercato, prevedendo un meccanismo di finanziamento del consorzio e degli altri organismi associativi tramite imposizione a ciascun operatore della filiera produttiva di un contributo ambientale».

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

consorzi da obbligatori in volontari», al fine di porre rimedio all'inaccettabile «posizione monopolistica» degli stessi⁵³.

La prima versione del codice dell'ambiente⁵⁴, diversamente dalla previgente disciplina, consentiva infatti la costituzione di sistemi autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio senza alcun limite di tempo, ed «anche in forma associata» (non più solo individuale come previsto nel d.lgs. n. 22/1997), purché operanti «su tutto il territorio nazionale».

L'intento di creare tanti mercati concorrenziali dei sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio quante erano le filiere mono-materiale degli stessi, veniva però frustrato di lì a poco, da un lato a causa dell'abolizione dell'autorità competente ad autorizzare i sistemi di gestione alternativi (disposta con il d.lgs. n. 284/2006)⁵⁵, dall'altro a mezzo del ritorno alla forma esclusivamente individuale degli stessi, dovuto all'eliminazione dell'inciso «anche in forma associata» (disposta con il d.lgs. n. 4/2008)⁵⁶.

⁵³ Cfr. 44 della Relazione finale della Commissione parlamentare d'inchiesta presentata il 15 febbraio 2006: «deve costituire, pertanto, motivo di adeguato approfondimento, sia a livello legislativo che imprenditoriale, l'eventualità di una graduale trasformazione degli attuali consorzi da obbligatori in volontari, per un verso aprendo l'esperienza consortile ai beneficiari della concorrenza e, per altro, facendo attenzione a che ciò non comporti facili scorciatoie fondate sull'impropria quanto perniciosa equivalenza tra volontarietà e riduzione dei costi di sostenibilità ambientale».

⁵⁴ Con riguardo alla possibilità di qualificare il d.lgs. n. 152/2006 come “codice” in passato vi è stato un ampio dibattito dottrinario. I sostenitori della tesi negativa, adducevano motivazioni dovute prevalentemente all'assenza in esso di una parte preliminare dedicata ai principi fondamentali della materia, considerandolo come un testo unico comprensivo delle principali discipline settoriali ma privo di alcun intento di sistematizzazione. Con la riforma di cui al d.lgs. n. 4/2008, invece, la prima parte, d.lgs. n. 152/2006 è stata corredata da una serie di articoli (artt. da 3-bis a 3-sexies) dedicati ai principi generali applicabili anche nei settori specificamente disciplinati nel *corpus* normativo, destituendo di fondamento la suddetta obiezione e legittimando la qualificazione, d.lgs. n. 152/2006 come “codice dell'ambiente”. Per alcuni approfondimenti si vedano F. Giampietro, *Né testo unico né codice dell'ambiente... ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in *Amb. e svil.*, 2006, 4; F. Fonderico, *La muraglia e i libri: legge delega, testo unico e codificazione del diritto ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 3; Id., *La codificazione del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 2; Id., *L'evoluzione della legislazione ambientale*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2; Id., *Corte Costituzionale e codice dell'ambiente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 4; M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1; F. Fracchia, *Codification and the environment*, in *Italian Journal of public law*, 2009, 1; A. Celotto, *Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in *www.giustamm.it*; G. Amendola, *Il nuovo Testo Unico Ambientale. Prime osservazioni*, in <http://www.dirittoambiente.net>.

⁵⁵ Tale autorità era originariamente l'AVRIR-Autorità di Vigilanza sulle Risorse Idriche e i Rifiuti. Cfr. AGCM (IC 26), avviata dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato con il provvedimento n. 14162 del 22 marzo 2005, par. 62.

⁵⁶ Cfr. art. 221, c. 3, lett. a), d.lgs. n. 152/2006.

In sintesi, il *favor* normativo per l'adesione dei produttori ed utilizzatori di imballaggi al sistema Conai-consorzi di filiera, che emerge sin dalle origini della disciplina, ha ostacolato nel tempo ogni soluzione alternativa, benchè formalmente prevista dalla legge, consentendo il progressivo consolidamento di un vero e proprio monopolio di fatto del sistema in discorso⁵⁷.

L'andamento ondivago delle riforme normative, e l'assenza di una chiara visione d'insieme è stato esso stesso, peraltro, oggetto di critiche da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che non ha mancato di sottolineare che «una simile evoluzione della disciplina vada considerata tra i principali elementi di disagio e disturbo operativo del settore, suscettibile di pregiudicare le prospettive di sviluppo delle industrie interessate»⁵⁸.

L'ultimo intervento legislativo risale, infine, al cd. decreto "Crescitalia" (d.l. 1/2012, art. 26), che ha avuto il merito di restituire credibilità alla possibilità di costituire sistemi autonomi di gestione: è stato infatti reintrodotta l'inciso «anche in forma collettiva», si è disposta l'abrogazione del rinvio ad un decreto ministeriale per la definizione delle modalità di riconoscimento dei sistemi autonomi⁵⁹, e si è eliminato il parere vincolante del Conai nel corso del medesimo procedimento di riconoscimento⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. Cassa Depositi e Prestiti, studio n. 05, Febbraio 2014, 90. Si consideri ad esempio, come osservato dall'AGCM nell'AS80, il sistema "sanzionatorio" consistente in misure di carattere economico conseguenti al mancato raggiungimento degli obiettivi complessivi di riciclaggio e recupero ed estese indistintamente a tutti gli operatori della filiera. Tali misure sarebbero ricadute anche «sul singolo produttore che, al di fuori dell'organizzazione consortile, [avesse rispettato] gli obblighi percentuali di riciclaggio. (...) La conseguenza del sistema degli obiettivi globali fissati per i consorzi obbligatori è che il singolo produttore preferirà sempre provvedere alla raccolta differenziata dei propri rifiuti utilizzando le strutture del consorzio obbligatorio, non avendo alcun interesse a perseguire in via autonoma obiettivi di riciclaggio la cui domanda sia soddisfatta da operatori indipendenti».

⁵⁸ Cfr. provvedimento n. 14162 del 22 marzo 2005 di avvio dell'indagine conoscitiva IC26, volta ad approfondire «la conoscenza del settore dei rifiuti di imballaggio», conclusasi il 3 luglio 2008, con provvedimento n. 18585. L'Autorità parla di «sconfortante sotto il profilo della chiarezza del diritto» (5 IC26), precisando che «le modifiche normative susseguitesi nel tempo non hanno contribuito a sciogliere, in alcuni casi addirittura vanificando precedenti interventi del legislatore volti a introdurre un grado maggiore di concorrenza o a porre sotto controllo prassi suscettibili di determinare rilevanti compressioni del confronto concorrenziale» (par. 73).

⁵⁹ L'art. 26, d.l. n. 1/2012 ha disposto l'abrogazione dell'art. 265, c. 5, d.lgs. n. 152/2006, contenente quel rinvio.

⁶⁰ Come si legge nella relazione illustrativa al d.l. n. 1/2012, l'obiettivo perseguito è quello di «assicurare che i nuovi mercati creati nel settore del recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio siano aperti alla concorrenza (...) per consentire ai produttori di orga-

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

Sul solco tracciato dalla riforma del 2012, si sono, significativamente, collocate l'attività decisoria del giudice amministrativo e quella provvedimento del Ministero dell'ambiente⁶¹.

Sul piano giurisprudenziale, interessante è la sentenza del Tar Lazio, n. 1136, del 2 febbraio 2012 (confermata poi anche in grado d'appello nel 2013⁶²), alla quale si deve il primo inquadramento giuridico del rapporto intercorrente tra sistema obbligatorio e sistemi autonomi, in termini di «massima attuazione degli obiettivi di diritto comunitario», tra i quali figurano «oltre alla tutela ambientale, anche i principi di concorrenza e non discriminazione nel funzionamento del mercato»⁶³.

In tal senso, a parere del giudice amministrativo, la possibilità per gli operatori economici di scegliere liberamente il modello di gestione dei rifiuti di imballaggio cui aderire, e dunque l'esistenza di opzioni alternative rispetto all'adesione al Conai, rappresenta espressione non solo dell'interesse costituzionalmente tutelato alla libertà di iniziativa economica, ma anche di obiettivi prioritari dell'Unione europea e dovrebbe quindi trovare garanzia normativa e pratica attuazione⁶⁴.

In coerenza con questa impostazione teorica, il Ministero dell'ambiente, con il decreto direttoriale n. 5201/TRI del 4 agosto 2014, di conclusione del procedimento amministrativo da cui era scaturito il ricordato contenzioso, ha riconosciuto definitivamente il sistema autonomo Aliplast,

nizzare autonomamente, anche in forma collettiva, la gestione dei propri rifiuti di imballaggio».

⁶¹ In particolare, si fa riferimento alle pronunce del Tar Lazio, 2 febbraio 2012, n. 1136, e del Cons. St., 20 giugno 2013, n. 3363, e all'adozione dei decreti direttoriali nn. 5048/TRI del 6 giugno 2014, e 5201/TRI del 4 agosto 2014.

⁶² Cons. St., 20 giugno 2013, n. 3363.

⁶³ V. par. 7 della sentenza.

⁶⁴ A rafforzare la propria argomentazione, il Tar Lazio menziona la XXXI Relazione della Commissione sulla politica di concorrenza (2001), nella quale si legge che «le imprese devono poter scegliere tra diversi sistemi o altre soluzioni conformi, anche nella forma dell'autogestione o di altre soluzioni individuali». Tali considerazioni, a parere del giudice amministrativo, hanno inoltre importanti implicazioni disciplinari, in quanto rendono del tutto irrilevante l'espressa previsione circa il carattere collettivo o individuale dei modelli organizzativi, ossia la presenza dell'inciso «anche in forma collettiva». Nel caso di specie, infatti, era stato contestato dal ricorrente che l'intervenuta eliminazione, all'epoca dell'adozione del provvedimento impugnato, dell'inciso «anche in forma collettiva», ostacolasse il riconoscimento di sistemi autonomi aventi carattere associativo. Come si legge nella pronuncia del Tar Lazio, «la soppressione dell'inciso in questione non valga certo ad escludere l'espletamento di questa attività – intesa come attività rientrante nell'organizzazione dell'impresa – in forma anche associata, sulla base dei principi generali del diritto comune e dell'autonomia imprenditoriale garantita, in ultima analisi dall'articolo 41 della Costituzione».

alternativo al Conai nella gestione di rifiuti di imballaggi secondari e terziari in plastica (LDPE).

Tale provvedimento, unitamente al (di poco) precedente decreto direttoriale n. 5048/TRI del 6 giugno 2014, di riconoscimento preliminare del sistema Conip, rappresentano atti di epocale importanza, poiché hanno consentito per la prima volta l'ingresso sul mercato nazionale di due nuovi modelli autonomi di gestione dei rifiuti di imballaggio, dando finalmente pratica attuazione all'articolo 221, comma 3, lettera a) del d.lgs. n. 152/2006⁶⁵.

L'avvenuto e recentissimo superamento della situazione di monopolio di fatto ricoperta dal sistema Conai-consorzi di filiera, ha spostato l'attenzione dell'indagine giuridica sul diverso piano dei rapporti intercorrenti con i sistemi scaturiti dalla libera iniziativa imprenditoriale, la cui presenza è ormai indiscussa.

La nascita degli stessi, inoltre, ha reso ancor meno tollerabili quelle distorsioni applicative della norma, consolidatesi nel tempo, e tradottesi in privilegi a favore del sistema Conai. Se tali criticità, pur note, sono state finora giustificate come misure di compensazione ai fallimenti di mercato, esse rendono oggi ancor più sentita l'esigenza di un intervento correttivo del sistema.

5. Profili critici del sistema Conai-consorzi di filiera

Gran parte delle problematiche riguardanti il settore in esame si condensano intorno al contributo ambientale Conai, nato come misura volta ad incentivare la prevenzione, mediante il condizionamento delle scelte economiche dei produttori e dei consumatori, e tradottosi invece in una sorta di imposta indiretta a carico della collettività.

Lo sviamento dalle finalità originarie si è avuto sotto il profilo della quantificazione del contributo (sia nel *quomodo* che nel *quantum*), della platea dei soggetti tenuti al pagamento dello stesso (così estesa da escludere l'elemento della corrispettività), dell'effettiva destinazione alle finalità indicate dal legislatore (priva di alcun controllo), ed in ultimo, inevitabilmente, del significato attribuito al principio di "responsabilità estesa del produttore", di cui doveva costituire espressione.

⁶⁵ Se si esclude il primo sistema Conip (la cui operatività è stata ampliata dal decreto direttoriale n. 5048/TRI del 6 giugno 2014) nato nel 1998 all'interno della finestra temporale di sei mesi inizialmente prevista dall'articolo 38, d.lgs. n. 22/1997, e quindi costituito contestualmente alla nascita del sistema Conai-consorzi di filiera.

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

Il contributo ambientale è quantificato da ciascun produttore moltiplicando il peso degli imballaggi da lui prodotti per un coefficiente fisso, determinato unilateralmente dal Conai sulla base di parametri ed indici elaborati dallo stesso consorzio, e dunque altamente discrezionali, poco trasparenti e difficilmente sindacabili⁶⁶.

L'entità finale del contributo, in ragione dei coefficienti fissati dal Conai, risulta assai bassa se paragonata alle similari esperienze europee, e tuttavia non in ragione di una particolare virtuosità del sistema, quanto piuttosto a causa di alcune anomalie dello stesso, relative all'ampiezza, soggettiva e spaziale, dell'ambito di applicazione dell'obbligo di pagamento.

Sotto il primo profilo, una forte criticità deriva dall'estensione dell'obbligo di corresponsione del contributo nei confronti di tutti i produttori di imballaggi, sia primari che secondari e terziari, nonostante solo con riferimento ai primi emergano veri e propri oneri di compensazione del servizio pubblico di raccolta, cui il contributo è destinato in via prioritaria⁶⁷.

L'esteso ambito di applicazione è stato ritenuto legittimo dal giudice amministrativo, in ragione dell'impossibilità di escludere, in assoluto, la possibilità di conferimento anche di rifiuti di imballaggio secondari e terziari al servizio pubblico di raccolta (in virtù di assimilazione o semplicemente di irregolare conferimento)⁶⁸.

⁶⁶ I coefficienti sono indicati nel Regolamento del Conai (modificato in ultimo il 23 aprile 2013) e possono essere modificati con delibera del Consiglio di amministrazione «sulla base dei costi concretamente sostenuti e giustificati alla luce dei criteri statutari di economicità ed efficienza» (art. 4, c. 3 del Regolamento Conai).

⁶⁷ Cfr. art. 224, c. 8, d.lgs. n. 152/2006.

⁶⁸ T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 18 novembre 1999, n. 2214, con commento di S. Maglia, *Conai: concessionario di pubblico servizio*, in www.tuttoambiente.it. Con i ricorsi nn. 12493 del 1998 e 955 del 1999 alcune società produttrici di imballaggi secondari e terziari aderenti al Conai avevano contestato la mancata diversificazione del contributo per tipologia di imballaggi, e l'assoggettamento di ciascuna di esse ad un unico contributo ambientale, in contrasto (a parere delle ricorrenti) con la volontà del legislatore di diversificare i flussi. A sostegno di tale posizione i ricorsi facevano espresso rinvio al (vigente) art. 226, c. 2, recante il divieto di immettere imballaggi terziari nel normale circuito di raccolta dei rifiuti urbani, e limitando la possibilità di tale conferimento per gli imballaggi secondari attraverso la pratica dell'assimilazione. Tuttavia il giudice amministrativo non ha condiviso tali argomentazioni, ritenendo che dalla lettera della norma sia possibile evincere chiaramente la volontà di diversificare il regime applicabile in base alla tipologia di imballaggi gestiti e che «la riscontrata impossibilità di determinare *ex post* i rifiuti di imballaggi secondari e terziari (sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) concretamente conferiti al servizio di raccolta differenziata, nonché la possibilità (...) che molti [di essi] pervengano comunque al consumatore finale, con conseguente conferimento dei rifiuti medesimi nella raccolta differenziata, non può che indurre all'interpretazione sopra evidenziata, posto che, altrimenti, sarebbe impossibile per il

In tal modo però, è innegabile che i produttori di imballaggi secondari e terziari aderenti al Conai, finiscano per sostenere due volte i costi di gestione: la prima volta mediante la corresponsione del contributo al Conai, la seconda mediante l'effettiva gestione dei propri rifiuti di imballaggio, che generalmente restano estranei alle attività dei consorzi di filiera e vengono lasciati al libero mercato.

Sotto altro punto di vista, inoltre, si registra una discrasia tra l'omogenea applicazione dell'obbligo di corresponsione del contributo e l'asimmetrica distribuzione delle attività di gestione svolte dai consorzi di filiera, concentrate prevalentemente nei territori dell'Italia settentrionale. Infatti, pur essendo gli obiettivi di riciclaggio e recupero unici a livello nazionale⁶⁹, i livelli di efficienza della raccolta differenziata svolta nelle forme del servizio pubblico, anche in ragione della frammentazione territoriale dello stesso, sono assai diversificati tra nord e sud. Ciò ha dato origine ad una forte distorsione operativa del sistema, dal momento che i consorzi di filiera sono in grado di raggiungere gli obiettivi di legge semplicemente concentrando la loro attività nelle aree settentrionali del paese, tralasciando quasi del tutto i territori dell'Italia meridionale⁷⁰, e soprattutto violando in radice la *ratio* del sistema, nato anche al fine di supportare le pubbliche amministrazioni nell'implementazione del servizio pubblico di raccolta⁷¹.

L'ampiezza dell'ambito di applicazione del contributo, sia sul piano soggettivo che spaziale, consente di spiegare l'entità contenuta dell'ammontare, che dunque perde la sua originaria funzione di prevenzione, sia nei riguardi dei produttori (per i quali il contributo è un costo fisso di produzione), che dei consumatori (le cui abitudini di consumo non risultano in alcun modo condizionabili dall'entità del contributo, stante l'omogeneità dello stesso a livello nazionale)⁷².

Conai provvedere alla determinazione e ripartizione dei costi relativi a rifiuti di imballaggi comunque "conferiti" al servizio di raccolta differenziata».

⁶⁹ Cfr. art. 220, d.lgs. n. 152/2006.

⁷⁰ Cfr. AGCM, atto di avvio dell'indagine conoscitiva IC26 del 2008, (81 ss.). L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha sottolineato infatti che «gli ottimi risultati raggiunti in una parte circoscritta del paese consentono al Conai – recluso al sistema consortile che trova nei singoli consorzi di filiera i propri soggetti operativi – di adempiere agli obblighi di legge, disincentivando gli interventi nelle aree sotto questo profilo più arretrate».

⁷¹ Cfr. art. 222, c. 2 e 224, commi 3, 5, d.lgs. n. 152/2006.

⁷² Come è stato correttamente osservato nello studio di settore a cura di Cassa Depositi e Prestiti, "Rifiuti. Obiettivo discarica zero", n. 05, Febbraio 2014: «Il contributo ambientale rappresenta una forma di internalizzazione dei costi di gestione per il fine vita dei prodotti ed è uno strumento economico di regolazione finalizzato alla minimizzazione dei rifiuti; la sua efficacia però è legata alla portata dell'internalizzazione. Laddove bassi livelli di recupero

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

In sintesi, il contributo figura come una componente fissa del prezzo degli imballaggi, applicata con lo stesso meccanismo impositivo dell'i.v.a. e dunque paragonabile ad un tributo indiretto a carico della fiscalità generale⁷³.

Infine, l'assenza di controlli sull'effettiva destinazione del contributo, ha generato alcune perplessità, trattandosi invero di somme attinte dalla collettività generale per il soddisfacimento di finalità pubblicistiche, delle quali non si è in grado di attestare l'effettivo utilizzo. Perplessità aggravate dalla presenza, difficilmente spiegabile, di fondi di riserva generati dagli avanzi di gestione dei consorzi di filiera, da destinare per legge al raggiungimento degli obiettivi pluriennali⁷⁴.

e riciclaggio si associano a una forte quota di finanziamento da parte della fiscalità generale, come nel caso italiano, l'internalizzazione risulta più limitata e, di conseguenza, più contenuto l'incentivo alla minimizzazione della produzione di rifiuti. Considerando che l'impresa che paga il contributo tenderà poi a trasferirlo sul consumatore finale, nel caso in cui il contributo sia molto basso anche l'effetto sul prezzo dei beni sarà modesto e, di conseguenza, il consumatore non sarà stimolato a modificare le sue abitudini di consumo».

⁷³ Studio Cassa Depositi e Prestiti, n. 5, Febbraio 2014, 91-92. Si consideri inoltre che, essendo il contributo corrisposto indifferentemente sia con riferimento ai rifiuti di imballaggio primari, che per i secondari e terziari, il Conai si giova di una sorta di sussidio incrociato tra il segmento merceologico dei rifiuti urbani e quello dei rifiuti speciali. Come si legge nell'Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 6 novembre 2014: «In questo contesto, appare evidente la ragione per la quale il sistema consortile sembra resistere alle spinte del mercato e all'ingresso di nuovi operatori, in quanto la creazione e lo sviluppo di sistemi autonomi di riciclo nel settore dei rifiuti speciali di imballaggio determinerebbero la fuoriuscita di un certo numero di produttori dal sistema consortile e la riduzione delle risorse finanziarie a disposizione del consorzio per finanziare la raccolta differenziata dei comuni». La giurisprudenza del giudice civile ha ritenuto irrilevante tale meccanismo di calcolo, dal momento che «Il ricarico del contributo via via sui successivi utilizzatori dell'imballaggio non è destinato ad essere riversato allo Stato, ma rimane definitivamente incamerato dal Conai e dal sistema di gestione dei rifiuti» (Tribunale di Monza, 2 marzo 2004, n. 730). Di diverso avviso è stato di recente il giudice amministrativo, che ha desunto la natura pubblica dei consorzi di filiera proprio in ragione del metodo di calcolo del contributo e della sua ricaduta sull'intera collettività (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 10 ottobre 2014, n. 10262).

⁷⁴ Cfr. art. 224, c. 4, d.lgs. n. 152/2006. Si veda anche il resoconto stenografico dell'audizione del Ministro dell'ambiente On. Gianluca Galletti dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, 16 ottobre 2014, in cui si legge: «dall'esame dei bilanci trasmesso al ministero da tali consorzi, sono emerse ingenti somme accantonate in fondi di riserva, in ragione della non distribuibilità degli stessi tra i consorziati. Tale aspetto costituisce al momento oggetto di approfondimento da parte del ministero, anche in considerazione del ruolo chiave che tali consorzi rivestono nel complesso sistema di gestione dei rifiuti e del loro carattere sussidiario anche dal punto di vista economico rispetto al gestore pubblico».

A livello giurisprudenziale il contributo è stato considerato come un'obbligazione pecuniaria civilistica assunta dal consorziato al momento dell'adesione al Conai, escludendo dunque la natura privilegiata del credito⁷⁵, l'afferenza al bilancio dello Stato⁷⁶ ed il controllo della Corte dei Conti⁷⁷.

Le deviazioni emerse sul piano applicativo, ne hanno però accentuato i tratti di similitudine con le misure di imposizione fiscale, sollecitando una riflessione di più ampio respiro sui sistemi di gestione dei rifiuti di imballaggio, che ha coinvolto il livello giurisprudenziale, quello amministrativo, ed in ultimo persino il legislatore.

Le posizioni emerse appaiono tra loro piuttosto distanti sul piano dell'elaborazione concettuale, ma convergenti nei loro approdi conclusivi.

6. Prospettive evolutive del sistema Conai: dalla concorrenzialità sul mercato alla sussidiarietà al mercato

Un primo filone interpretativo va ravvisato nelle posizioni sostenute dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁷⁸, oltre che in alcune pronunce del giudice ordinario⁷⁹, e prende le mosse dalla valorizzazione dei

⁷⁵ Cfr. Tribunale di Monza, 2 marzo 2004, n. 730, par. 1.5.; Tribunale di Milano del 26 giugno 2006, in *Fallimento* 2007, 3, 340; Cass., Sez. I Civ., 2 aprile 2007, n. 8203. *Contra* Cass., Sez. V Civ., 4 aprile 2008, n. 8750.

⁷⁶ Cfr. Tribunale di Monza, 2 marzo 2004, n. 730, par. 1.4, in cui si legge che i contributi non costituiscono oggetto di riscossione da parte di «un ente pubblico (ovvero da un concessionario di un pubblico servizio), ma da un ente dotato di personalità di diritto privato». Essi quindi «non pervengono allo Stato come destinatario finale e non incidono sul bilancio dello Stato, ma rimangono all'interno del sistema di gestione dei rifiuti da imballaggio, in parte come mezzi propri del Conai e in parte riversati agli altri soggetti associativi che siano responsabili dello smaltimento dei rifiuti (...). Non sussiste alcun interesse finanziario dello Stato a far sì che il contributo ambientale sia effettivamente incassato dal Conai per poi essere riversato in quanto tale all'Erario, posto che il servizio di smaltimento dei rifiuti da imballaggio è gestito a monte in outsourcing da soggetti di diritto privato senza il concorso finanziario dello Stato ed è finanziato – a valle – da contributi che non vengono riversati nelle casse dell'Erario».

⁷⁷ Cfr. sentenza della Corte d'appello di Firenze, 29 maggio 2012, n. 820.

⁷⁸ Cfr. provvedimento n. 14162 del 22 marzo 2005 di avvio dell'indagine conoscitiva IC26, conclusasi il 3 luglio 2008, con provvedimento n. 18585; proposte di riforma avanzate per la legge sulla concorrenza del 2014 (AS1137); provvedimento n. 25035 del 17 luglio 2014, di avvio dell'istruttoria nei confronti del Conai e del Corepla per accertamento di abuso di posizione dominante, tuttora in corso (A476).

⁷⁹ Cfr. Tribunale di Monza, 2 marzo 2004, n. 730, par. 1.3; Tribunale di Milano, 26 giu-

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

tratti privatistici del sistema obbligatorio, per giungere a prospettare soluzioni improntate alla minima inibizione delle dinamiche concorrenziali.

Fulcro di tale orientamento è la *reductio ad unum* degli attuali due criteri di imputazione dei costi di gestione: il modello obbligatorio, infatti, si fonda sulla ripartizione annuale dei costi di gestione complessivi secondo un criterio di proporzionalità alla quota di mercato ricoperta da ciascun consorziato (ad esclusione dei costi sostenuti dai sistemi autonomi); il modello volontario, invece, si basa sull'imputazione al produttore che abbia costituito un sistema autonomo dei costi derivanti unicamente dalla gestione dei propri rifiuti di imballaggio (e rende necessaria la tracciabilità degli stessi sull'intero territorio nazionale).

Nell'ottica di valorizzare le dinamiche concorrenziali, l'AGCM ha proposto, seppur in maniera implicita, l'estensione del primo modello a tutti i sistemi operanti nell'ordinamento, in modo tale che i costi generati a livello nazionale dalla gestione dei rifiuti di imballaggio siano ripartiti tra i produttori ed utilizzatori nazionali, in proporzione alle quote di mercato rappresentate da ciascun sistema.

Funzionali a tali obiettivi sono le proposte di riforma elaborate dall'Autorità per la legge annuale sulla concorrenza del 2014 (AS1137)⁸⁰, tra le quali figura la possibilità per i sistemi autonomi di raggiungere gli obiettivi di riciclo “attraverso la gestione di rifiuti di produttori non aderenti al sistema stesso”, e senza dover soddisfare “l'obbligo di copertura nazionale”⁸¹.

gno 2006, Conai c. Fallimento Flexoplast S.r.l., in *Il fallimento*, 2007, 3, 340; Corte d'appello di Milano, 19 settembre 2007, par. 2; Cassazione Civ., Sez. Un., 16 aprile 2007, n. 8955; Corte di Cassazione, Sez. I Civ., 2 aprile 2007, n. 8203. Tutte queste pronunce hanno negato natura privilegiata (ai sensi degli artt. 2758 e 2772 c.c., richiamati dall'articolo 62, c. 5 del d.p.r. 633/1972) al credito vantato dal Conai nei confronti dei consorziati per il mancato versamento del contributo.

⁸⁰ Cfr. AS1137 Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza, anno 2014, segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, del 2 luglio 2014, in Boll. n. 27/2014. Tali proposte riguardano in particolare tre profili: a) l'eliminazione del ruolo consultivo del Conai all'interno del procedimento di riconoscimento dei sistemi autonomi, come previsto dall'articolo 221, c. 5, d.lgs. n. 152/2006; b) l'eliminazione del vincolo di operatività, per i sistemi autonomi, su tutto il territorio nazionale; c) la possibilità per i sistemi autonomi, di raggiungere gli obiettivi minimi di riciclo anche attraverso la gestione di rifiuti di produttori non aderenti al sistema costituito.

⁸¹ Cfr. Segnalazione dell'AGCM ai sensi dell'articolo 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 in merito a proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2014, 40; Cfr. anche l'atto dell'AGCM di avvio dell'indagine conoscitiva IC26 del 2008, 90, nel quale si precisa che «l'autorità considera come non stretta-

Il sistema Conai-consorzi di filiera, privato di ogni “coinvolgimento” nel corso del procedimento di riconoscimento dei sistemi volontari, verrebbe equiparato ad essi, e perderebbe il suo ruolo di “privilegio” nei rapporti con la pubblica amministrazione,; ruolo che non ha mancato di generare criticità, emerse in ultimo con l’apertura di un’istruttoria per presunto abuso di posizione dominante (A476 del 17.7.2014)⁸².

Il rafforzamento delle dinamiche concorrenziali e sicuramente idoneo a comportare benefici in termini di efficienza, omogeneità territoriale ed economicità (con la possibilità per i Comuni di assegnare liberamente i rifiuti raccolti sulla base di considerazioni economiche⁸³), ma trascurando di considerare le differenze esistenti tra le singole filiere, in cui il rapporto tra il prezzo della materia prima e quello delle attività di trattamento non è sempre positivo⁸⁴, e lascia riaffiorare fallimenti di mercato.

La fragilità di tale costruzione teorica ha indotto la stessa Autorità garante a propendere, in tempi più recenti, per una soluzione compromissoria, improntata al principio di sussidiarietà orizzontale.

Rilevando che l’attività dei consorzi presenta tratti simili a quella di

mente necessaria la richiesta che i sistemi autonomi in forma associata dovessero garantire la gestione sull’intero territorio nazionale, potendosi prevedere circuiti regionali o macroregionali, opportunamente omologati.

⁸² Cfr. AS500 – Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell’ambiente, segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato del 24 febbraio 2009.

⁸³ Cfr. atto AGCM di avvio dell’indagine conoscitiva IC26, 90, in cui si legge che «Ove, come auspicato, si mantenesse la proprietà in capo ai Comuni questi potrebbero direttamente contrattare con i soggetti riciclatori eventualmente interessati la cessione dei rifiuti (...) la soluzione prospettata consentirebbe agli enti locali interessati di negoziare una cessione di beni, con conseguenti eventuali introiti da impiegare nel finanziamento delle attività di raccolta e possibili alleggerimenti della tariffa applicata ai cittadini per il conferimento dei rifiuti solidi urbani».

⁸⁴ Cfr. Audizione del Presidente dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato “sul tema dei profili concorrenziali nell’ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta”, del 6 novembre 2014, 11: «Le filiere del riciclo/recupero non sono tuttavia tutte uguali. Vi sono quelle (come nel caso della carta e del vetro) nell’ambito delle quali i produttori dell’imballaggio hanno un massimo interesse al riciclo in quanto è molto alta la percentuale di nuovi prodotti realizzati utilizzando come materia prima seconda il risultato della raccolta differenziata (filiere chiuse) e dunque nelle quali, almeno in linea teorica, gli incentivi dei produttori di imballaggio e quelli dei recuperatori possono essere coerenti; vi sono poi filiere (come quella della plastica) nelle quali invece tale percentuale è strutturalmente minoritaria rispetto ai nuovi prodotti realizzati con c.d. “plastica vergine”. Già in passato l’Autorità aveva rilevato l’eventualità che il ruolo del sistema consortile venisse ripensato tenendo in considerazione la differenze esistenti tra le varie filiere».

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

servizio pubblico, e che i «tempi sono maturi» per una radicale «ristrutturazione del sistema consortile», l'AGCM ha infatti prospettato come possibile soluzione la «configurazione di un sistema in cui i consorzi operino in via sussidiaria, nell'ambito dell'avvio a recupero di quei materiali che presentano il minor tasso di tracciabilità, ovvero in tutti quei casi in cui i meccanismi di mercato, da lasciare altrimenti liberi di svilupparsi, non garantiscono il raggiungimento degli obiettivi di rilevanza pubblica di tutela ambientale»⁸⁵.

Il Conai diventerebbe “consorzio di ultima istanza”, operante «soltanto per quei mercati e per quelle fasi della filiera nelle quali l'introduzione di meccanismi concorrenziali non sia in grado di assicurare una piena tutela delle imprescindibili istanze legate alla tutela dell'ambiente e della salute pubblica»⁸⁶.

La “sussidiarietà al mercato” costituisce quindi il punto di approdo della posizione più fortemente legata ai profili privatistici e concorrenziali del sistema, e riconducibile principalmente alla voce dell'AGCM.

Assai significativamente, alla stessa conclusione pervengono anche le ricostruzioni elaborate dal giudice amministrativo e dagli apparati amministrativi centrali, seppur scaturite dalla contrapposta volontà di valorizzare gli elementi pubblicistici del sistema.

Nella ricordata sentenza n. 1136/2012, il T.A.R. Lazio, posta l'ormai ineludibile presenza di una pluralità di modelli organizzativi, ha qualificato il Conai come sussidiario al mercato (con specifico riferimento agli imballaggi secondari e terziari), «non solo in linea di principio, ma anche in linea effettiva, trattandosi di materiali che esso intercetta in misura limitata».

⁸⁵ Come si legge nell'Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cit., 7: la natura pubblica dei consorzi non avrebbe alcuna conseguenza «sotto il profilo *antitrust*», poiché gli stessi sarebbero valutati «alla stregua di imprese “incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale” ai sensi dell'art. 106 TFUE (e dell'art. 8, l. n. 287/1990). Al riguardo, si ricorda che nessuna deroga all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza è invocabile nei confronti di dette imprese, se non «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 106, c. 2, TFUE). Già in altri precedenti, l'Autorità ha ritenuto che la previsione per legge di un consorzio, nonché il perseguimento da parte dello stesso della finalità pubblicistica di protezione dell'ambiente, non sia sufficiente affinché tale esenzione possa essere invocata, ma sia necessario che il comportamento dell'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale sia indispensabile per raggiungere detto scopo e/o sia previsto dalla legge, così che tale comportamento non possa essere frutto di un'autonoma scelta dell'impresa stessa».

⁸⁶ Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cit, 12.

Sul carattere di sussidiarietà si è fondata l'argomentazione del Governo italiano nel corso della procedura pilota 2113/11/ENVI, avviata al fine di verificare la compatibilità con le regole di concorrenza del sistema delineato dal legislatore nazionale, e conclusasi, sotto lo specifico aspetto dei modelli consortili, con un'archiviazione⁸⁷.

Analoga impostazione teorica, infine, anima i due provvedimenti ministeriali di riconoscimento dei sistemi autonomi Conip e Aliplast⁸⁸, fondati sul riconoscimento al Conai di un ruolo sussidiario al mercato, e dunque ai sistemi alternativi. Come si legge nei decreti direttoriali, infatti, in caso di impossibilità per i sistemi riconosciuti di ritirare tutti i rifiuti di imballaggio generati dai propri beni, è il Conai a doversene far carico, fermo restando il diritto ad ottenere un'adeguata compensazione dei costi aggiuntivi sostenuti.

È dunque il principio di sussidiarietà orizzontale a suggerire la direzione da seguire nel cammino verso l'evoluzione del sistema: in negativo tale canone interpretativo «si sostanzia nel dovere di astensione dei pubblici poteri laddove le forze individuali e della società siano in grado di soddisfare i propri bisogni autonomamente», ed in positivo esso «implica l'affermazione di un dovere di intervento dei pubblici poteri ove gli individui e le forze sociali non abbiano la capacità di provvedere da sé alle proprie necessità»⁸⁹.

Le due facce del principio sembrano rispettivamente applicabili con riguardo agli imballaggi secondari e terziari, gestibili nelle forme del libero mercato (sussidiarietà in negativo), e agli imballaggi primari, caratterizzati dalla necessaria fase pubblica di raccolta, e quindi implicanti un doveroso intervento sussidiario del Conai (sussidiarietà in positivo).

7. La sussidiarietà come indice della natura pubblica del sistema Conai: verso la qualifica di incaricato di pubblico servizio

Se con riferimento a tale funzione sussidiaria sembrerebbe ormai esserci univocità di consensi, non sono unanimemente condivise le conclu-

⁸⁷ La lettera di messa in mora ai sensi dell'articolo 258 del TFUE, con la quale la Commissione ha comunicato l'apertura della procedura di infrazione 2014/2123, infatti, non fa alcun riferimento al profilo inerente i sistemi di gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.

⁸⁸ Decreti direttoriali nn. 5048/TRI del 6 giugno 2014, e 5201/TRI del 4 agosto 2014.

⁸⁹ Cfr. Tar Lazio, 10 ottobre 2014, n. 10262.

i consorzi di gestione dei rifiuti di imballaggio

sioni cui si giunge da tale premessa, ovvero la qualificazione dei consorzi di filiera come incaricati *ex lege* di pubblico servizio.

La “quadratura del cerchio” potrebbe aversi con l’approvazione delle proposte di modifica alla normativa sugli imballaggi contenute nel cd. disegno di legge “Collegato ambientale”⁹⁰, volte a riconoscere *expressis verbis* la natura di «incaricati di pubblico servizio» ai consorzi di filiera, in ragione della loro attività «sussidiaria» ai sistemi autonomi riconosciuti.

Corollario di tali innovazioni, è l’altrettanto rilevante previsione dell’obbligo del sistema Conai di svolgere (senza diritto ad alcuna compensazione) l’attività di raccolta differenziata dei rifiuti urbani in funzione suppletiva rispetto agli enti locali, in tutte le ipotesi in cui il servizio pubblico risulti inadeguato a consentire il raggiungimento degli obiettivi di raccolta, riciclaggio e recupero previsti per legge⁹¹.

In sintesi, cogliendo lo spunto offerto dal giudice amministrativo, il legislatore sembrerebbe aver fatto discendere dal ruolo sussidiario dei consorzi obbligatori la loro natura giuridica pubblica.

In quest’ottica sembra potersi cogliere con pienezza la lungimiranza delle argomentazioni sostenute dal Tar Lazio nelle sei pronunce gemelle del 2014⁹², con cui, rigettando i ricorsi per l’annullamento del decreto ministeriale recante lo statuto-tipo dei consorzi di filiera, il giudice ha ritenuto che la forma privatistica dei consorzi sia “strumentale” «al perseguimento di fi-

⁹⁰ Cfr. disegno di legge AS1676, cd. Collegato ambientale alla legge di stabilità 2014, art. 21 e ss.

⁹¹ L’attribuzione al Conai di competenze in ordine anche alla fase di raccolta differenziata è stata disposta in alcuni contesti emergenziali, per far fronte alle inefficienze del gestore pubblico, come avvenuto con riguardo alla Regione Campania, in virtù dell’ordinanza emergenziale adottata dal Ministro dell’interno delegato al coordinamento della Protezione Civile, il 22 dicembre 2000, n. 3100. Tale ordinanza è stata poi oggetto di apposito ricorso da parte del Conai, conclusosi con sentenza di accoglimento parziale del Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 luglio 2006, n. 5769. Nel caso di specie, infatti, il giudice amministrativo, dopo aver ribadito la legittimità delle ordinanze alla luce dell’espressa previsione normativa che consente l’attribuzione al Conai, in via eccezionale e temporanea, delle funzioni di raccolta differenziata, ha dichiarato illegittima per eccesso di potere e irragionevolezza la previsione recante conseguenze sanzionatorie a carico del medesimo consorzio per il mancato raggiungimento degli obiettivi normativi. In tal caso, infatti, a parere del giudice, si sarebbe giunti a sanzionare il Conai, in maniera del tutto irragionevole, per le conseguenze dell’inadempimento imputabile in larga parte agli enti locali.

⁹² Il primo grado di giudizio si è concluso con le seguenti sei sentenze gemelle: Tar Lazio, Roma, Sezione II bis, 10.10.2014, n. 10262 (Cial); Id., 10.10.2014, n. 10263 (Corepla); Id., 24.10.2014, n. 10690 (Rilegno); Id., 24.10.2014, n. 10688 (Coreve); Id., 24.10.2014, n. 10693; Id., 24.10.2014, n. 10699 (In.Car. srl e Vetarco Srl); Id., 24.10.2014, n. 10689 (Anfima e altri).

nalità di interesse pubblico e dunque sottratta alla libera disponibilità degli stessi consorziati per assumere il carattere di vera e propria doverosità». L'autonomia dei consorzi, corollario della forma giuridica privata, non sarebbe da ritenere incondizionata, ma, a parere del giudice amministrativo, «va contenuta con le esigenze, sancite dalla legge, di legittima interferenza dei pubblici poteri per il rispetto dei principi informatori della materia, di rilevanza generale e pubblicistica».

Ed invero, la sostanza pubblicistica sarebbe desumibile da alcuni aspetti essenziali della disciplina dei consorzi obbligatori, ed in particolare dal contributo consortile che, «pur non avendo carattere tributario, [esso] costituisce oggetto di un'obbligazione ex lege destinata ad operare secondo meccanismi del tutto simili a quelli dell'IVA, entrando a far parte integrante del prezzo di vendita dell'imballaggio con una traslazione dei costi a carico del consumatore finale. Da ciò risulta evidente che il CAC è posto a carico dell'intera collettività che sostiene gli oneri del sistema. (...) Le somme prelevate sono sottoposte a vincolo di destinazione, tanto che il consorziato percettore non diventa mai titolare di quelle somme, ma ne ha la semplice disponibilità precaria».

La natura pubblicistica, evidenziata dal giudice amministrativo, emerge anche nelle scelte del Ministero dell'ambiente, che sintomaticamente nel 2013 (seppur con ben sette anni di ritardo rispetto alla previsione originaria), ha approvato il D.m. 26 aprile 2013 recante lo statuto-tipo dei consorzi di filiera per la gestione dei rifiuti di imballaggio⁹³.

Appare chiaro che la direzione percorsa negli ultimi tempi dall'amministrazione, dal giudice amministrativo ed, embrionalmente, anche dal legislatore nazionale, porti verso la connotazione pubblicistica del sistema Conai-consorzi di filiera.

Sebbene particolarmente suggestiva, questa visione rischia però di scontrarsi con la complessità del contesto fattuale, con la necessità di un confronto, per gli imballaggi primari, con i gestori pubblici, e con la presenza di interessi in esso ben radicati, circostanze sufficienti a ridimensionare l'ampiezza dei cambiamenti richiesta da questa impostazione concettuale.

⁹³ Tale statuto (adottato ai sensi dell'articolo 223, c. 2, d.lgs. n. 152/2006), attraverso disposizioni piuttosto dettagliate, ha definito l'oggetto dell'attività consortile, la composizione e le modalità di adesione (consentita a tutti gli operatori di filiera), le quote di partecipazione di ciascuna categoria (produttori, trasformatori, utilizzatori, riciclatori e recuperatori), gli organi consortili (assemblea, consiglio di amministrazione, collegio sindacale, presidente e direttore), i profili contabili (le modalità di finanziamento, il fondo di riserva), i rapporti col Conai e con gli altri consorzi di filiera, le modalità di scioglimento anticipato e il potere di vigilanza ministeriale.

8. Considerazioni conclusive

Gran parte dei quesiti sollevati nel corso di questo contributo non ha trovato una risposta compiuta, ma semplici prospettive di analisi, e tuttavia il dato certo è che ampia strada è stata fatta, ad oggi, sia nella direzione dell'apertura al mercato del settore in esame, che dell'inquadramento giuridico dei consorzi obbligatori.

Il sistema Conai-consorzi di filiera ha avuto sinora il merito di "consentire al mercato del riciclo italiano di prendere piede, favorendo la necessaria integrazione dei produttori che difficilmente si sarebbe raggiunta" altrimenti⁹⁴.

Tuttavia, l'incertezza normativa in cui si è evoluto, ha alimentato alcune distorsioni, tradendo in parte le ragioni della sua iniziale costituzione e conducendo ad un assetto normativo ed organizzativo "contraddittorio", di cui è ormai inevitabile il ripensamento⁹⁵.

La direzione di tale reimpostazione sembra ormai tracciata nei suoi confini concettuali, ma ancora si è ben lontani da una vera e propria evoluzione del settore. Molto dipenderà dall'esito del giudizio pendente dinanzi al Consiglio di Stato (di appello delle sentenze del Tar Lazio dell'ottobre 2014, con cui si è confermata la legittimità del d.m. 26 aprile 2013), dall'approvazione del disegno di legge cd. "Collegato ambientale" alla legge di stabilità 2014, nonché, infine, dall'esito dell'istruttoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'accertamento di un eventuale abuso di posizione dominante da parte di Conai e Corepla.

È innegabile però che la prospettiva di inquadramento del sistema Conai-consorzi di filiera come sistema di ultima istanza, sussidiario al mer-

⁹⁴ Cfr. Cassa Depositi e Prestiti, "Rifiuti. Obiettivo discarica zero", studio di settore n. 05, Febbraio 2014, 91. Si veda anche il testo dell'Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato «sul tema dei profili concorrenziali nell'ambito della gestione dei rifiuti solidi urbani, anche con riferimento alle attività dei consorzi per la raccolta», del 6 novembre 2014, in cui il prof. Giovanni Pitruzzella ha affermato che: «I dati attualmente disponibili sui livelli che la raccolta differenziata di RSU ha complessivamente raggiunto nel nostro Paese dimostrano che dal 1997 ad oggi i consorzi hanno svolto un ruolo importante e fondamentale affinché l'Italia potesse rispettare gli obiettivi posti di volta in volta dalle Direttive europee in tema di gestione dei rifiuti da imballaggio. Essi hanno, peraltro, dimostrato di avere avuto un'utilità nella valorizzazione dei rifiuti come veri e propri beni dotati di un valore economico e, dunque, nella creazione di mercati – alcuni (ma non tutti) in passato inesistenti – della produzione e utilizzo della materia prima seconda, al fine di produrre beni di consumo a partire da materia riciclata, e del recupero energetico» (p. 8).

⁹⁵ Cfr. Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 6 novembre 2014, cit., 12.

cato, possa costituire il giusto compromesso tra le esigenze concorrenziali e quelle ambientali, che «non vanno considerati secondo una logica di mero bilanciamento di interessi contrapposti, ma secondo una logica di complementarità, trattandosi di finalità che possono essere perseguite – sotto determinati aspetti – in maniera congiunta»⁹⁶.

Se tale auspicata convergenza concettuale non risulterà nei fatti disattesa, anche per merito di un possibile effetto osmotico generato dalla contestualità degli attesi pronunciamenti, la forza evolutiva impressa al sistema potrebbe rivelarsi tale da consentirne un cambiamento reale ed impedire, diversamente da quanto avvenuto in passato, deboli stratificazioni normative e futuri tentativi di “restaurazione”.

Abstract

The italian model of packaging recovery collection is based on a binding consortium of producers that operate at the national level. Such model enacts the “producer responsibility principle” and assures the essential cooperation with the public local authorities encharged of urban waste collection.

The unavoidable contraddiction between the private juridical subjectivity and the public activity is a feature of consortium structure, and during last years it has revealed the weaknesses of this type of model, leading to the need for an overall reform of this sector.

Despite some differences in their stances, European Commission, Italian Ministry of Environment, Italian Antitrust Authority, administrative Judge, and Legislator, seem to agree upon the progressive strenghtening of the public features of the italian packaging recovery collection model.

⁹⁶ Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 2 febbraio 2012, n. 1136.

ARTICOLI

FRANCESCO MONCERI

RIFLESSI DELLA NUOVA CONFORMAZIONE DEGLI ENTI LOCALI SUL SISTEMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. Premessa. Naturale flessibilità degli ambiti territoriali ottimali dei servizi pubblici locali e strutturale rigidità degli enti locali territoriali. – 2. Il rapporto enti locali territoriali/servizi pubblici locali alla luce delle attuali tendenze normative. – 2.1. Il percorso di revisione degli enti territoriali, soprattutto intermedi, tra esigenze di razionalizzazione e carenza di un disegno territoriale organico. – 2.2. Limiti del percorso di riforma. – 2.3. I possibili effetti positivi sul governo dei servizi pubblici locali. Dalla conflittualità alla collaborazione. – 3. Le possibilità offerte dalla l. n. 56/2014 agli enti locali per una maggiore flessibilità nell'espletamento delle funzioni inerenti ai servizi pubblici locali. – 3.1. Verso una differenziazione degli enti locali territoriali. – 3.2. Il problema delle risorse e della "ricentralizzazione" delle decisioni. – 4. Città metropolitane e province. Una doppia velocità nello sviluppo dei servizi pubblici locali. – 4.1. Gli ampi poteri programmatori assegnati alle città metropolitane in tema di servizi pubblici locali. – 4.2. Il depotenziamento delle funzioni di area vasta delle (residue) province in materia di servizi pubblici locali. – 4.3. Le ragioni di una doppia velocità. – 5. Conclusioni.

1. Premessa. Naturale flessibilità degli ambiti territoriali ottimali dei servizi pubblici locali e strutturale rigidità degli enti locali territoriali

La disciplina dell'organizzazione e della gestione dei servizi pubblici, in particolare dei servizi pubblici locali, è affetta da specifiche problematiche, anche profondamente diversificate da settore a settore, ma in ultima analisi riconducibili al loro «dimensionamento» ottimale sul territorio e all'alternativa pubblico/privato per ciò che attiene alla loro gestione. In ambito nazionale, entrambe le problematiche sono connesse alla funzione principale dei servizi pubblici, *ex art. 43 Cost.* (artt. 2 e 3, c. 2, *Cost.*), ossia il perseguimento dell'utilità generale e la promozione dei diritti sociali.

Finalità, peraltro, ormai annoverate anche tra i principi fondamentali

dell'ordinamento europeo¹ che tende a ricondurre la categoria a quella dei «servizi di interesse economico generale»; i quali, soprattutto in fase di liberalizzazione, devono essere accompagnati dalla garanzia del rispetto di stringenti «obblighi di servizio pubblico», relativi ad accessibilità, distribuzione sul territorio, qualità², capaci di dar luogo a «compensazioni» non incompatibili con il diritto comunitario in materia di aiuti di stato quando proporzionali alle spese sostenute dalle imprese che se ne fanno carico³. Il che rende più facilmente spiegabile il *revirement* comunitario sulla più ampia ammissibilità degli affidamenti *in house providing* contenuta nella recente direttiva concessioni n. 23/2014⁴ rispetto alle stesse ten-

¹ La doppia anima dei servizi pubblici europei tra funzione sociale e rispetto, per quanto possibile, delle regole generali in tema di concorrenza è richiamata da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, 366 ss. Sul lungo percorso che ha condotto l'Unione europea a “metabolizzare” la funzione sociale dei pubblici servizi, F. Monceri, *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, Ets, 2011. Sulla necessità che le autorità nazionali tengano conto delle diverse esigenze dei pubblici servizi sul territorio nel provvedere all'individuazione, disciplina e organizzazione degli stessi si veda il Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona.

² Rispetto alla distinzione tra le nozioni nazionale ed europea si veda di recente G. Caia, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, Treccani, 2013.

³ Sul tema si veda almeno la Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C8/02, dell'11.01.2012; in argomento, F. Monceri, *Il diritto alla “compensazione” come “diritto soggettivo” delle imprese che assolvono obblighi di servizio pubblico*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, n. 3, 1375 ss.

⁴ Direttiva 2014/23/UE della Commissione europea e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in GUUE, L 94/1, 28/03/2014, cons. 46. La direttiva, oltre a prevedere la completa esclusione dal suo campo di applicazione del settore dei servizi non economici di interesse generale individuati dagli Stati membri, nonché di alcuni rilevanti servizi di interesse economico generale quali il servizio idrico integrato (cons. 40), riconosce altresì ampi poteri agli stati membri nel settore dei servizi di interesse economico generale: «È opportuno ricordare che gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi. È altresì opportuno ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche. Anche la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull'Unione europea (TUE), dovrebbe restare impregiudicata» (cons. 6). In merito alla distinzione tra «appalti» e «concessioni» di pubblici

la nuova conformazione degli enti locali

denze del legislatore nazionale, peraltro censurate dalla Consulta (vedi *infra*)⁵.

In ordine al primo degli aspetti cui si è fatto cenno, ossia all'individuazione di quelli che sono stati definiti da tempo come «ambiti territoriali ottimali»⁶ che consentano la migliore gestione dei servizi pubblici locali⁷, non costituisce una novità il fatto che tale percorso presenti vari ordini di problemi. Tali problemi sono determinati, innanzi tutto, dall'estrema varietà delle attività di pubblico servizio che ha indotto a differenziare le scelte intervenendo per settore, dalla conformazione non uniforme dei singoli territori, dalle innovazioni tecnologiche che incidono con una certa frequenza sulle modalità di erogazione di taluni servizi; concause queste che, attesa la magmaticità del settore, obbligano a periodici ripensamenti sulla permanente validità delle scelte adottate.

D'altra parte la disciplina dei servizi pubblici locali, anche nelle più recenti evoluzioni della nozione a livello giurisprudenziale, presuppone la presenza di fonti di rango primario poste a presidio dell'interesse pubblico perseguito a favore della collettività⁸, che si riversano su un sistema in cui campeggiano, all'interno di un equilibrio invero incerto con la tendenza all'espansione delle competenze statali soprattutto «trasversali»⁹, la competenza residuale delle regioni e regolamentare degli enti locali¹⁰.

servizi si veda almeno C. Giust. UE, sentenza 10 novembre 2011, in causa C-348/10, *Norma-A SLA*, e Cons. St., sez.V, 3 maggio 2012, n. 2531.

⁵ Si fa riferimento alle note vicende culminate con la declaratoria d'incostituzionalità da parte di C. cost., sentenza 17 luglio 2012, n. 199.

⁶ L'elaborazione della nozione è avvenuta, come noto, prima nel settore idrico con la l. n. 319/1976 seguita dalla l. n. 36/1994; successivamente nel settore dei rifiuti con il d.lgs. n. 22/1997.

⁷ Per una sintetica ricostruzione delle discipline che hanno interessato il settore si rinvia a L. Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, Il Mulino, 2013, 200-213.

⁸ Cons. St., sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268.

⁹ Sul fenomeno, in chiave comparata con l'ordinamento spagnolo, F. Merloni, *Inattuazione del Titolo V e fallimento della via statutaria all'autonomia regionale. Moriremo tutti centralisti?*, in *Ist. fed.*, 2011, 69 ss.

¹⁰ Peraltro riaffermata da C. cost., sent. n. 199/2012, cons. 5.1, che, pur nel non facile intreccio almeno con le competenze statali di tutela della concorrenza *ex art. 117, lett. e)*, Cost. e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117, lett. m)*, Cost., statuisce che: «Così argomentando, le Regioni hanno fornito una sufficiente motivazione in ordine ai profili della “possibile ridondanza” sul riparto di competenze della denunciata violazione, evidenziando la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa competenza regolamentare degli enti locali) che deriverebbe dalla violazione dell'art. 75 Cost.». Si citi, a questo proposito, anche C. cost., sent. n. 272/2004, che ammette ampiamente l'intervento statale sull'apertura del settore del ser-

La connessione che si instaura tra disciplina dei servizi pubblici locali e disciplina regionale e regolamentare degli enti locali¹¹, anche indipendentemente dall'anzidetta vicenda che ha portato all'annullamento dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, da parte del Giudice delle leggi¹², rende evidente lo stridere tra le esigenze di fluidità dell'organizzazione dei pubblici servizi locali e la relativa stabilità soprattutto dimensionale degli enti locali chiamati a sovrintendere alla gestione e organizzazione degli stessi¹³,

vizio pubblico locale alla concorrenza rigettando la distinzione limitativa tra «tutela» e «promozione» della concorrenza. Si veda anche R. Bin, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, Jovene, 2004.

¹¹ Per una disamina di tali poteri nel progetto di riforma costituzionale in corso di approvazione si veda A. Lucarelli, *Potere regolamentare di Città metropolitane e Comuni nella riforma costituzionale proposta dal governo Renzi*, in www.astrid-online.it, 10 aprile 2014.

¹² La questione riguarda, come noto, l'annullamento, da parte della sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale, di una normativa sostanzialmente riproductiva di norme già abrogate per via referendaria, miranti ad introdurre vincoli concorrenziali sul sistema dei servizi pubblici locali addirittura più stringenti di quelli comunitari, soprattutto relativamente agli affidamenti *in house providing*. Questione che, peraltro, ha perso gran parte della sua attualità a seguito della citata direttiva 2014/23/UE, molto più permissiva sul punto. Si veda a questo proposito M. Midiri, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 133 ss.; R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. n. 199/2012*, in *Foro it.*, 2013, 2758 ss.; F. Merloni, *Una sentenza chiara sull'aggiornamento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; L.R. Perfetti, *Il regime dei servizi pubblici locali: il ritorno all'autonomia, il rispetto della disciplina europea, la finalizzazione delle aspettative degli utenti*, in *Giur. it.*, 2013, 679 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione europea e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 2900 ss.; A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house e alle aziende speciali*, in federalismi.it, rivista on-line, 2012, n. 18; M. Ruotolo, *Non "ce la chiede l'Europa" e "non la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in Costituzionalismo.it, rivista on-line, 2012, n. 3; A. Azzariti, *La disciplina dei servizi pubblici a rilevanza economica alla luce della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale e delle recenti novità normative*, in *Ist. fed.*, 4/2012, 857 ss. Sul diverso e connesso problema di una tentata rilettura in senso pro-concorrenziale dell'art. 41 Cost. si vedano i rilievi critici di G. Bucci, *Poteri delle regioni tra governance economica e destabilizzazione sociale*, in *AIC*, rivista on-line, 2014, n. 4, 5.

¹³ In relazione al problema del dimensionamento degli enti intermedi si veda G. Clemente di San Luca, *Le ragioni per tenere in vita le Province*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2013, 4: «Esistono funzioni di area vasta, sovracomunale ma infraregionale? Non mi pare se ne dubiti. Fra Regione e Comuni, invero, un livello di governo intermedio è consi-

la nuova conformazione degli enti locali

tanto che, nel presente, lo sviluppo di tali attività è stato direttamente collegato ad una «riorganizzazione degli ambiti territoriali di riferimento (a livello sovracomunale) e all'accorpamento delle gestioni in relazione a bacini di utenza più vasti così da rendere più efficiente la gestione attraverso economie di scala»¹⁴.

L'originario «dimensionamento» che caratterizzava l'assetto più risalente dei pubblici servizi locali, particolarmente di quelli a rete, facendo perno intorno al territorio provinciale è andato progressivamente incrinandosi, sostituito dal tentativo d'individuare (diverse) aree territoriali uniformi e omogenee per esigenze e necessità.

Ciò ha ulteriormente reso evidente l'incoerenza (quando non la totale assenza di un disegno) del riparto «geografico» e «funzionale» degli enti territoriali, alcuni dei quali devono la propria genesi addirittura alle fasi preunitarie¹⁵, sia in Assemblea costituente che nelle riforme successive. Incoerenza che ha afflitto tanto i comuni (si pensi al non ancora risolto problema dei comuni «polvere»¹⁶ o «Lilliput» come il fenomeno è stato, più di recente, definito in contrapposizione al problema diametralmente opposto dei comuni «megapoli»¹⁷), quanto le province¹⁸, senza lasciare peraltro indenni le

derato indispensabile – non solo dai giuristi, ma anche – dagli studiosi di urbanistica e di economia, al fine di risolvere la questione della dimensione geografica 'ottimale' per la resa dei servizi pubblici locali. In altre parole, non appare revocabile in dubbio che l'inscindibile nesso fra *funzione* e *struttura* impone di tenere insieme nella riflessione, da un lato, la questione delle funzioni proprie di un ente territoriale, e, dall'altro, la questione della dimensione (e perciò degli effettivi confini) della circoscrizione geografica dell'ente, in modo che risulti, in conseguenza, adeguata allo svolgimento delle sue funzioni». Cfr. anche G.C. De Martin e G. Meloni, *L'amministrazione di area vasta*, in *Semplificare l'Italia*, a cura di F. Bassanini e L. Castelli, Firenze, Passigli, 2008.

¹⁴ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 379.

¹⁵ F. Merusi, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 320, rispetto alla problematica, generalizzata in Europa, di reperire «mercati rilevanti» a livello locale afferma che «il fenomeno è tanto più vero in Italia dove la configurazione soggettiva dei poteri locali, quelli comunali, è sempre rimasta imm modificata, o modificata soltanto in casi marginali, dai tempi della legge Rattazzi in poi (1859) con la quale si legittimarono le comunità locali così com'erano, rinunciando ad una razionalizzazione dei poteri dell'ambito amministrativo delle comunità locali».

¹⁶ M.S. Giannini, *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 455 ss.

¹⁷ Entrambe le definizioni si devono a L. Vandelli, *Il Governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2014, 19 ss.

¹⁸ Che comunque in tempi non così risalenti venivano considerate da T. Groppi e L. Vandelli, *Forma dello Stato e Titolo V; La Repubblica delle autonomie*, consultabile in www.astrid-online.it, 21 luglio 2005, quali enti «la cui esistenza non è ormai più messa in dubbio, destinatari primari delle funzioni amministrative, in applicazione del principio di sussidiarietà».

stesse regioni la cui effettiva utilità è stata a più riprese messa in discussione¹⁹. Il che ha finito, altresì, per determinare negative ricadute sul «governo» dei servizi pubblici locali e la prolungata scarsa proliferazione delle norme comunitarie nel settore²⁰.

Così che l'organizzazione di questi è stata per lo più disattenta nei confronti dell'effettiva qualità ed economicità dei singoli servizi, e le relative discipline sono state a lungo impermeabili alla penetrazione delle regole, soprattutto europee, tendenti a rafforzare l'ingresso della concorrenza e a meglio definire obiettivi e caratteristiche imprescindibili del «servizio pubblico universale»²¹ a vantaggio dell'utenza²².

2. Il rapporto enti locali territoriali/servizi pubblici locali alla luce delle attuali tendenze normative

2.1. Il percorso di revisione degli enti territoriali, soprattutto intermedi, tra esigenze di razionalizzazione e carenza di un disegno territoriale organico

La necessità di pervenire a un sistema di enti locali corrispondenti alle esigenze dei territori e capace di esercitare proficuamente le funzioni relative alla miglior gestione e organizzazione dei servizi pubblici locali è, dunque, esigenza avvertita da tempo che s'inserisce, peraltro, all'interno del più ampio tema del rapporto autonomie territoriali/Unione europea²³. Ed, in-

Enti, dunque, non solo da non depotenziare o sopprimere ma semmai da consolidare. Ma si veda anche, successivamente, L. Vandelli, *Il Governo locale*, cit., 38.

¹⁹ Cfr. ad esempio *Un federalismo dei valori. Percorso e conclusioni di un programma della Fondazione Giovanni Agnelli (1992-1996)*, a cura di M. Pacini, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1996, dove si ipotizzava la riduzione del numero delle regioni da 20 a 12. Tema, questo, che è tornato recentemente al centro del dibattito politico-istituzionale.

²⁰ F. Merusi, *Lo schema della regolazione*, cit., 319, osserva, appunto, che «lo schema adottato dalla Comunità sul modello inglese per i servizi pubblici economici generali si è infranto nei confronti dei servizi pubblici locali per i quali risultava impossibile, o possibile soltanto in casi eccezionali, identificare un mercato rilevante nel quale introdurre una simulazione di concorrenza e, alla fine, una concorrenza *tout court*».

²¹ G.F. Cartei, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002.

²² Si veda di recente M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in questa *Rivista*, 2012, 505 ss.

²³ Cfr. A. Patroni Griffi, *La «questione» regionale ed il futuro dell'Europa*, in *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, a cura di L. Chieffi, Torino, Giappichelli, 2009, 36 ss. In relazione al coinvolgimento degli enti locali nelle politiche di coesione dell'Unione europea cfr. E. Pucciarelli, *Le autonomie locali italiane nelle politiche di coesione un*

la nuova conformazione degli enti locali

fatti, l'individuazione di aree metropolitane a vocazione sovracomunale è tendenza, ormai diffusa negli ordinamenti europei, che va fondandosi sull'idea di (grandi) città metropolitane intorno alle quali far ruotare il complesso delle funzioni amministrative locali.

Esempio questo che, sul piano nazionale, ha dato origine a percorsi di riforma che hanno forse mancato di provvedere ad una riflessione più profonda, anche di livello comparato, riguardante, ad esempio, le possibili forme di interazione Stato/città metropolitane e, soprattutto, il complesso rapporto che andrà ad instaurarsi tra città metropolitane e regioni. A tal proposito basti pensare, in questa sede, alla recente attribuzione alle città metropolitane di ampie funzioni programmatiche, che si esemplificheranno meglio più oltre soprattutto nel confronto con le scarse attribuzioni assegnate alle residue province, proprio in ordine ai servizi pubblici locali. Devoluzione avvenuta, peraltro, con legge statale in una materia tradizionalmente ricondotta all'alveo della competenza residuale delle regioni. Il che lascia presupporre l'ipotizzabile determinarsi di una certa conflittualità città metropolitane/regioni²⁴ a seguito di una più forte legittimazione assegnata ad un ente intermedio, la città metropolitana, evidente soprattutto perché la partecipazione delle regioni al processo di riordino pur prevista dall'art. 1, c. 91, l. Delrio, appare una sorta di «chiamata in sussidiarietà» delle regioni rispetto a funzioni già riconosciute alle città metropolitane a «detrimento» proprio delle regioni, dalla fonte statale²⁵.

2.2. Limiti del percorso di riforma

Dimodoché non pare potersi negare che, almeno sotto questi profili, il travagliato processo normativo di riordino²⁶, anche costituzionale²⁷ (*infra par.*

confronto tra principi e prassi, in *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 271 ss.

²⁴ In senso conforme S. Staiano, *Tecniche normative e qualità della regolazione: il caso della Città metropolitana*, in *federalismi.it*, rivista on-line, 2014, n. 3, 11.

²⁵ A. Lucarelli, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, in *federalismi.it*, rivista on-line, 2014, n. 3, 6.

²⁶ Peraltro inciampato anche in una pronuncia d'incostituzionalità. Si veda, a questo proposito, C. cost., sentenza 3 luglio 2013, n. 220, in G.U. 24/07/2013, n. 30, con la quale, si statuisce che il processo di riforma degli enti locali non può essere attuato con decreto legge. Sul punto, F. Monceri, *Spunti di riflessione sull'indefettibilità del principio di democrazia partecipativa nella definizione delle circoscrizioni territoriali provinciali*, in *federalismi.it*, rivista on-line, 2014, n. 1, 18 ss.

²⁷ D.d.l. costituzionale *Renzi-Boschi*, A.S. n. 1429/2014, approvato in prima lettura in

5) degli enti locali abbia dimostrato non pochi limiti tanto rispetto ai rapporti interistituzionali quanto alle esigenze di razionalizzazione del sistema²⁸.

La problematica «territoriale», all'esito di un complesso di riforme (tuttora in corso) originate da una situazione di emergenza economica, ha dunque rischiato di riversarsi identica a se stessa sul nuovo assetto degli enti locali che va delineandosi²⁹, e di cui si dirà subito oltre, da chi osserva che «infine vi è la questione delle forme di governo e di *governance*, su cui intendendo ora soffermarmi, perché è fin troppo facile scorgere, da parte di economisti, urbanisti o sociologi urbani, una sorta di presa di distanza da un'idea di città metropolitana che risultasse imperniata esclusivamente sulla dimensione giuridica amministrativa, denotata dunque solo dai confini amministrativi, dalle province, da un governo dei perimetri, senza tener conto dei presupposti reali di un vero processo di *governance*. Per corrispondere al quale, peraltro, non si potrebbe non condividere l'opinione che una perimetrazione, esclusivamente basata, ad esempio, sulla dimensione provinciale, non potrebbe esprimere le esigenze economiche e funzionali, né quelle di aree metropolitane ristrette, né di altre allargate o integrate»³⁰. Da questo punto divista, le più recenti linee di tendenza normativa volte al riassetto degli enti locali si mostrano, in effetti, solo limitatamente fondate su una puntuale analisi di *governance* territoriale.

data 8 agosto 2014, approvato con modificazioni in data 10 marzo 2015 (A.C. 2613), tuttora all'esame delle Camere (A.S. 1429-B).

²⁸ A questo proposito L. Vandelli, *Il governo locale*, cit., 20, ricorda come già nel dibattito dottrinale nell'imminenza dell'approvazione della legge n. 142/1990 «si poneva in discussione l'opportunità stessa di procedere alla riforma prima di aver realizzato un complessivo riordino territoriale», relativo principalmente ai problemi del livello comunale (si veda *retro* note 16 e 17).

²⁹ A questo proposito è necessario ricordare che la sentenza n. 50/2015 della Corte costituzionale, depositata il 26 marzo 2015, ha respinto tutte le obiezioni di legittimità costituzionale avanzate nei confronti di forma di governo e procedimento istitutivo delle città metropolitane e nei confronti del processo di riordino delle funzioni provinciali. Tra i molti commenti critici e tale decisione si veda almeno L. Vandelli, *La legge "Delrio" all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Astrid Rassegna*, 2015, 1, che pur condividendo l'esito finale della decisione, nel senso della piena legittimità costituzionale della legge, osserva che i temi affrontati nei ricorsi non siano stati che appena lambiti da una motivazione che sembra dettata da una impaziente premura di liberarsi da un noioso fastidio. Si veda anche A. Spadaro, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Aic*, 2/2015, 1 s., che si esprime in netto dissenso dalle conclusioni della Corte rilevando un eccesso di aspettative nei confronti della giustizia costituzionale che si mostra, invece, spesso incapace di rimediare ai danni prodotti dal legislatore.

³⁰ Cfr. L. Benvenuti, *Riflessioni in tema di città metropolitana*, in *federalismi.it*, 2013, n. 5, 3.

la nuova conformazione degli enti locali

Analisi che avrebbe, peraltro, dimostrato non solo la necessità di una più attenta, coerente e differenziata allocazione degli enti locali, particolarmente di quelli di area vasta, rispetto alle reali esigenze dei territori, ma anche spinto ad un ripensamento di attribuzioni e funzioni di tutti gli enti territoriali anche nei loro vicendevoli rapporti ed in quelli con lo Stato centrale. Al contrario lo stesso, meccanico, avvicendamento delle città metropolitane sul medesimo territorio delle vecchie province denota perlomeno una sottovalutazione della «questione territoriale», esigenza senz'altro posta dal legislatore alla volontà principale di eliminare un livello direttamente rappresentativo (e retribuito).

2.3. I possibili effetti positivi sul governo dei servizi pubblici locali. Dalla conflittualità alla collaborazione

Ciononostante, nel nuovo orizzonte che va prendendo forma con una certa fatica non è impossibile scorgere elementi che potranno consentire nuova vitalità al sistema dei servizi pubblici locali. Infatti, a voler tentare di dar ulteriore corso delle autorevoli considerazioni che precedono, relativamente alla congerie di attività che vanno a comporre il servizio pubblico locale pare potersene concludere preliminarmente che:

- le attività del servizio pubblico locale postulano la capacità d'individuare ambiti territoriali di gestione ed organizzazione del servizio anche diversi, quando necessario, dai confini dei singoli enti territoriali interessati. Come corollario a quanto appena detto, tali ambiti devono poter essere ripensati con una fluidità maggiore di quanto avviene per gli enti territoriali che, per poter svolgere il loro complesso di funzioni, devono invece essere caratterizzati da una certa stabilità, dal momento che ogni nuova architettura istituzionale comporta le diseconomicità proprie di ogni periodo di transizione³¹;

- all'esito dell'individuazione dell'ambito territoriale ottimale per l'esercizio del singolo servizio pubblico locale occorre successivamente chiedersi se le relative funzioni di «area vasta» possano essere utilmente (e costituzionalmente) assegnate ad organi «tecnici burocratici» ovvero ad «organi politico rappresentativi»³²;

³¹ F. Monceri, *Spunti di riflessione sull'indefettibilità del principio di democrazia partecipativa nella definizione delle circoscrizioni territoriali provinciali*, cit., 16.

³² G. Clemente di San Luca, *op. cit.*, 3 s. Si veda anche, più in generale, sul rapporto tra sfera politica e burocrazia, R. Bin, *Stato delle autonomie vs. governo della burocrazia*, in *www.fo-rumcostituzionale.it*, 2014; cfr. anche M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità*, cit., 522, che, nel-

- l'alternativa che precede non pare poter essere risolta se non a favore della «necessarietà» di enti di governo di «area vasta» che conservino funzioni di programmazione certamente non assorbibili dai singoli comuni o dalle regioni³³, poiché solo in tal modo il sistema si mostrerà coerente con l'architettura costituzionale che fa perno almeno sugli art. 5 e 43 Cost., ai quali ogni revisione del Titolo V della Costituzione deve ispirarsi;

- dal che discende che le questioni più rilevanti appaiono proprio quelle relative al governo, alla programmazione e alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali sul territorio, dal momento che esse andranno sempre di più affidandosi alla «concertazione» e alla «collaborazione» tra enti territoriali³⁴ chiamati non solo a governare i propri territori per il mandato elettorale ricevuto, ma anche ad organizzare i servizi pubblici locali (di «area vasta») nel momento in cui vengono, contemporaneamente, incaricati di concorrere al governo di enti di secondo livello con funzioni variamente programatorie (con un quadro che si complica ulteriormente nei casi, tutt'altro che rari data la recente inclinazione all'accorpamento, in cui il servizio venga organizzato in modo da esorbitare i confini della singola provincia o città metropolitana). Il che determinerà senza dubbio possibili (ulteriori) conflitti tra amministrazioni di segno politico diverso (ma presenti nei medesimi enti di «area vasta») e un quadro reso incerto dai frequenti cambiamenti delle compagini di riferimento a seguito delle periodiche consultazioni elettorali. Ma forse determinerà anche una maggiore responsabilizzazione della classe politica locale impegnata, collegialmente, a collaborare per lo sviluppo del territorio (in questo secondo senso si potrebbe, in effetti, assistere ad un cambio di paradigma con il superamento della dicotomia provincia (o città metropolitana)/comuni per il tramite dell'inclusione dei secondi nel governo dell'«area vasta»).

l'ambito delle vicende del servizio idrico integrato, afferma, in riferimento alla decisione n. 199/2012 della Corte costituzionale: «Quel che si è sanzionato, a mio avviso, non è soltanto (e non è tanto) il comportamento del legislatore che non si è curato di ciò che la volontà popolare aveva espresso, ma anche (e soprattutto) il tentativo di strappare l'ambito dei servizi pubblici dalla partecipazione diretta degli enti locali».

³³ In questo senso, riguardo al complesso delle funzioni provinciali e alla compatibilità con le previsioni di cui all'art. 118 Cost., cfr. F. Merloni, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del Titolo V*, in *Ist. fed.*, 2014, 216 ss.

³⁴ P. Forte, *Il percorso costitutivo delle città metropolitane: nascita di un ente territoriale*, in *Ist. fed.*, 2014, 337 ss.

3. Le possibilità offerte dalla l. n. 56/2014 agli enti locali per una maggiore flessibilità nell'espletamento delle funzioni inerenti ai servizi pubblici locali

Come anticipato, su tale (complesso) sistema degli enti locali che va così prendendo una fisionomia anche qualitativa del tutto nuova sono di recente intervenute alcune significative riforme legislative³⁵ di livello pressoché esclusivamente statale³⁶ che, pur originate anche da una situazione di diffusa crisi economica e dalla conseguente volontà di ridurre i costi della politica³⁷, sembrano poter determinare ponderose ricadute, anche positive, sul sistema dei servizi pubblici locali nella misura in cui risultano dar corso ad una maggiore «flessibilità» e «differenziazione» degli enti locali territoriali³⁸.

Evoluzione questa cui qualcuno attribuisce, purtuttavia, una certa vigenza depotenziante i medesimi enti locali, dal momento che alle caratteristiche «dell'autonomia, della sussidiarietà, della democraticità degli organi di governo» vanno sostituendosi principi che impongono «la logica del buon

³⁵ Riforme che includono, come già accennato, anche una riforma costituzionale *in itinere* con potenziali effetti sul sistema degli enti territoriali, sul riparto di competenze Stato/regioni e sulla composizione del nuovo Senato della Repubblica.

³⁶ Culminate con l'approvazione della legge 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni* (c.d. legge Delrio), della quale è già disponibile l'ampio commento di L. Vandelli, *Città metropolitane, province, unione e fusione di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata c. per c.*, Rimini, Maggioli, 2014. Si veda anche F. Fabrizzi, G.M. Salerno, *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, Jovene, 2014. Ed anche le considerazioni di F. Merloni, *Semplificare il governo locale? Partiamo dalle funzioni*, in *Le autonomie della Repubblica: la realizzazione concreta*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2013. Rispetto al nodo problematico del «riordino» delle competenze Stato/regioni in discorso si veda C. Tubertini, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *Ist. fed.*, 2014, 197 ss., la quale segnala una progressiva estensione delle competenze statali in materia ben oltre i limiti assegnati dalla riforma costituzionale del 2001.

³⁷ In argomento S. Staiano, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in *Federalismi.it*, rivista on-line, 2012; C. Tubertini, *La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello?*, in *Ist. fed.*, 2012, 697, segnala che, sebbene il fenomeno attraversa trasversalmente la gran parte dei paesi europei, cionondimeno «l'Italia è il paese in cui l'ordinamento degli enti locali sembra essere oggetto delle trasformazioni più significative». Cfr. anche A. Deffenu, *Il ridimensionamento delle province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2012, n. 3; L. Vandelli, *Crisi economica e trasformazione del livello locale*, in *www.astrid-online.it*, 2011.

³⁸ Si vedano le considerazioni di C. Tubertini, *Area vasta e non solo*, cit., 199 ss. *Contra* S. Staiano, *Tecniche normative e qualità della regolazione*, cit., 8.

andamento, dell'efficienza e dell'economicità», cosicché «l'autonomia dei poteri locali appare venire dopo; appare cioè condizionata dalla necessaria sussistenza di alcuni elementi, territoriali, funzionali, dimensionali che rendono razionale, sostenibile, e giustificabile la presenza di un livello amministrativo di governo e la sua azione»³⁹.

In ogni caso, l'idea di tre soli livelli di governo ad elezione diretta, e di una più decisa possibilità «istituzionale» assegnata a comuni, unioni di comuni, province e città metropolitane di collaborare tra loro⁴⁰ al fine di individuare in maniera più «fluida» le forme di organizzazione dei servizi pubblici locali, può essere considerata come un evidente passo in avanti verso quelle che da sempre sono ritenute esigenze oggettive dei servizi pubblici locali⁴¹ sempreché, come detto, in sede applicativa tali enti dimostrino di poter superare ostacoli determinati anche dalla carenza di risorse e dal diverso orientamento politico che può caratterizzare amministrazioni che pur hanno necessità ed interessi specifici comuni⁴², nonché un'evidente tendenza alla ricentralizzazione delle scelte⁴³.

3.1. Verso una differenziazione degli enti locali territoriali

In particolare la legge Delrio è intervenuta sul sistema dei cosiddetti «enti intermedi» determinando, tra l'altro, l'attuazione di dieci città metropolitane che vanno ad insediarsi sui territori delle corrispondenti province sostituendosi⁴⁴, l'eliminazione della diretta rappresentatività popolare delle

³⁹ G. Piperata, *I poteri locali: da sistema autonomo a modello razionale e sostenibile*, in *Ist.fed.*, 2012, 519 s. Per una lettura della nozione di «autonomia» come partecipazione dinamica a sistemi complessi si veda M. Cammelli, *Le società strumentali delle Fondazioni: note introduttive*, in *www.Aedon.mulino.it*, rivista on-line, 2009, n. 1.

⁴⁰ Si veda P. Barrera, *Città metropolitane, nuove province e piccoli comuni: una buona legge che sollecita un cambiamento culturale*, in *Astrid rassegna*, 27 marzo 2014.

⁴¹ *Contra* G. Caia, *Le nuove discipline*, cit., 7, che sul punto della «differenziazione territoriale» osserva la necessità di «non pervenire a discipline regionali e soluzioni locali che siano troppo diversificate e dunque disomogenee, perché la tutela della concorrenza non deve prevaricare l'autonomia territoriale ma neppure venire da essa dissolta».

⁴² Sul connesso problema dell'attribuibilità delle funzioni relative ai servizi di «area vasta» a soggetti «tecnici burocratici» e non «politici rappresentativi» si veda G. Clemente di San Luca, *Le ragioni*, cit., 3 s.

⁴³ Si pensi ad esempio alle recenti norme del d.lgs. c.d. *Sblocca Italia* che, in merito all'obbligatorietà della adesione degli enti locali agli enti di governo dell'ambito, introduce consistenti poteri sostitutivi assegnati a regioni e Stato (vedi *infra*).

⁴⁴ Rispetto alla decisione, poi definitivamente mantenuta nella legge Delrio, di insediare la città metropolitana sul medesimo territorio della corrispondente provincia si vedano le osservazioni critiche di L. Benvenuti, *Città e territori nell'età della crisi (a proposito del libro Le grandi*

la nuova conformazione degli enti locali

province residue e delle città metropolitane, e, ai fini del presente discorso, consentendo la possibilità che province e città metropolitane possano assumere funzioni differenziate da territorio a territorio. L'art. 1, c. 46, della legge Delrio ammette, infatti, che «Lo Stato e le regioni, ciascuno per le proprie competenze, possono attribuire ulteriori funzioni alle città metropolitane in attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui al primo c. dell'articolo 118 della Costituzione». Così, soprattutto qualora alcune regioni decidessero di esercitare questa facoltà si realizzerebbe un sistema oltremodo differenziato degli enti intermedi, anche in considerazione di quanto disposto nell'art. 1, c. 89, della medesima legge in ordine al possibile trasferimento, da parte di Stato e regioni secondo le rispettive competenze, di funzioni al fine di individuare l'ambito territoriale ottimale di esercizio per ciascuna funzione.

Ma il principale elemento che pare spingere verso una differenziazione territoriale, precipuamente tra le città metropolitane, è l'ampio potere che viene loro assegnato in sede statutaria, che sembra offrire un ventaglio di possibili forme di organizzazione molto ampio e capace di dare risposte differenziate a seconda delle diverse esigenze dei territori⁴⁵. Di tal che l'analisi dei reali effetti dell'istituzione delle città metropolitane sul sistema degli enti locali non può non essere rimandato al momento in cui l'approvazione dei singoli statuti renderà intelligibile in quale misura le città metropolitane avranno effettivamente attinto alle possibilità loro offerte dalla legge⁴⁶.

In ogni caso, sul piano teorico, ad uno schema che postulava una certa rigidità dell'ente intermedio rispetto al territorio amministrato, si va sostituendo un sistema di enti territoriali che si annuncia caratterizzato da una certa fluidità almeno rispetto alla possibile collaborazione inter-istituzionale nel settore dei pubblici servizi, mentre in parte trascurata appare l'esigenza di «un reale coinvolgimento dei cittadini alla gestione di beni e servizi, che è poi il cardine e il senso di una democrazia che voglia davvero trovare un bilanciamento tra istanze rappresentative e istanze partecipative»⁴⁷.

città italiane. Società e territori da ricomporre, a cura di Giuseppe Dematteis), in Ist. fed., 2012, 995; ed anche F. Patroni Griffi, La Città metropolitana e il riordino delle autonomie territoriali. Un'occasione mancata?, in federalismi.it, rivista on-line, 2013. Si veda altresì, di recente, B. Caravita di Toritto, Città metropolitana ed area vasta: peculiarità ed esigenze del territorio italiano, ibidem, 2014, n. 3, par. 2.

⁴⁵ Sul punto, in chiave comparata con la Francia, si veda L. Vandelli, *Les réformes territoriales en France et en Italie: parallélismes et divergences*, in *www.astrid-online.it*, 2014, 4 ss.

⁴⁶ L'iter in fieri di approvazione degli statuti delle città metropolitane è seguito e commentato sul relativo forum di *Federalismi.it*.

⁴⁷ L. Benvenuti, *Riflessioni in tema di città metropolitana*, cit., 8.

Il valore aggiunto di questa maggiore rispondenza dell'ente locale alle specifiche esigenze del territorio amministrato potrebbe, comunque, avere effetti positivi sul complesso dei servizi pubblici locali proprio per la valorizzazione degli strumenti di individuazione degli ambiti ottimali di prestazioni e funzioni⁴⁸. La rigidità che caratterizzava il precedente modello andrebbe dunque cedendo il passo a un sistema di enti territoriali pensato per organizzarsi in maniera differenziata a seconda delle funzioni e delle singole prestazioni da garantire sul territorio. Anche se, come detto, resta da verificare con quale vigore le città metropolitane vorranno utilizzare le facoltà concesse loro in sede di redazione dello statuto, è comunque da attendersi che attraverso il medesimo si provveda a «disciplina(re) i rapporti tra i comuni e le loro unioni facenti parte della città metropolitana e la città metropolitana in ordine alle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni metropolitane e comunali, prevedendo anche forme di organizzazione in comune, eventualmente differenziate per aree territoriali⁴⁹».

Ancora nel senso di una maggiore flessibilità dei profili organizzativi dei servizi pubblici locali sembra muoversi anche l'art. 1, c. 147, della legge Delrio nella misura in cui fa esplicito riferimento al fatto che la ricerca dell'ambito territoriale ottimale va condotta tendendo presente le esigenze dell'attività in maniera anche indipendente dalle rigide ripartizioni territoriali: «[...] il livello provinciale e delle città metropolitane non costituisce ambito territoriale obbligatorio o di necessaria corrispondenza per l'organizzazione periferica delle pubbliche amministrazioni. Conseguentemente le pubbliche amministrazioni riorganizzano la propria rete periferica individuando ambiti territoriali ottimali di esercizio delle funzioni non obbligatoriamente corrispondenti al livello provinciale o della città metropolitana» (art. 1, c. 147).

Nonostante, dunque, che la tematica del (ri)dimensionamento degli enti locali territoriali sia stata, forse, eccessivamente trascurata nei confronti di altro e diverso tipo di esigenze pubbliche, si va sempre più consolidando l'idea di una possibile scissione tra gli organi «politico-rappresentativi» detentori delle funzioni di garanzia di risultato delle prestazioni del servizio pubblico locale, e l'effettiva organizzazione «tecnico-burocratica» dello stesso che necessita, per funzionare al meglio, di muoversi all'interno di perimetri non ancorati a fisse partizioni territoriali. Dal momento che, allo stato, tale funzione di garanzia assegnata agli organi «politico-rappresenta-

⁴⁸ Per una valutazione complessiva delle funzioni delle città metropolitane e della tendenza a realizzare un modello «super locale» o «super municipale» di *governance* cfr. A. Lucrelli, *Le Città metropolitane. Tipi di Stato e trasformazioni territoriali*, cit., 5.

⁴⁹ Art. 1, c. 11, lett. b), l. 56/2014.

la nuova conformazione degli enti locali

tivi» che conservano, comunque, una certa rigidità territoriale, appare nondimeno indiscutibile, l'unica via perseguibile sembra essere rappresentata dallo sviluppo di ulteriori forme di collaborazione interistituzionale variamente differenziate per territorio e servizio a seconda delle esigenze. Direzione questa che la riforma in commento tende, nel suo complesso, ad intraprendere.

3.2. Il problema delle risorse e della "ricentralizzazione" delle decisioni

Per quanto dal percorso che si è descritto emergano positive novità volte ad indurre gli enti locali territoriali a divenire un «sistema collaborativo» per la gestione dei pubblici servizi locali non può, nondimeno, essere dimenticato il contesto generale all'interno del quale la riforma ha preso corpo, soprattutto per gli effetti che essa può determinare sulla concreta capacità di tali enti di approfittare delle nuove opportunità loro concesse.

Ne è conferma il fatto che proprio l'art. 1, c. 147, l. Delrio, appena sopra richiamato, mostra un'evidente ispirazione economica di taglio della spesa: «Fermi restando gli interventi di riduzione organizzativa e gli obiettivi complessivi di economicità e di revisione della spesa previsti dalla legislazione vigente». Stendendo, così, un'ombra sulle reali possibilità dei nuovi enti locali di fruire appieno delle notevoli possibilità loro concesse in ordine alla riorganizzazione e gestione dei servizi pubblici locali.

La maggiore capacità degli enti locali, per come essi vanno ridisegnandosi, di adattarsi alle concrete necessità dimensionali e organizzative dei servizi pubblici locali potrebbe, infatti, rimanere un'occasione perduta se le esigenze di riduzione della spesa risultassero, poi, di ostacolo alla devoluzione delle risorse necessarie al finanziamento del servizio pubblico locale; tanto più che l'«autonomia» degli enti locali, intesa come possibilità di adattamento della disciplina riguardante il proprio personale alle situazioni contingenti, appare già fortemente ridotta rispetto al passato a seguito dell'approvazione del d.lg. 27 ottobre 2009, n. 150⁵⁰.

Dimodoché, mentre la razionalizzazione del sistema degli enti locali attraverso l'inserimento di elementi di flessibilità rispetto alle prestazioni che essi sono chiamati a garantire sui territori è senz'altro un valore che meritava da tempo di essere coerentemente perseguito, la mera ricentralizzazione di decisioni e risorse si mostra come obiettivo contrario agli stessi orienta-

⁵⁰ Si veda A. Pioggia, *Gli enti locali di fronte all'attuazione della riforma Brunetta. Chi crede nelle autonomie?*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di G. Gardini e Stefano Battini, Bologna, Bononia University Press, 2012, 79 ss.

menti europei in tema di sussidiarietà (soprattutto i più recenti), quando non anche controproducente rispetto agli obiettivi di riduzione della spesa generale e di salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni. Ma ciò si inserisce in un discorso più ampio di crisi economica europea e globale cui si tende a reagire, in maniera diffusa, attraverso misure emergenziali di riduzione dello spazio di azione degli enti locali anche in modo forse incompatibile con le ampie garanzie che molte delle costituzioni contemporanee assegnano agli enti territoriali⁵¹.

In riferimento a tale situazioni, la competenza esclusiva statale relativa alla garanzia dei livelli delle prestazioni appare, infatti, di scarsa efficacia quando non sostenuta dall'azione di enti locali posti nelle condizioni di sovrintendere all'erogazione e alla gestione, "variamente associata", pubblica o privata dei servizi sul territorio.

4. Città metropolitane e province. Una doppia velocità nello sviluppo dei servizi pubblici locali

Un secondo nodo problematico, da evidenziare per le sue possibili ricadute sul sistema dei servizi pubblici locali, riguarda il tortuoso percorso di ridefinizione degli enti di area vasta; livello amministrativo cui a tutt'oggi sono assegnate funzioni capitali in tema di servizi pubblici locali. Allo stato dell'arte, tra questi giganteggia il ruolo assegnato alle città metropolitane (con gli elementi di possibile conflittualità rispetto alle corrispondenti regioni di cui si è detto), mentre più incerta si staglia la fisionomia delle residue province, non più in imminente liquidazione come si era pensato e comunque fortemente depotenziate, e degli altri enti di «area vasta» che potrebbero essere individuati per via legislativa.

Infatti, nonostante che il nuovo sistema degli enti territoriali sembri meglio rispondere alle invocate esigenze di differenziazione territoriale, sarebbe però inesatto attribuire le stesse potenzialità a città metropolitane e province residue che presentano evidenti differenze anche rispetto al complesso di funzioni inerenti ai servizi pubblici locali; circostanza, questa, confermata anche sul piano definitorio dalla legge 56/2014 che distingue tra città metropolitana come ente territoriale di «area vasta a finalità istituzio-

⁵¹ In questo senso G.C. De Martin, *Appunto per audizione del Prof. Gian Candido De Martin sul ddl 212, I Commissione-Senato della Repubblica*, 14 gennaio 2014, in www.senato.it, 2; G. Piperata, *op. cit.*, 507. Che rimanda anche a P. Perulli, *Politiche locali decentralizzazione e ricentralizzazione*, in *Stato e Mercato*, n. 90, 2010.

la nuova conformazione degli enti locali

nali generali» (art.1, c. 2, l. 56/2014) e provincia, più limitativamente, come «semplice» ente di «area vasta».

4.1. Gli ampi poteri programmatori assegnati alle città metropolitane in tema di servizi pubblici locali

In altri termini, la riforma sembra profondamente incentrata sul ruolo della città metropolitana cui sono assegnati anche ampi poteri di pianificazione pluriennale che le dovrebbero consentire, tra l'altro, di porre in essere quelle valutazioni, previste dal legislatore europeo nella nuova direttiva concessioni, propedeutiche alla scelta della modalità di organizzazione e gestione del singolo servizio, soprattutto rispetto alla «giustificabilità» del modello *in house providing*.

A questo proposito, la disciplina di settore del servizio idrico integrato, contenuta nel d.lg. c.d. *Sblocca Italia*⁵², sembra muoversi in piena sintonia con l'esigenza interna e comunitaria di una maggior ponderazione delle scelte di organizzazione e di gestione del servizio da parte degli enti locali, ai quali viene oggi imposta un'attività programmatrice di stampo prettamente «privatistico». Con l'aggiunta dell'art. 149 *bis* al Codice dell'Ambiente si richiede, infatti, che «l'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L'affidamento diretto può avvenire a favore di società in possesso dei requisiti

⁵² Ci si riferisce al decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, c.d. *Sblocca Italia* (in Gazzetta Ufficiale – serie generale – n. 212 del 12 settembre 2014), coordinato con la legge di conversione 11 novembre 2014, n. 164, recante: «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive» che, anche alla luce delle recenti tendenze di riforma degli enti locali territoriali (vedi *infra*), modifica ed integra sensibilmente il d.lgs. 152/2006 (Codice dell'ambiente). Prevedendo, in particolare: a) la partecipazione obbligatoria degli enti locali agli enti d'ambito (art. 147, c. 1, d.lgs. 152/2006); il potere sostitutivo della regione interessata ed, eventualmente, dello Stato in caso di mancata adesione degli enti locali agli enti di governo dell'ambito entro il termine prefissato (art. 147, c. 1 *bis*, d.lgs. 152/2006); b) la necessità di tener conto, nell'individuazione degli ambiti territoriali ottimali del principio «dell'unicità della gestione» (art. 149 *bis*, d.lgs. 152/2006); c) la necessità di tener conto, nell'individuazione degli ambiti territoriali ottimali del principio «dell'unicità della gestione». In aggiunta a ciò, le «Autorità d'ambito» prendono significativamente il nome di «Enti di governo dell'ambito» (art. 7, n. 1, lett. a, l. n. 164/2014).

prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, partecipate esclusivamente e direttamente da enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale». Parimenti il c. 2 *bis* del medesimo articolo, nel prevedere che «al fine di ottenere un'offerta più conveniente e completa e di evitare contenziosi tra i soggetti interessati, le procedure di gara per l'affidamento del servizio includono appositi capitoli con la puntuale indicazione delle opere che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio», dà per presupposto che per l'innanzi le scelte degli enti locali non potranno non essere supportate dalla redazione di un vero e proprio «piano industriale» che consenta di dare adeguata motivazione alle scelte compiute per l'affidamento del servizio (si veda anche il nuovo art. 158-*bis* del medesimo codice di settore).

Allo stesso modo, quando l'ambito territoriale ottimale del servizio viene a coincidere con l'intero territorio regionale, la possibilità pur ammessa di affidare la gestione a livello di provincia o città metropolitana è praticabile solamente «ove si renda necessario al fine di conseguire una maggiore efficienza gestionale ed una migliore qualità del servizio all'utenza» (art. 147, c. 2-*bis*, Codice dell'Ambiente), il che implica una capacità «pianificatoria» e di analisi anche pluriennale che, come si vedrà subito, sembra sicuramente attribuita alle città metropolitane ma non alle residue province. Ed infatti, l'art. 1, c. 2, della legge Delrio assegna specificamente alla città metropolitana compiti essenziali nel campo dei servizi pubblici locali quali «cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana».

Oltre a ciò, la città metropolitana «disciplina i rapporti tra i comuni e le loro unioni facenti parte della città metropolitana e la città metropolitana in ordine alle modalità di organizzazione e di esercizio delle funzioni metropolitane e comunali, prevedendo anche forme di organizzazione in comune, eventualmente differenziate per aree territoriali» (art. 1, c. 11, lett. a). Sul piano dei rilevanti poteri pianificatori assegnati alla città metropolitana in ordine al servizio pubblico locale viene ad essa anche demandata «l'adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico triennale del territorio metropolitano, che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei comuni e delle unioni di comuni compresi nel predetto territorio, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle regioni, nel rispetto delle leggi delle regioni nelle materie di loro competenza» (art. 1, c. 44, lett. a); nonché la «pianificazione territoriale generale, ivi comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle infrastrutture appartenenti alla competenza della comunità metropolitana,

la nuova conformazione degli enti locali

anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano» (art. 1, c. 44, lett. b); ed anche la «strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano. D'intesa con i comuni interessati, la città metropolitana può esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive» (art. 1, c. 44, lett. c).

4.2. Il depotenziamento delle funzioni di area vasta delle (residue) province in materia di servizi pubblici locali

Come anticipato, rispetto al governo dei servizi pubblici locali le province residue non risultano dotate di strumenti di analoga efficacia, il che induce a supporre che in tali territori il vantaggio per l'utenza possa essere di minore impatto soprattutto in un confronto comparativo con i territori metropolitani destinati a poter usufruire, peraltro, di rapporti privilegiati con il livello statale nei confronti delle stesse regioni. In maniera molto meno articolata di quanto previsto rispetto alle città metropolitane la legge Delrio, all'art. 1, c. 57, prevede, infatti, che «gli statuti delle province di cui al c. 3, secondo periodo, possono prevedere, d'intesa con la regione, la costituzione di zone omogenee per specifiche funzioni, con organismi di coordinamento⁵³ collegati agli organi provinciali senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

Molto ridotti anche i compiti di «pianificazione» della provincia rispetto al servizio pubblico locale, tra cui si annoverano funzioni sulla «pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, autorizzazione e controllo in materia di trasporto privato, in coerenza con la programmazione regionale, nonché costruzione e gestione delle strade provinciali e regolazione della circolazione stradale ad esse inerente» (art. 1, c. 85, lett. b); sulla «programmazione provinciale della rete scolastica, nel rispetto della programmazione regionale» (art. 1, c. 85, lett. c); nonché genericamente «cura dello sviluppo strategico del territorio e gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo» (art. 1, c. 86, lett. a). Mentre, in maniera questa volta simmetrica con quanto previsto per le città metropolitane, «la provincia può altresì, d'intesa con i comuni, esercitare le

⁵³ Intorno alla distinzione tra strumenti di «coordinamento» e vere e proprie «funzioni» in materia di servizi pubblici si veda F. Merloni, *Sul destino delle funzioni di area vasta*, cit., 219.

funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive» (art. 1, c. 88) pur limitatamente alle province montane di confine⁵⁴.

4.3. Le ragioni di una doppia velocità

Ne emerge un quadro in cui le differenti potenzialità dei due enti locali intermedi, provincia e città metropolitana, appaiono evidenti nella misura in cui, sebbene entrambi sembrano dotati di maggiori elementi di flessibilità, la sola città metropolitana appare disporre di quei poteri di «pianificazione» capaci di realizzare un reale sviluppo nell'area del servizio pubblico locale. Ciò soprattutto in ordine alla scelta del modello di gestione del servizio tra gestione privata, mista ed *in house providing* (e della dimensione territoriale del servizio e della sua gestione), che richiede, appunto, l'adozione di scelte coerenti con il diritto europeo conseguenti alla predisposizione di veri e propri «piani industriali»⁵⁵.

Le rilevate incongruenze sembrano comunque essere originate non tanto dalla volontà di emarginare quelle aree in cui sopravvive la vecchia provincia, quanto dalle variazioni in corso d'opera di un progetto di riordino che intendeva pervenire all'abolizione della provincia come ente intermedio e alla sua progressiva sostituzione con la città metropolitana (il progetto di legge distingueva tra città metropolitane «in sede di prima applicazione» e

⁵⁴ Su questo complesso aspetto della riforma cfr. G. Vesperini, *Il disegno del nuovo governo locale: le città metropolitane e le province*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 786 ss. Si veda anche E. Balboni, *Annotazione sulle città metropolitane e sulle nuove province oggi*, in www.forumcostituzionale.it, 3 dicembre 2014, 2, a giudizio del quale «le Province normali costituiscono oggi l'anello debole dell'amministrazione/autonomia locale».

⁵⁵ La richiamata direttiva concessioni (23/2014/UE), infatti, nell'ottica della creazione di una disciplina unitaria europea mirante a favorire opportunità commerciali per le piccole e medie imprese, si pone gli obiettivi di razionalizzare la materia con il fine ultimo di evitare sprechi di risorse pubbliche e di «offrire ai cittadini dell'Unione servizi di qualità a prezzi migliori» (cons.1). Rispetto alle scelte di gestione risulta evidente che l'Unione punta, innanzitutto, sulla capacità «programmatoria» degli enti chiamati ad organizzare e sovrintendere alla gestione dei pubblici servizi dal momento che «i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici in quanto concorrono al miglioramento della concorrenza in seno al mercato interno, consentono di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuiscono a conseguire efficienza ed innovazione» (cons.3). Tutti obiettivi che sembrano, appunto, imporre una cospicua attività di analisi precedente e fondativa del modello di gestione che l'ente andrà ad adottare; e, dunque, un sistema di enti locali, soprattutto di «area vasta», dotati di vere e proprie funzioni «programmatorie» e non di mero «coordinamento».

la nuova conformazione degli enti locali

città metropolitane che avrebbero potuto essere create successivamente). Il depotenziamento della provincia, evidente, come si è visto, anche in materia di pubblici servizi doveva, perciò, essere seguito da una successiva riforma costituzionale orientata non solo alla sua decostituzionalizzazione, come ora invece pare accadere, ma al suo definitivo superamento.

Da questo punto di vista, in sede applicativa, occorrerà senz'altro metter mano al sistema ibrido che ne è derivato in cui peraltro, in maniera non coerente se viene a cadere il presupposto dell'abolizione della provincia, la città metropolitana rimane nel novero degli enti territoriali dotati di copertura costituzionale mentre la provincia ne è esclusa.

5. Conclusioni

Ma quale che sia la sorte della provincia, la necessità di enti di area vasta di natura «politico-rappresentativa» (eventualmente indiretta)⁵⁶ posti nelle condizioni di sovrintendere alla gestione e organizzazione dei pubblici servizi locali nei territori dove non è insediata la città metropolitana appare, allo stato, innegabile il che lascia intendere che il riassetto territoriale complessivo, se pur positivamente avviato, non sia a tutt'oggi definitivamente concluso.

Anche perché problemi di ordine costituzionale sembrano affacciarsi alle porte almeno nella misura in cui il permanente riconoscimento della necessità costituzionale di enti di «area vasta» (almeno le città metropolitane), con funzioni di «area vasta» non direttamente attribuibili ai comuni o alle regioni, suscita evidenti dubbi circa la compatibilità costituzionale del sistema che va prendendo forma, sia per l'elezione indiretta di detti enti, sia per il delinearsi di un ente provincia che, per come è stato depotenziato, è già stato definito come ente in «controllo comunale»⁵⁷. Problematica che non pare potrà essere risolta con la semplice espunzione dal Testo costituzionale di ogni riferimento esplicito alla provincia⁵⁸.

⁵⁶ *Contra* F. Merloni, *Sul destino*, cit., 220, che, in chiave comparata rispetto agli altri paesi europei, osserva che «in 18 dei 20 paesi con ente intermedio politico, questo è dotato di funzioni amministrative proprie, diverse da quelle comunali, e di organi di governo direttamente elettivi».

⁵⁷ F. Merloni, *Sul destino*, cit., 236. *Contra* G. Meloni, *I nuovi statuti provinciali: spunti problematici e propositivi*, in *www.astrid-online.it*, 2014, 1 s.

⁵⁸ In particolare, nel testo della riforma costituzionale l'art. 28, d.d.l. A.S. 1429 è appunto rubricato «Abolizione delle Province»; l'art. 30 provvede invece a riscrivere la lett. p) dell'art. 117 Cost., eliminando il termine provincia ed anche la competenza relativa all'ordi-

A questo proposito si era osservato che il d.d.l. di riforma costituzionale del governo continuava, in ogni caso, a dare copertura costituzionale agli enti di area vasta dal momento che il (nuovo) art. 117, c. 2, lett. p), demandava allo Stato la competenza in materia di «ordinamento degli enti di area vasta», a conferma della necessarietà costituzionale di tali, ultimi, enti. Ed, infatti, forse per ovviare a tale inconveniente si è provveduto, nel testo approvato dal Senato, ad eliminare tale competenza dal numero delle attribuzioni statali *ex* 117 lett. p, mentre un riferimento agli enti di area vasta si rinviene abbastanza illogicamente nell'art. 40, 4, dell'A.S. 1429-B, recante le disposizioni finali in cui si fanno salvi i profili ordinamentali degli enti di area vasta definiti con legge dello Stato, mentre la competenza ad adottare ulteriori disposizioni in materia è affidata alla legge regionale.

Balza comunque evidente il fatto che almeno un ente di area vasta a finalità generali, la città metropolitana, continua (si potrebbe dire «comincia», data la recente istituzione) a ricevere copertura costituzionale, pur se sprovvisto di legittimazione diretta da parte degli elettori. Il che dimostra una evidente disparità con gli altri enti di «area vasta» che potranno essere creati con legge e, ovviamente con le province residue. Infatti, a questo punto, ci si troverebbe di fronte alle città metropolitane, enti dotati di copertura costituzionale e definiti dalla legge Delrio come enti di «area vasta»; alle province, enti espunti dalla Costituzione ma ancora presenti nella medesima legge come enti di «area vasta»; senza contare l'eventualità che il legislatore ordinario possa pur sempre creare, magari a fini particolari, ulteriori enti di «area vasta». Tanti enti di «area vasta», diversi, però, almeno quanto a derivazione, costituzionale o solo legislativa. Il che non potrà che riverberarsi sui profili relativi al loro dimensionamento, funzionamento e capacità di incidere sui territori.

Allo stato, ne discende almeno un'incongruenza legata al fatto che, mentre il depotenziamento delle province poteva risultare in qualche modo coerente con uno schema che, dando per presupposta l'assorbibilità delle funzioni di «area vasta» da parte di Comuni o regioni, avesse effettivamente esitato nel definitivo superamento dell'istituzione provincia, lo è invece

namento degli «enti di area vasta» che era, invece, presente nel d.d.l. governativo; il medesimo articolo elimina la potestà regolamentare delle province dal c. sesto dell'art. 117 Cost; l'art. 28 elimina ogni riferimento alle province nell'art. 114 Cost.; allo stesso modo l'art. 31 rispetto ai riferimenti alle province contenuti nel (vecchio) art. 118 Cost; l'art. 32 rispetto a quelli contenuti nell'art. 119 Cost; l'art. 33 in ordine a quelli contenuti nell'art. 120 Cost.; e l'art. 37, c. 12, rispetto a quelli contenuti nell'art. 132 Cost. Infine, l'art. 37, c. 13, provvede ad abrogare l'art. 133, comma primo, Cost., inerente al meccanismo di «democrazia partecipativa» per il mutamento delle circoscrizioni provinciali.

la nuova conformazione degli enti locali

molto meno in un quadro in cui le funzioni di «area vasta» (e dunque i relativi enti) continuano ad essere un punto di riferimento fondamentale specialmente per l'organizzazione dei servizi pubblici locali. Ma il fatto che le province si mostrino nuovamente «dure a morire» apparirebbe ben magra consolazione se una disciplina pensata per essere «transitoria» dovesse, invece, consolidare i propri effetti nel tempo determinando la nascita, sui territori non occupati dalla città metropolitana, di un ente, la nuova provincia, profondamente depotenziato rispetto al passato e, forse, incapace di svolgere le funzioni anzidette nel quadro del governo regionale del territorio.

Sul sistema dei servizi pubblici locali tutto ciò avrà conseguenze non del tutto prevedibili. Agli effetti positivi che derivano dalla predetta introduzione di una possibile maggior «differenziazione» degli enti territoriali, soprattutto le città metropolitane, rispetto alle esigenze «mutevoli» dei pubblici servizi, e dal nuovo stimolo a porre in essere forme più compiute di collaborazione interistituzionale, fanno da contraltare le perplessità suscitate da un sistema che pare, in ultima analisi, tendere a rafforzare esclusivamente il ruolo dei sindaci dei comuni capoluogo che andranno, in maniera pressoché automatica, a ricoprire il ruolo di Sindaci metropolitani, peraltro con non chiare «intersezioni» con i rispettivi livelli regionali.

Sul resto del territorio sarà necessario vigilare affinché la «collaborazione interistituzionale» prevalga sui perduranti elementi di debolezza istituzionale, e su un evidente riflusso centralista che, altrimenti, non potranno non dispiegare, entrambi, negativi effetti sul sistema dei servizi pubblici locali.

Abstract

The main focus of this article is the relation between the need for territorial «flexibility» of public utilities and the traditional «rigidity» of local authorities responsible for the achievement their welfare objectives.

With respect to this problem, the article infers from Law No. 56/2014 that there is an underlying normative trend which allows for increased «differentiation» of local authorities and, thus, better management of local public utilities. Nevertheless, it also emphasizes the lack of systematic reform of territorial for local governments, and more importantly for those beyond administrative boundaries of traditional authorities (such as municipalities), that are defined as «extended-area authorities».

In spite of this consideration, the article makes a positive assessment of the developing new order to extend to it aims at replacing the “competition-based” system with a new one, which favours cooperation and sharing among local authorities rather than competing institutions.

GIANLUCA ZARRO

DAL FALLIMENTO DELLE SOCIETÀ
A PARTECIPAZIONE PUBBLICA AL SOCIO OCCULTO
DI SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La sentenza Cass., sez. I civ., 27 settembre 2013, n. 22209. – 2. I primi precedenti giurisprudenziali dell’orientamento. – 2.1. Le opinioni dottrinali. Un lungo dibattito. – 3. La società in mano pubblica. – 4. Gli organismi di diritto pubblico e gli enti pubblici economici. – 5. *L’in house providing*. – 6. Un’interpretazione estensiva dell’art. 147, comma 5, l. fall. – 7. *L’ubi consistam* della responsabilità erariale degli organi di gestione e controllo.

1. La sentenza Cass., sez. I civ., 27 settembre 2013, n. 22209

La Suprema Corte, in una ormai notissima sentenza¹, ha affermato il principio per cui «ciò che rileva nel nostro ordinamento, ai fini dell’applicazione dello statuto dell’imprenditore commerciale, non è il tipo di attività esercitata, ma la natura del soggetto: se così non fosse, seguendo fino in fondo la tesi, si dovrebbe giungere alla conclusione che anche le società a capitale interamente privato, cui sia affidata in concessione la gestione di un servizio pubblico ritenuto essenziale, sarebbero esentate dal fallimento».

Nella motivazione si precisa che la fallibilità della società in mano pubblica non può essere esclusa sulla base di una valutazione di “necessità” del servizio da essa svolto, atteso che, anche il d.l. n. 134 del 2008, che detta norme in materia di ristrutturazione industriale di grandi imprese in crisi che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, non esclude l’assoggettabilità di queste ultime all’amministrazione straordinaria; per cui non si vede la *ratio* in base alla quale le imprese che non raggiungono le soglie di-

¹ Cass., sez. I civ., 27 settembre 2013, n. 22209 – Pres. Rordorf, est. Cristiano, in *ilcaso.it* 2013.

La sentenza per l’impatto amplissimo delle sue argomentazioni ha ricevuto innumerevoli commenti. *Ex pluris*: F. Fimmanò, *Il fallimento delle società pubbliche*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/399.pdf>.

mensionali per l'applicabilità dell'amministrazione straordinaria non dovrebbero essere assoggettate alla disciplina del fallimento.

La sentenza si conclude con l'affermazione per la quale la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività (pubbliche) a società di capitali, per cui è possibile perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena – continua la Suprema Corte – la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dell'ordinamento.

Successivamente, le Sezioni Unite in materia di società *in house*² e, più nello specifico, dell'azione di responsabilità degli organi sociali per i danni al patrimonio della società e, dunque, degli enti locali, hanno enunciato il principio di diritto, per cui la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità – esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta Corte – quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*³.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione ribadiscono, in sostanza, l'orientamento espresso con la sentenza n. 22209/2013, sopra richiamata, per cui, se l'amministrazione si avvale dello strumento della "società di capitali" per esercitare un "servizio pubblico locale", tale società pubblica è soggetta alle norme privatistiche.

Nel contempo – questo è l'aspetto maggiormente significativo della sentenza – riconoscono la giurisdizione della Corte dei conti e, quindi, la sussistenza di profili di responsabilità per danno erariale a carico degli organi di gestione e controllo della società, nel caso in cui siano riscontrabili le caratteristiche del modello *in house providing* (100% partecipazione pubblica, esercizio del servizio in favore prevalentemente dell'amministrazione e "controllo analogo" dell'amministrazione sulla società)⁴.

² Cass., sez. un., n. 26283/2013, pres. Rovelli, est. Rordorf, in http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2013/11/SS.UU_-Sentenza-n.-26283-13.pdf.

³ Per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici

⁴ Come è noto, l'organo a cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici, ai sensi dell'art.100 della Carta cost., è la C. conti ed ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa conseguentemente rende necessari controlli finalizzati

dal fallimento delle società al socio occulto

Proprio la richiamata responsabilità erariale sembra dare vita ad una sorta di “ircocervo”, perché assoggetta, in pari misura, a responsabilità pubblicistica e a procedura concorsuale privatistica la medesima società-ente. Di qui le mosse per una ricognizione della materia e dei suoi principi costitutivi, che è l'intento precipuo del presente lavoro.

La sentenza in esame si segnala anche per un ampio richiamo della giurisprudenza pregressa ed, in particolare, della sentenza n. 10229/2013, con la quale le Sezioni Unite della Corte Cass. avevano di fatto recepito, in termini di principio, le istanze provenienti dalla Corte dei conti, uniformandosi ai dettami della giurisprudenza della Corte di giustizia europea ed agli orientamenti della Consulta, anticipando quanto poi sostenuto con la sentenza n. 26283/13, nella parte in cui si afferma che «(...) è vero infatti che, secondo un orientamento da tempo affermato (benché a fini diversi da quelli della disciplina del riparto tra giurisdizioni) nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, e talora richiamato anche dalla Corte costituzionale (si veda, in particolare, da ultimo, la sentenza n. 46/2013), le società *in house* costituirebbero null'altro che una *longa manus* dell'amministrazione», in presenza dei tre presupposti già in precedenza ricordati.

Nei fatti, ai sensi della sentenza n. 10229/2013 della Suprema Corte, ai fini dell'individuazione dei profili di responsabilità amministrativo-contabile, relativamente alle società *in house*, dovrà essere utilizzato un approccio di “gruppo”. Ciò impone di verificare, di volta in volta, in chiave sostanzialistica se, a fronte di un danno arrecato nell'ambito della gestione delle società *in house*, il nesso di causalità sia accertabile rispetto ad un comportamento omissivo o commissivo degli organi dell'ente locale socio.

Di qui la necessità di un'indagine che coinvolga anche le società c.d. *in house*.

2. I primi precedenti giurisprudenziali dell'orientamento

Una prima “storica” apertura era stata proposta dalla Suprema Corte, con la sentenza n. 158, del 10 gennaio 1979, con la quale veniva affermato che una società per azioni concessionaria dello Stato – per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada – non perde la propria qualità di diritto privato per il solo fatto che ad essa partecipano enti pubblici, come azionisti.

Il medesimo principio venne, poi, ripreso da sentenze di merito emes-

a verificare la corrente gestione del danaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra ed irrilevante

se dai Tribunali di tutta Italia, i quali si pronunziarono in senso favorevole all'assoggettabilità delle società "in mano pubblica" alla procedura concorsuale⁵.

Gli esempi che risultano maggiormente citati – ovviamente privilegiando i casi più recenti – sono: App. Napoli, sentenza del 15 luglio 2009, Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sentenza 24 maggio 2011, Tribunale di Napoli, sentenza 31.10.2012, Tribunale di Nocera Inferiore, sentenza del 21 novembre 2013.

Spiccano, poi, le sentenze del Tribunale di Palermo, 11 febbraio 2010 e del Tribunale di Velletri dell'8 marzo 2010⁶.

Quanto alla prima, il Giudice di prime cure del capoluogo siciliano ha dichiarato lo stato di insolvenza di una spa costituita dal Comune di Palermo, unico azionista, a seguito della trasformazione della Azienda Municipalizzata Igiene Ambientale, ritenendo infondata la tesi della società, che aveva sostenuto la sua natura «sostanziale» di ente pubblico.

Viceversa, i giudici di merito hanno affermato che gli indici sintomatici evocati dalla parte non permettevano di superare il dato formale della personalità giuridica di diritto privato.

Nello stesso filone si sono collocati i giudici del Tribunale di Velletri, che hanno ritenuto assoggettabile alle procedure concorsuali una spa a partecipazione totalitaria di capitale pubblico, esercente la gestione del servizio locale di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, affermando che «la società è inquadrabile nella sfera del diritto privato anche se utilizza risorse pubbliche per lo svolgimento della propria attività, giacché la forma giuridica assunta non è contraddetta dalla disciplina statutaria».

Nelle motivazioni della giurisprudenza di merito risulta, dunque, ribadito, anche se con enunciati formalmente dissimili, che la società per azioni

⁵ Anche la giurisprudenza amministrativa si è occupata a più riprese della delimitazione di una possibile linea di demarcazione tra le società pubbliche che svolgono attività amministrativa e le società che svolgono attività d'impresa. *Ex multis* Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n.1574, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché Cons. St., sez VI 29 giugno 2012, n. 3820, in www.giustizia-amministrativa.it.

In particolare, nella motivazione di quest'ultima sentenza, si legge che la volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può essere esplicita, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente. Nonostante ciò, il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è ritenuta, dai giudici di Palazzo Spada, condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo all'uopo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico.

⁶ Entrambe reperibili in www.ilcaso.it.

con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni. A tale motivazione occorre aggiungere che gli orientamenti giurisprudenziali sunteggiati appaiono ispirati anche da ragioni volte a tutelare il ceto creditorio di tali società, sulla base della considerazione che i creditori di tali società non potessero subire il pregiudizio dovuto alla semplice circostanza dell'assenza di mezzi di tutela di fronte all'insolvenza della società partecipata.

Tuttavia, occorre ribadire che l'orientamento di gran lunga maggioritario in seno alle Corti di merito⁷, fino alle predette vicende a cavallo tra la chiusura del 2013 ed il 2014, era rimasto, graniticamente orientato sulla opinione negativa radicata sull'idea di fondo che la società pubblica, ai fini dell'esenzione dal fallimento, svolgeva servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi⁸.

In questi casi, il fatto che la società espletasse un servizio pubblico finalizzato al soddisfacimento di bisogni essenziali collettivi determinava di per sé la carenza di un altro presupposto essenziale ai fini dell'applicabilità dell'art. 1 l. fall., cioè la natura commerciale dell'impresa e l'espletamento dell'attività commerciale.

2.1. *Le opinioni dottrinali. Un lungo dibattito*

In dottrina⁹ si sono contrapposte due tesi di fondo, volte a negare od affermare la soggezione a procedure concorsuali di tali società.

⁷ Merita una menzione anche Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., decr. 09.01.2009, in *Il fallimento*, 2009, 713 ss. I giudici di prime cure fecero ricorso al c.d. metodo tipologico – su cui *infra* – valutando se alla forma privatistica della fallenda società corrispondesse una sostanza veramente privatistica, ovvero se la società medesima non fosse piuttosto da considerare un ente pubblico come tale escluso dal fallimento. In particolare, il Tribunale elenca tutta una serie di “indici sintomatici” alla presenza dei quali conclude per la natura pubblicistica dell'ente adito. Cfr. M. D'Attorre, *Le società in mano pubblica possono fallire?*, in *Fall.*, 6, 2009, 715 ss., cui si rimanda per la relativa rassegna giurisprudenziale.

⁸ *Ex pluris* Trib. Catania, 26 marzo 2010, in www.ilcaso.it, secondo cui la società pubblica è qualificabile quale ente pubblico non assoggettabile alle procedure concorsuali laddove svolge una attività necessaria all'ente territoriale, inerente allo svolgimento di servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi.

⁹ G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie (Relazione al VI convegno nazionale dell'associazione italiana dei costituzionalisti sul tema: “la Costituzione economica negli anni novanta”*, Ferrara 11-12 ottobre 1991, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, 21 ss.; Id. *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. comm* 1978, 2, 196 ss; Id., *Atto amministrativo, organizzazione e giustizia amministrativa (Relazione al Convegno di studi sul tema “La giustizia amministrativa oggi dopo dieci anni di attività dei Tribunali amministra-*

Ribadite, in conclusione al paragrafo precedente, le ragioni per le quali deve escludersi il fallimento delle società pubbliche, secondo l'opinione prevalente esse possono sunteggiarsi nel carattere di "necessità", cioè nel senso che la loro esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale in ragione dello svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi. In altri termini, quando una società in mano pubblica riveste carattere necessario per l'ente territoriale in un determinato momento, si profila, infatti, un'oggettiva incompatibilità tra l'eventuale assoggettamento a procedura concorsuale e la tutela di interessi pubblici¹⁰.

Di una incompatibilità ontologica tra scopo di lucro e perseguimento di fini pubblici ha parlato – a proposito dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana – per esempio, la C. conti (sez. cont. Enti 12 marzo 1992, in *Riv. Corte dei conti*, 1992, 3, 18 s.).

Tra coloro che hanno ritenuto estensibile l'ambito di applicazione del citato primo comma dell'art. 1 della legge fallimentare, sono ulteriormente emersi due distinti punti di vista.

Un orientamento, definito tipologico, ha aderito alla tradizionale teoria degli indici sintomatici della pubblicità, in forza della quale la qualificazione (ai fini della disciplina applicabile, in senso privatistico o pubblicistico) di un ente, pur se munito del *nomen iuris* di società per azioni, va operata caso per caso; secondo questo filone di pensiero occorre indagare dando prevalenza alla sostanza sulla forma al fine di appurare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre, strumentalmente, la società ad un inquadramento nella sfera del diritto privato¹¹.

tivi regionali", Roma 12 maggio 1984, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1984, 11; *Ente pubblico e enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, Giappichelli, 1994; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri: profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007; G. Gruner, *Enti pubblici a struttura associativa, contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 106; G. Racca, R. Cavallo Perini, G.L. Albano, *Competition in the Execution Phase of Public Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 41, Fall. 2011, 89 e ss.

¹⁰ G. D'Attorre, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fall.*, 5, 2014, 499. Per la verità, questo studioso, tra i più convinti sostenitori dell'esenzione dal fallimento, propone anche una suddivisione tra una tesi tipologica di stampo pubblicistico ed una tesi funzionale pure di stampo pubblicistico – che si è riassunta nel corpo del testo.

Lo studioso continua sostenendo che questa incompatibilità tra interessi pubblici e l'apertura di una procedura fallimentare non sussiste, invece, con riferimento alle società in mano pubblica che siano prive del prescritto requisito della necessità, in quanto non svolgono attualmente un servizio pubblico essenziale.

¹¹ Cons. St., 31 gennaio 2006, n. 308, in *Dir. giust.* 2006, 11, 94.

dal fallimento delle società al socio occulto

In altri termini, occorre avere riguardo al carattere – si ripete – strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e all'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario.

La seconda teoria ha, invece, ritenuto preferibile un approccio “funzionale” inteso all'individuazione della concreta disciplina applicabile all'ente, sulla base di una valutazione di compatibilità della disciplina di diritto comune, prescritta per le società di diritto privato, con le specifiche norme di settore dettate dal legislatore.

In altri termini, secondo tale orientamento, rispetto alle società a partecipazione pubblica si dovrebbe procedere ad un'applicazione di disposizioni di diritto pubblico, qualora espressamente previste, e di diritto privato, in assenza di diverse previsioni, quando non vi sia ragione di derogare ad esse in considerazione degli interessi protetti.

3. La società in mano pubblica

Come è noto, sia la normativa codicistica, all'art. 2221 c.c.¹², sia quella fallimentare, all'art. 1 l. fall.¹³, prevedono, per gli enti pubblici, un'espressa esenzione dall'applicazione delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo.

¹² Art. 2221 c.c. «Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, alle le disposizioni delle leggi speciali».

¹³ Art. 1. l. fall. *Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo* «Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici [...]».

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

I limiti di cui alle lettere a), b e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento».

La *ratio* di tale scelta va vista e si fonderebbe sull'idea di una presunta incompatibilità tra le finalità che ispirano l'agire di tali soggetti – nonché l'esigenza di mantenere in capo agli stessi la titolarità delle funzioni amministrative – e gli effetti tipici della procedura fallimentare che determinerebbe, invece, tanto un'ingerenza dell'autorità giudiziaria in ambiti rilevanti all'autorità amministrativa, quanto l'interruzione del pubblico servizio erogato dall'ente.

Da questi presupposti è stata tratta la conseguenza che gli enti pubblici possono essere sottoposti, nei casi espressamente previsti, ad un procedimento *ad hoc*, cioè la liquidazione coatta amministrativa, che nonostante la presenza di fasi di natura giurisdizionale, presenta un carattere soggettivamente ed oggettivamente amministrativo.

Rebus sic stantibus si è posto il problema per le società in mano pubblica, per le quali varranno soluzioni diverse a seconda che le si ritenga assoggettabili al regime proprio degli enti pubblici o dei soggetti di diritto privato¹⁴.

Occorre, anzitutto, chiarire che cosa abbia ad intendersi per società in mano pubblica¹⁵.

¹⁴ In proposito, possiamo citare il noto paragrafo 998 della Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli secondo cui «in questi casi [ossia nelle ipotesi di partecipazione pubblica a società per azioni] è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongono diversamente».

È stato, com'è noto, a partire dal fenomeno delle privatizzazioni, che il quadro di riferimento – e con esso, le conclusioni della dottrina e della giurisprudenza – ha cominciato a mutare profondamente.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso, infatti, il legislatore ha fatto ampiamente uso del modello della società per azioni per l'esercizio di determinate funzioni amministrative, attraverso la creazione *ex lege* di numerose società, la cui disciplina, al contempo, prevedeva rilevanti deroghe al diritto societario comune.

È stato fatto rilevare che il fenomeno delle società a partecipazione pubblica è correlato a tre cause: l'affermarsi della figura dello Stato-imprenditore; la privatizzazione formale degli enti pubblici e la esternalizzazione degli apparati produttivi. Sul punto: G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, 2012; M.G. Della Scala, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012.

Più in generale, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 16 ss., nonché soprattutto G. Napolitano *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; Id., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁵ Sul punto cfr. C. cost., 1° agosto 2008, n. 326, in *www.leggiprofessionale.it*. Il giudice delle leggi con la sentenza indicata precisa che l'attività amministrativa in forma privatistica

dal fallimento delle società al socio occulto

Si considera società in mano pubblica la società per azioni della quale la società o gli enti pubblici detengono la totalità o la maggioranza delle azioni o, comunque, un numero sufficiente ad assicurare, anche di fatto, il controllo delle società¹⁶.

Nel silenzio della legge l'assoggettabilità a fallimento di tale tipologia di società è stata, come detto, ampiamente sostenuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹⁷, che ha affermato il principio secondo cui la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato per il solo fatto che l'ente pubblico ne possenga in tutto o in parte le azioni.

Altri autori ritengono, invece, che una ricostruzione dell'istituto in termini privatistici rappresenterebbe una battaglia di retroguardia, con la quale si pretenderebbe di affermare principi e valori da tempo dimenticati¹⁸.

e l'attività di impresa di enti pubblici possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse.

Nel caso dell'attività amministrativa posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione, essa deve essere di natura finale o strumentale.

Nel caso dell'attività di impresa vi è, invece, erogazione di servizi rivolta al pubblico in regime di concorrenza.

Amplius A. Pace, «La mano pubblica» e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto, in *Giur.cost.*, 1993, 3829; C. Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in una interpretazione adeguatrice*, in *ibidem*.

¹⁶ *Ex pluris*: G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, 259 ss.; M. T. Cirinei, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, Utet, 1992, 8, 3; F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Il Mulino, 2012, *passim*.

Naturalmente, cosa ben diversa è a dirsi per gli enti pubblici *tout court*, per i quali può ben dirsi che l'esenzione dal fallimento va individuata nell'esigenza di che questi possano erogare un servizio pubblico per la tutela di interessi generali, senza intromissioni dell'autorità giudiziaria, che è portatrice, attraverso l'applicazione della disciplina fallimentare, degli interessi del ceto creditorio.

Sebbene nella prassi diversi siano i modelli di società a partecipazione pubblica, che si distinguono tra loro a seconda che la partecipazione del socio pubblico sia maggioritaria, minoritaria, di controllo (totale o parziale), in questa sede si intende prendere in considerazione solo l'ipotesi delle società a prevalente partecipazione pubblica, posto che, mentre nel primo caso l'ente pubblico può esercitare i diritti previsti a favore di qualsiasi socio di minoranza, nel secondo, invece, potrà assumere poteri di indirizzo delle società tali da condizionare in modo più o meno significativo la disciplina applicabile. G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1979, 147 ss.; F. Luciani, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv.dir. comm.*, 2012, 1 719 ss.

¹⁷ Sul punto anche per un richiamo alla bibliografia corrente, L.F. Fiorani, *Società "pubbliche" e fallimento*, in *Giur. comm.* 4, 2012, 532.

¹⁸ G. D'Attorre, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.* 2010,

Pertanto, se la società partecipata dalla mano pubblica si avvale degli strumenti previsti dal diritto societario, essa non può che essere ritenuta un soggetto di natura privata.

A sostegno della tesi di quanti escludono la fallibilità delle società in mano pubblica si è sostenuta anche l'invocabilità dell'art. 97 Cost., secondo cui le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico, previsione dalla quale si ritiene possibile ricavare una sorta di super principio di economicità dell'azione amministrativa, in virtù del quale ciascuna amministrazione, nelle sue singole scelte, dovrebbe orientarsi verso una attenta valutazione delle relative conseguenze economiche e quindi verso un uso oculato delle risorse a sua disposizione¹⁹.

Si rileva come, quanto predetto, non sia nemmeno l'unico punto di vista in base al quale ritenere ammissibile l'applicazione di discipline pubblicistiche a società per azioni a partecipazione pubblica. Con ciò si intende sottolineare come la reazione "al fenomeno della fuga dal diritto privato" e, in conseguenza, l'applicazione di norme di tipo pubblicistico ad enti pur formalmente definiti società per azioni (a prescindere dal rilievo delle teorie funzionalistiche, di cui si è detto²⁰) ha visto l'emersione in dottrina di posizioni che, senza fare riferimento alla figura di enti pubblici in forma di società per azioni, hanno comunque ritenuto applicabili a tali società, in determinati casi, alcune specifiche norme poste a tutela del perseguimento di interessi pubblici²¹, secondo il paradigma del superamento della personalità giuridica di diritto privato.

691: «dire che, malgrado la presenza di un socio pubblico e di altri caratteri derogatori rispetto al modello del diritto comune, la società in mano pubblica totalmente controllata rimane pur sempre un soggetto privato, parificato in tutto o per tutto agli altri soggetti di diritto privato, significa intendere la materia concorsuale come una monade, nella quale dette società vivono una esistenza loro propria, avulse da ciò che per le stesse è previsto in tutti gli altri settori dell'ordinamento».

¹⁹ E. Codazzi, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto d'impresa e diritto delle società*, in http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24138/codazzi_paper_definitivo.pdf.

Nota, altresì, la studiosa che provvedimenti volti a porre delle limitazioni alla possibilità degli enti locali di detenere partecipazioni in società private – tra cui in particolare, il d.l. 78/2010 – prevedono, inoltre, deroghe in presenza di circostanze che dimostrino la virtuosità economica delle stesse, sub specie di lucratività ovvero di produzione, anzi di distruzione di risorse, da parte delle società a partecipazione pubblica locale.

²⁰ Cfr. nt. 7.

²¹ M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, Giappichelli, 1997; che,

dal fallimento delle società al socio occulto

Occorre ribadire, in via preliminare, che la costituzione di società a partecipazione pubblica può avvenire non solo mediante un atto di autonomia negoziale, ma anche in virtù di una espressa previsione normativa; sono infatti da inquadrare nell'amministrazione pubblica quelle società che la legge indirettamente o direttamente considera tali.

In proposito, ci pare che una interpretazione molto efficace, che, tuttavia, si mostra favorevole all'estensione del fallimento delle società pubbliche, sia rinvenibile in un recente scritto²² per il quale le predette società sono, in virtù della forma scelta, imprenditori commerciali a prescindere dall'attività economica esercitata, nonché dalle modalità attuative di tale attività.

Questa dottrina ha richiamato l'orientamento della Suprema Corte, secondo la quale le società costituite nelle forme previste dal codice civile sono assoggettabili al fallimento indipendentemente dall'effettivo esercizio

proponendo di superare l'impegnativa locuzione "società per azioni enti pubblici", a favore di quella di "società per azioni soggetti pubblici".

Lo studioso suggerisce di far rientrare in tale ultima macrocategoria sia gli enti pubblici, sia le società per azioni accomunate dal carattere della necessaria esistenza, per ritenere poi applicabili alle seconde una disciplina composita, nella prospettiva di una "doppia qualificazione", orientata alla scomposizione di un aspetto pubblicistico relativo al momento ontologico e istituzionale e di un ambito privatistico relativo al modulo organizzativo e alle regole dell'attività

Cfr. M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in Guerrera (cur.), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.; C. Ibba, *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 18-20 35, e consultabile altresì sul sito www.federalismi.it.

Di particolare interesse in questo senso è la recente proposta di Assonime (nel rapporto *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche* del settembre 2008, consultabile sul sito www.assonime.it) di distinguere le società a partecipazione pubblica in società di mercato e in semi-amministrazioni, considerando le prime in tutto assoggettate al diritto comune e le seconde (a loro volta suddivise in tre sottocategorie: società *in house*, società alle quali sono attribuite funzioni pubbliche e società deputate a svolgere servizi strumentali alle funzioni pubbliche) come facenti parte della pubblica amministrazione, senza però che, a tale proposito, sia evocata la categoria delle società-ente pubblico.

Secondo tale distinzione con riguardo alle semi amministrazioni, la disciplina privatistica delle società continua ad essere applicabile almeno come disciplina residuale e le deroghe derivanti da tale "natura" pubblicistica, per quanto valutabili come non eccezionali, e così suscettibili anche di interpretazioni estensive, devono comunque avere una base normativa

²² F. Fimmanò, *Il fallimento delle società pubbliche*, in <http://www.ilcaso.it/articoli/399.pdf>; Id., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura di soggetto e natura di attività*, in *Società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza, Ricerche di Law & Economics* (cur. Fimmanò), Milano, Giuffrè, 2011, 12 s.; Id., *La società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Not.*, 2009, 897.

di un'attività commerciale, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione e non già dal concreto inizio dell'attività di impresa, al contrario di quanto avviene per l'impresa individuale. In altri termini, ciò che rileva è la previsione statutaria di esercizio dell'attività commerciale, piuttosto che il suo esercizio.

Quanto sin qui detto non soffre eccezioni per il fatto che la società produca servizi pubblici senza rilevanza economica²³ ed indipendentemente dal fatto che essa si collochi in un mercato concorrenziale o che svolga attività c.d. esternalizzata (cioè secondo il modello dell'*in house providing*).

In tale direzione è stato rilevato, fin da i tempi di risalente dottrina, che,

²³ Restringendo il discorso alle società partecipate dagli enti locali, vi sono, infatti, più ragioni di perplessità, in ordine alla prospettata esenzione dal fallimento nei confronti di società per azioni che erogano un servizio pubblico locale.

Dirimente, infatti, ai fini di un'eventuale esenzione, non sarebbe tanto il dato dell'erogazione del pubblico servizio, quanto quello della titolarità: non essendo la società titolare del servizio pubblico, la dichiarazione di fallimento dovrebbe, infatti, determinare il ritorno della relativa competenza all'ente territoriale di riferimento.

A norma del secondo comma dell'art. 113 T.u.e.l. (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267) inoltre, gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, mentre, a norma del comma 28 dell'art. 4, l. 138/2011, «ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati».

La complessa disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica risultante ad oggi dal combinato disposto del citato art. 113 T.u.e.l. e dell'art. 4, l. 14 settembre 2011, n. 148, prevede dunque la necessaria separazione fra l'attività di erogazione del servizio e proprietà dei beni necessari alla gestione del medesimo.

Pertanto, è stato scritto: «non sembra chiaro perché si debba ricorrere all'esenzione dal fallimento dei gestori per garantire la continuità del servizio pubblico».

Infatti, il fallimento del soggetto chiamato ad erogare il servizio opererà soltanto come causa di cessazione della gestione e non potrà mai avere ad oggetto, come lucidamente considerato, le reti, le dotazioni e gli impianti destinati al servizio pubblico.

Sui beni immobili, quindi, non potrà essere trascritta alla conservatoria dei registri immobiliari la sentenza di fallimento, risultando questi ultimi necessariamente di proprietà dell'ente pubblico o della società a cui siano stati da quest'ultimo conferiti, mentre per gli impianti e le dotazioni mobili potrà trovare applicazione l'art. 87-bis l. fall., che prevede la possibilità di non inventariare il bene se risultino diritti reali o personali di terzi chiaramente riconoscibili.

Peraltro, nel fallimento del gestore non dovrebbero ritenersi nemmeno compresi i beni facenti parte delle reti, degli impianti e delle dotazioni che siano stati realizzati direttamente dall'erogatore del servizio. Tali beni, definiti "aggiuntivi" e assimilati alle addizioni di cui agli artt. 975, 986, 1150 e 1593 c.c. andranno necessariamente retrocessi al nuovo gestore, il quale dovrà versare a quello "uscente" un indennizzo pari al valore originario degli stessi, nei soli casi in cui esso non sia stato interamente ammortizzato». L.F. Fiorani, *Società "pubbliche" e fallimento*, cit., 532.

fatta eccezione per la società semplice, la scelta del modello societario integra la sua natura di imprenditore commerciale e l'applicazione del relativo statuto, qualsiasi sia l'attività svolta.

A noi sembra che la veridicità dell'impostazione testé sunteggiata possa ritrarsi dalla circostanza che il nostro ordinamento giuridico nomina e disciplina l'imprenditore commerciale, all'art 2082 c.c., cioè il soggetto che intraprende in forma individuale o collettiva l'attività di impresa e non già l'attività economica esercitata.

Se così non fosse sarebbero esentate dall'applicazione del sistema di regole dettate per l'imprenditore commerciale anche le società a capitale totalmente privato, laddove queste siano concessionarie di un servizio pubblico od affidatarie di un'attività di natura ed interesse squisitamente pubblico²⁴.

4. Gli organismi di diritto pubblico e gli enti pubblici economici

Nel caso dell'ente pubblico, come detto, l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale viene depurata della disciplina del fallimento, in ragione della necessità di riservare, in modo esclusivo, all'autorità pubblica l'apprezzamento circa l'opportunità di lasciare in vita ovvero di procedere alla soppressione degli enti pubblici che, in misura precipua e con mezzi pubblici, perseguono la realizzazione di interessi generali²⁵.

²⁴ S. Scarafoni, *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmanò, *Le società pubbliche*, cit., 307. A giudizio di questo studioso l'esonero dal fallimento delle società pubbliche creerebbe una grave alterazione del mercato, perché tali società sarebbero le sole non soggette ad alcuna procedura concorsuale.

A fortiori, ove si consideri che l'art. 106 TFUE, prevede che gli Stati membri non emanano, né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle degli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi.

Tale ultimo articolo statuisce, altresì, che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme dei trattati ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro attribuita.

²⁵ Com'è noto non sono peraltro mancate autorevoli voci che hanno revocato in dubbio il valore della stessa nozione di ente pubblico, attribuendo alla categoria in esame – in ragione della sua estrema detipizzazione e frammentazione – un valore solo conoscitivo: così, per tutti, S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, 96.

L'interesse pubblico, in sostanza, si radicherebbe, in questi casi, nella necessaria presenza dell'ente pubblico sul mercato e non in un intrinseco rilievo pubblicistico dell'attività svolta.

L'esenzione dell'ente pubblico dal fallimento si fonda, dunque, sul carattere necessario dell'ente medesimo, dovuto ad un'apposita scelta in tal senso operata dal legislatore, e non sulla doverosità dell'attività da questo svolta, la quale di per sé potrebbe essere realizzata anche da un soggetto privato.

Sempre nell'ambito di questa che appare una doverosa *actio finium regundorum*, ci preme sottolineare la presenza di enti pubblici economici, ossia di enti che per la realizzazioni dei loro fini istituzionali svolgono attività di scambio e di produzione di beni e servizi, improntati a criteri di economicità e diretta non solo al perseguimento di fini sociali, ma anche al procacciamento di entrate remunerative dei fattori di produzione²⁶.

Si potrebbe sostenere che solo ad essi andrebbe ristretta la problematica ivi affrontata, perché solo per essi avrebbe senso, parametrando l'art. 2082 c.c., l'analisi condotta sui modi di costituzione, sulla fase dell'organizzazione, sulla natura dell'attività svolta, sui fini perseguiti.

In proposito, si ravvisa anche l'impiego atecnico dell'espressione organismo di diritto pubblico, che è stata utilizzata per riqualificare l'imprenditore commerciale come soggetto di natura pubblica e non semplicemente come operatore rientrante tra le amministrazioni aggiudicatrici, posto che l'art. 3, c. 26, d.lgs. 2006, n. 163, recante il codice degli appalti pubblici, di lavori, servizi e forniture ha definito – ai soli fini del codice dei contratti pubblici – l'organismo di diritto pubblico: «qualsiasi organismo di diritto pubblico, anche in forma societaria: – istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; – la cui attività sia finalizzata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Tuttavia, al di fuori dell'ambito predetto, alla nozione di organismo di diritto pubblico si fa ricorso in giurisprudenza al fine di distinguere, nel-

²⁶ Cfr. V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico". *Problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, 1, Milano, Giuffrè, 1996, 504; F. G. Scoca, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2, 239 s.; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di spa. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, 45.

l'ambito delle società pubbliche, quelle che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa non economica corrispondente agli interessi pubblici, con la conseguente fuga dal diritto privato²⁷.

Ai nostri fini, che sono innanzitutto quelli di stabilire l'assoggettabilità al fallimento, risulta interessante notare un certo parallelismo tra quello che è il requisito richiesto dalla legge fallimentare, ai fini della sua fallibilità, – cioè la sua qualifica di imprenditore commerciale – ed il primo dei requisiti – rinvenibile *sub* art. 3, c. 26, d.lgs. n. 163/2006 – elencati per definire l'organismo di diritto pubblico, vale a dire la circostanza che l'ente sia stato costituito per la soddisfazione di esigenze di carattere generale, non aventi carattere industriale o commerciale.

Al fine di decodificare questa nozione possiamo ritenere che se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è allora poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale²⁸.

5. *L'in house providing*

Per ciò che concerne le società c.d. *in house*, occorre partire dalla qualificazione di queste società come di semi-amministrazione, in quanto sono considerate come una *longa manus* dell'ente pubblico, stante il controllo analogo che l'ente pubblico esercita ed il vincolo operativo che grava sulla stessa²⁹.

²⁷ Cons. stato, sez VI, 11 gennaio 2013, n. 122, e nello stesso senso Cons. stato, sez.VI, 20 marzo 2012, n. 1574, entrambe in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In dottrina cfr. R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. de Nictolis, R. Garofoli, 1, Milano, Giuffrè, 2008, 555, ove v'è anche un'ampia rassegna delle posizioni dottrinali della giurisprudenza comunitaria. Sul tema anche M. Miola, *Le società miste come società di diritto speciale*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, a cura di G. Di Giandomenico, R. Fragnano, G. Ruta, Napoli, Jovene, 1997.

²⁸ C. Giust., 22 maggio 2003, causa C-187/2001, in <http://dejure.giuffre.it>. *Amplius* A. Nicodemo, *Società pubbliche: attività di impresa e attività amministrativa*, in *Foro amministrativo CdS*, 3, 2013, 823 ss.

²⁹ Naturalmente non possiamo addentrarci nella sterminata letteratura concernente l'assoggettabilità a fallimento dell'*in house providing*, per cui dovremmo limitarci a qualche considerazione incidentale che lambisce il tema della ricerca. In proposito, cfr. M. Mazzamuto, *Fallibilità o meno delle società in house tra diritto privato e diritto pubblico, garanzia statale dei debiti degli enti pubblici (CEDU) e divieto di aiuti statali (Ue)*, in *Diritto dell'economia*, 3, 2014, 550 ss.

Questo articolo, pur nei limiti del contesto trattato, affronta la diatriba interna sui requisiti e sui limiti di ammissibilità delle società *in house* in una prospettiva europea, propo-

Secondo un ragionamento *prima facie* condotto applicando tanto l'approccio funzionale quanto quello tipologico dovremmo giungere a sostenerne l'esenzione dal fallimento, in quanto le società *in house* sarebbero società da ritenersi "necessarie", cioè necessariamente esistenti, applicando l'approccio c.d. funzionale; alla stessa stregua, ove applicassimo l'impostazione di tipo tipologico, pure dovremmo ammetterne l'esenzione in quanto di natura sostanzialmente pubblica.

Tuttavia, proprio adottando l'approccio funzionale emerge che la società, *recte* il modello societario prescelto, soddisfa ai quattro i requisiti elencati nell'art. 2082 c.c.

Infatti, essa è costituita per contratto, la sua organizzazione risulta quella predisposta dal codice civile per le società per azioni, opera con metodo economico, sopportando il rischio economico e persegue anche lo scopo di lucro.

In particolare, l'attività condotta dalla società *in house* avviene in regime di concorrenza e pertanto è da ritenersi potenzialmente fallibile, ove l'impiego dell'avverbio risulta connesso all'indagine da condursi caso per caso per l'ipotesi in cui la società, in quanto soggetta a controllo analogo, sia subordinata a limiti operativi – per cui può agire solo nei confronti dell'ente costituente – e sottratta, pertanto, al regime della concorrenza³⁰.

nendo una ricostruzione precisa della giurisprudenza comunitaria e delle sue applicazioni, in particolare del diritto francese (con particolare riguardo al tema degli aiuti di stato). In tale prospettiva comparatistica affronta altresì i possibili nodi della normativa italiana.

Adde. C. Ibba, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in questa *Rivista*, 1, 2015, ove sono riassunte le posizioni fortemente critiche di questo studioso, che in più scritti ha fatto sentire la sua "voce". Id., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2, 2014, 13 ss.; Id., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. civ.*, 2015.

³⁰Va data menzione di una recentissima sentenza del Tribunale di Reggio Emilia – 18 dicembre 2014 n. 150 in *www.altalex.it* – secondo cui può dichiararsi il fallimento della società *in house* (totalmente partecipata da enti pubblici) che non esercita un servizio pubblico essenziale di esclusiva competenza pubblicistica, poiché la stessa agisce sul mercato con finalità di lucro e si atteggia – nei rapporti coi terzi – come un soggetto privato.

In particolare, la sentenza ha precisato che alcuni studiosi, sulla scorta di una pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte (la n. 26283/2013) – che, in considerazione dell'anomalia del fenomeno dell'*in house* nel panorama del diritto societario, ha attribuito alla C. conti la giurisdizione nei confronti degli amministratori o organi di controllo che compiano atti, contrari ai loro doveri d'ufficio, pregiudizievoli per la società *in house*– sostengono che non vi è distinzione tra ente pubblico e società e che, dunque, anche quest'ultima riveste le caratteristiche dell'ente pubblico e, pertanto, non è fallibile.

A sostegno, seppur con argomentazioni diverse, il Giudice di prime cure segnala le pronunce di merito per cui «le società in mano pubblica, al ricorrere di determinate condi-

dal fallimento delle società al socio occulto

In caso di soggezione al fallimento, in conformità con l'orientamento espresso con la sentenza n. 26906/09, dovremmo porci la questione se la responsabilità erariale ricade sugli organi dell'ente locale socio.

Riteniamo, piuttosto, che se non vi sono carenze nel sistema degli atti regolamentari e delle regole su cui si devono fondare le relazioni interne, a cui è preposto l'ente locale affidante e quindi il "controllo analogo" è efficacemente attuato, la responsabilità è accertabile in capo agli amministratori ed agli organi di controllo della società. Sebbene questa lettura, c.d. a scacchi della normativa, possa "far storcere il naso", giacché cumula le conseguenze negative della responsabilità erariale con la soggezione alle procedure concorsuali, non ci sentiamo di sollevare amministratori ed organi di

zioni, non sarebbero fallibili non già perché enti pubblici, ma perché non riconducibili alla categoria dell'imprenditore commerciale (Trib. Palermo, 8/1/2013 e Trib. Palermo, 18/1/2013)» e «Se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società in house integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto concreta mero patrimonio separato dell'ente pubblico e non distinto soggetto giuridico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni (Trib. Napoli 9/1/2014 e Trib. Verona 19/12/2013)».

Viceversa, prosegue il Tribunale di Reggio Emilia, i fautori della fallibilità si richiamano ad una pronuncia della Corte Cass. (n. 22209/2013) secondo cui «In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità (in tal senso, App. Napoli, 27/5/2013, n. 346, App. Napoli, 24/4/2013, App. Napoli, 15/7/2009, Trib. Palermo, 11/2/2010 e Trib. Velletri 8/3/2010, Trib. Pescara, 14/1/2014)».

Per il Tribunale *de quo*, invero, l'affermata competenza giurisdizionale della C. conti non impedisce affatto che le predette società possano essere assoggettate a procedura concorsuale, ben potendo le condotte dei soggetti essere considerate plurioffensive e, cioè, lesive del patrimonio pubblico e, nel contempo, pregiudizievoli per i creditori o i terzi (ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.). Inoltre, l'indubbia peculiarità della *governance* della società *in house* non esclude che questa si atteggi, nei rapporti coi terzi, come un qualunque soggetto imprenditoriale privato (e, come tale, a rischio di insolvenza).

Infine, la finalità pubblicistica perseguita dagli enti pubblici soci non è automatica caratteristica della società *in house*, la quale agisce sul mercato con finalità di lucro (in termini di perseguimento – quantomeno – di un pareggio di bilancio, se non di lucro).

Pertanto, il Tribunale dichiara di non ritenersi vincolato dall'arresto delle Sezioni Unite, non costituendo un ostacolo alla fallibilità l'affermata giurisdizione del giudice contabile sulla responsabilità degli amministratori.

controllo³¹ dalle indagini delle Procure della C. conti, poiché è vero che la società opera sul mercato con finalità imprenditoriali, ma è altresì vero che la società ha per sua stessa natura carattere di semi amministrazione, operando con conferimenti ed un patrimonio cui contribuisce in misura determinante l'ente pubblico, cioè l'ente locale costituente³².

Infatti, ai sensi dell'art. 100 della Carta Costituzionale è la C. conti che ha il compito di rilevare il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa, conseguentemente, rende necessari controlli finalizzati a verificare la corrente gestione del danaro pubblico; al contrario risulta ininfluyente, ai detti fini, il dato formale della veste societaria, sotto questo profilo neutra ed irrilevante³³.

³¹ In proposito, citiamo l'art 2449 c.c. che prevede che: «se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale».

³² A partire dal suo riconoscimento a livello comunitario, si è sviluppato “in modo esponenziale” un modello di gestione tramite società controllate (c.d. *in house*) in un'ottica rivolta alla “aziendalizzazione” dei servizi ed ad una privatizzazione sostanzialmente diretta ad eludere i procedimenti ad evidenza pubblica ed a sottrarre interi comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio.

Ciò anche in considerazione dell'applicazione solo recente, tramite il d.l. n. 95/2012, alle società a totale partecipazione pubblica del potere ispettivo attribuito agli organi statali nei confronti delle amministrazioni pubbliche, nonché della previsione per la quale comuni e province alleghino al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei crediti e dei debiti reciproci tra ente e società partecipate e, in caso di discordanze, adottino senza indugio i provvedimenti necessari a fini di riconciliazione delle partite debitorie e creditorie.

Ancora, l'art. 3, d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, art. 3, convertito in legge dalla l. 7 dicembre 201, n. 213, ha inserito l'art. 147 *ter* nel testo unico degli enti locali, prevedendo penetranti controlli da parte dell'ente pubblico partecipante ed un bilancio consolidato riguardante le aziende non quotate partecipate.

Come si vede si tratta di interventi “emotivi” del legislatore, frutto di una intenzione complessiva rivolta ad arginare un meccanismo ormai dilagante.

Nella stessa ottica “emotiva” vanno incluse, senza dubbio, le sentenze della Corte Cass., a sezioni Unite e semplici, che pur avendo dietro, l'autorevole penna di Renato Roddof, non appaiono sempre sistematicamente collegate al dato normativo, costringendo l'interprete a quella famosa lettura a scacchi, che richiama il negozio misto di diritto privato e la celebre teoria della combinazione.

³³ Cfr. nt. 4. Conclusione questa che ci pare rinvenire l'avallo di d.l. 6 luglio 2012, n. 95, là dove stabilisce che «le norme del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile, in materia di società di capitali».

6. Un'interpretazione estensiva dell'art. 147, comma 5, 1. fall.

Scrivono il Tribunale di Bari³⁴ che l'art. 147, c. 5 – come attualmente vigente a seguito delle modifiche di cui all'art. 131, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 – stabilisce che, se dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulta che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile, il Tribunale dichiara il fallimento della società di fatto e dei soci illimitatamente responsabili, alla stessa maniera di quanto statuito dall'art. 147, c. 4, 1. fall. nel caso di fallimento di una società in cui, successivamente alla dichiarazione di fallimento, risultano dei soci illimitatamente responsabili.

Pertanto, continua il Tribunale di Bari, in base al tenore letterale dell'art. 147, c. 5, ove l'attività di impresa sia riferibile non già al soggetto fallito, ma ad una più ampia compagine sociale della quale il fallito era socio illimitatamente responsabile, può operarsi l'estensione del fallimento alla società di fatto ed agli altri soci illimitatamente responsabili, unicamente nelle ipotesi in cui il fallimento originario riguardi un imprenditore individuale e, non già una società commerciale³⁵.

Fin qui una lettura tradizionale della normativa fallimentare, tuttavia, il Collegio giudicante scrive che la norma in esame, cioè l'art. 147, c. 5, appare in contrasto con gli artt. 3, c. 1, e 24, c. 1, Cost., nella parte in cui, nell'ipotesi di fallimento originariamente dichiarato nei confronti di una società di capitali, non consente l'estensione del fallimento ad una società di fatto tra la società originariamente fallita ed altri soci di fatto, si badi, siano essi persone fisiche o società. In relazione alle rilevate aporie il Collegio ritiene di sollevare questione di legittimità costituzionale, anche in relazione

³⁴ Tribunale di Bari del 20/11/2013 di rimessione alla Corte costituzionale, in *BBTC*, 2, 2014, 319 ss., con nota di A. Dell'Osso, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte costituzionale*.

³⁵ Ciò posto, il Tribunale di Bari osserva come la disposizione censurata impedisca di accogliere il ricorso. L'art. 147, c. 5, della legge fallimentare, infatti, stabilisce che «qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile» il fallimento si estende anche alla società.

Il tenore letterale della disposizione imporrebbe di ritenere che l'estensione del fallimento alla società di fatto e ai suoi soci sia possibile unicamente nel caso in cui il fallimento originario riguardi un imprenditore individuale e non invece nel caso in cui riguardi una società commerciale.

Inoltre, sottolinea sempre il collegio remittente, l'art. 147, c. 1, legge fallimentare, nel testo vigente, prevede la fallibilità delle società di capitali ove siano socie di società con responsabilità illimitata.

alle modifiche prodotte dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n.6, che ha palesemente ammesso la possibilità, per le società di capitali di fare parte di società di persone.

La dottrina³⁶ che ha redatto i primi commenti alla modifica dell'articolato normativo ha immediatamente ribadito che la norma di cui all'art. 147, c. 5, l. fall. deve considerarsi eccezionale. Infatti, nel nostro ordinamento, il centro di imputazione degli effetti dei singoli atti posti in essere è il soggetto il cui nome sia stato validamente speso nel traffico giuridico e, pertanto, soggetto dell'attività è colui che produce i singoli atti dai quali essa risulta; in altri termini, la norma dettata dall'art 1705, c.c. in materia di mandato senza rappresentanza assurge a norma di sistema, ed incardina una regola generale.

Rispetto a questa norma l'art. 147, c. 5, l. fall., perlomeno nella parte in cui si occupa della società c.d. in senso stretto, opera una deroga a questo diritto comune dell'agire per conto, in quanto assegna la prevalenza alla funzione esercitata dal soggetto dichiarato fallito, poiché socio di una società. E, perciò, fissa una netta linea di demarcazione rispetto alla disciplina del mandato senza rappresentanza, disponendo l'alterità di effetti rispetto al caso della norma regolare *ex art. 1705 c.c.* e cioè una deroga per eccezione rispetto alla regola insita in tale precetto normativo.

La pronuncia della Consulta non si è fatta attendere³⁷ ed in data 1 dicembre 2014 il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità così come sollevata: «Ebbene, il giudice *a quo* non ha verificato la compatibilità di tale previsione con la possibilità per le società di capitali di partecipare a società di fatto la cui costituzione avviene per *facta concludentia*, prescindendo, dunque, da qualunque formalità. In particolare, il Tribunale non ha preso posizione in ordine alla discussa questione concernente le conseguenze del mancato rispetto degli adempimenti previsti dall'art. 2361, c. 2, c.c., se, cioè, l'assunzione di partecipazioni in società di persone sia comunque efficace, rilevando eventualmente solo sul piano interno alla società ai fini della configurabilità di una responsabilità degli amministratori, ovvero se tale mancanza precluda la stessa possibilità per una

³⁶ U. Tombari, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come «nuovo modello di organizzazione dell'attività di impresa»*, in *Riv. Soc.* 2006, 186; F. Platania, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fall.*, 2008, 1297; M. Fabiani, *Le nuove regole di estensione del fallimento al socio*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, 429; F. Fimmanò, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fall.*, 2009, 92 ss.; P. Piscitello, *Ambito di applicazione delle discipline delle crisi*, in *Aa.Vv.*, *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, Giuffrè, 2013, 112 ss.

³⁷ Corte cost. n. 276 del 2014, in <http://www.ipsos.it/~media/Quotidiano/2014/12/15/Effetti-del-fallimento>.

società per azioni di partecipare ad una società di fatto. Il rimettente non ha nemmeno accertato se la conclusione valida per le società per azioni, cui ha specificamente riguardo l'art. 2361 c.c., possa estendersi anche alle società a responsabilità limitata per le quali manca una analoga previsione espressa».

Pertanto il giudice delle leggi in relazione ad un vizio di mera forma ha ritenuto che la mancanza di ogni argomentazione sul punto si risolve in un difetto di motivazione sulla rilevanza della questione prospettata, comportandone l'inammissibilità.

Nel sollecitare il giudice *a quo* ad una più attenta ricognizione del problema la Corte Costituzionale approda ad un – doveroso – *non liquet*, che lascia inalterato il problema, ma che ad avviso di chi scrive, potrebbe sollecitare una lettura ulteriore: ove le società a partecipazione pubblica fossero totalmente o maggioritariamente partecipate da enti pubblici (ovvero nell'ipotesi limite dallo Stato) potrebbe sostenersi, sempre ove si intenda superare il criterio di imputazione formale dell' art 1705 c.c., che l'imprenditore occulto sia l'ente locale o addirittura lo Stato; procedendo così a quella aggressione patrimoniale, in ipotesi causativa anche di *default* – peraltro già sperimentata in Argentina – che congiunture economiche rigorosissime hanno, forse invano, tentato di arginare.

Si tratta di un abuso interpretativo, ma sintomatico di come la giurisprudenza pretoria possa portare a conclusioni aberranti, quando non si attiene ai rigorosi limiti di interpretazione letterale, in cui è confinata dal legislatore all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

7. L'ubi consistam della responsabilità erariale degli organi di gestione e controllo

Resta da chiarire un aspetto eterodosso rispetto al tema trattato, ma di grande rilevanza teorico applicativa: perché la C. conti continua a sostenere la responsabilità degli amministratori – anche delle società in mano pubblica – ed al contempo è fiera sostenitrice della fallibilità delle società *in house*?

È chiaro che una prima, approssimativa, risposta potrebbe far leva su considerazioni di politica giudiziaria, richiamando in qualche misura quanto accaduto, prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo, tra l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte Cass. in materia di pregiudiziale amministrativa; ma, come anticipato, questa risposta sarebbe interamente insoddisfacente.

Tale insoddisfazione discende dal rilievo che sono le stesse Sezioni Unite della Corte Cass. ad affermare la responsabilità erariale degli organi sociali delle società *in house*.

Ai fini di un maggiore approfondimento, ci pare doverosa, pertanto, una lettura più ampia di Cass., sez. un., V, 25 novembre 2013, n. 26283; dal tenore di essa si avverte che, secondo i Supremi giudici gli organi delle società *in house*, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non possono essere considerati – a differenza, si badi, di quanto accade per gli amministratori di società a partecipazione pubblica, come investiti di un *munus* privato – inerenti ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società³⁸.

Infatti, poiché essi sono preposti ad una struttura corrispondente ad una articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, si può rite-

³⁸ La sentenza ha, tuttavia, incontrato l'aperta ostilità di una parte autorevole della dottrina – C. Ibba, *Società "in house"*, cit., 8 ss., che ne ha sottolineato i punti di maggiore criticità.

A giudizio di questo studioso deve essere censurato, innanzitutto il ragionamento della Suprema Corte nella parte in cui ha affermato che la posizione degli amministratori della società *in house* è quella di una vera e propria subordinazione rispetto all'ente pubblico partecipante.

Ancora, si rimprovera ai Supremi giudici di aver ritenuto che la società *in house* non è un centro autonomo d'interessi suoi propri, e pertanto essa non può qualificarsi come persona giuridica. Infatti, l'autore sostiene che anche le predette società hanno l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese e, pertanto, ex art. 2331 sono da considerarsi munite di personalità giuridica.

In misura particolare, tuttavia, le critiche dello studioso si addensano nella parte in cui il patrimonio della società *in house* viene costruito come patrimonio separato.

In realtà questo studioso aveva visto con un certo favore il disposto della sentenza n. 26806 del 2009, in cui si era sostenuto che la responsabilità erariale potesse essere configurata solo allorché il danno cagionato non fosse un danno al patrimonio della società, per la quale valevano le regole proprie del diritto civile, bensì solo nelle ipotesi di pregiudizio diretto al patrimonio dell'ente socio, e dunque al di fuori dei circuiti corporativi.

Le argomentazioni dello studioso risultano altresì corroborate dalle direttive del febbraio 2014 su appalti pubblici e concessioni, che appaiono in contrasto alla qualificazione come patrimonio separato della persona giuridica società *in house*.

Cfr. R. Ursi, *Il cammino disorientato delle c.d. società "in house"*, in *Dir. econ.* 3, 2014, 558, il quale con riguardo alla *figura iuris* della società *in house*, così si è espresso: «In altri termini, la legittima ansia di semplificazione del linguaggio giuridico ha dato la stura ad un insostenibile invenzione in via pretoria di un nuovo tipo societario dotato di proprie regole e di speciali sistemi di responsabilità. Tale forma di depistaggio, sistematico e dogmatico ad un tempo, è frutto della recente giurisprudenza della Corte Cass., la quale, nell'ansia di risolvere un decennale conflitto con la C. conti in ordine alla giurisdizione in tema di responsabilità erariale degli amministratori di imprese pubbliche, ha elaborato eccentriche soluzioni focalizzate proprio sulle c.d. società *in house*».

dal fallimento delle società al socio occulto

nere che essi siano legati a questa personalmente da un rapporto di servizio, non diversamente da ciò che accade per i dirigenti.

Pertanto, se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house*, che ad esso fa capo, è giocoforza concludere – questo si badi il *punctum pruriens* del ragionamento dei Supremi giudici – che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società non si ponga in termini di separazione patrimoniale, per cui anche il danno arrecato al patrimonio della società *in house* dagli atti illegittimi degli organi sociali risulta, nella concezione della Corte, arrecato ad un patrimonio riconducibile ad un ente pubblico³⁹.

In sintesi – e riservandoci la possibilità di approfondire *ex professo*, in altro lavoro la questione, che certamente interseca, ma non coincide con quello della fallibilità della società in mano pubblica – premessa la distinzione tra società in mano pubblica e società *in house*, solo sostenendo l'alterità soggettiva tra l'ente affidante e la società, ci sembra possibile sostenere la conseguente separazione patrimoniale, tale che la condotta perseguibile dalla procura contabile sia diretta non già contro la scelta gestionale pregiudizievole dell'amministratore, ma contro la condotta del rappresentante legale dell'ente socio, che non ha attivato gli strumenti di diritto societario diretti a far valere la responsabilità dell'amministratore.

Ciò come conseguenza del fatto che – come è stato molto opportunamente rilevato⁴⁰ – le cautele che stanno alla base dell'utilizzo delle risorse pubbliche da parte dell'impresa sociale siano dirette principalmente al socio pubblico e solo in seconda battuta all'amministratore, la cui attività non può che rispondere ai canoni tracciati dall'art. 2380 e ss. c.c.

³⁹ L'analisi della motivazione di questa sentenza – che come abbiamo anticipato è stata ampiamente criticata ed è, a giudizio di chi scrive estremamente discutibile – ci sembra trovare un correttivo in Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1159, che, in caso di privatizzazione di un ente pubblico economico, ha ritenuto di operare la distinzione se l'adozione del modulo organizzatorio di tipo societario ne abbia comportato una trasformazione sostanziale, nel qual caso la domanda risarcitoria spetterà alla giurisdizione del G.O., ovvero sia una modificazione meramente formale ed in questo caso sussistendo ancora il rapporto di servizio, la giurisdizione spetterà al giudice contabile. Il testo della sentenza è consultabile in <http://www.igitalia.it/doc/1159-15.pdf>.

⁴⁰ *Amplius*: R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica. La "governance" delle imprese partecipate da regioni ed enti locali*, Torino, Editoriale scientifica, 2012, 337 ss.

Abstract

Some recent court rulings, have drawn the performer's attention on the problem of subjection of cd. "Public companies" to bankruptcy proceedings.

The specific issue concerns the opportunity to refer by analogy to the application of art. 1 l. fall. against public companies, with particular regard to those responsible for supplying public services at local level.

Just by adopting the functional approach it is found that the company, sic the corporate model chosen, meets the four requirements listed in art. 2082 cc. In fact, it is stated by contract, its organization is the one prepared by the Civil Code for the joint-stock company, it operates inexpensive method, bearing the economic risk and also aims to profit.

In case of subjection to failure, in accordance with the approach adopted by ruling no. 26906/09, they have placed the question whether the fiscal responsibility lies with the state representative organs of the local partner.

On this regard, it also addressed the sustainability of the application of the theory of an occult entrepreneur to public companies, to support the extension of the failure even to local authorities awarding.

LUCA R. PERFETTI

LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI TRASPORTI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. La situazione di fatto ed i problemi ch'essa pone. – 2. Ricognizione dei dati normativi essenziali. – 3. Alternative di modello euristico. – 4. Le conseguenze del modello nella situazione di fatto. – 5. La discussione intorno al concetto di servizio pubblico. – 6. Le ragioni giuridiche che sostengono il modello del servizio pubblico in senso oggettivo nel settore del trasporto pubblico locale.

1. La situazione di fatto ed i problemi ch'essa pone

Se è vero che tra i compiti del giurista v'è – si potrebbe dire, primariamente – quello di cercare e motivare razionalmente un ordine, entro il quale collocare i dati normativi e fornire una possibile soluzione ai problemi che la convivenza civile pone, per affrontare il tema dell'affidamento del trasporto pubblico locale non si può prescindere dalla considerazione della situazione di fatto.

Solo per considerare i dati di recente posti in luce dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) (in particolare il provvedimento n. 24697, «Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale del 10 dicembre 2013») «il comparto vive da tempo una situazione di profonda crisi con risultati ampiamente peggiorativi rispetto alle corrispondenti performances europee».

I dati economici e gestionali che emergono dalle indagini disponibili – senza dilungarsi nel rammentarli dettagliatamente – si possono riassumere agevolmente: a fronte di gestioni dirette o assegnate a società controllate dall'ente che affida il servizio, corrispondono risultati economici negativi (vale a dire: esercizio dell'attività di impresa in strutturale perdita), minore qualità del servizio, scarso ricorso al servizio da parte dei cittadini ed, a fronte del contrarsi della spesa pubblica, una complessiva crisi di sistema sia sul versante del servizio che del suo utilizzo da parte dei destinatari.

Si tratta di una situazione di fatto che è stata in grado di rendere sostanzialmente inefficaci le previsioni normative che si sono susseguite in ar-

gomento; pochi elementi bastano a fornire indicazioni in tal senso. L'art. 19, d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, ad esempio, prevedeva la «completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili» con lo scopo di porre fine al meccanismo del ripiano a piè di lista e, tuttavia, non solo questo sistema non ha mai avuto applicazione, ma – dai dati disponibili – il contributo dei ricavi ai costi è mediamente rimasto intorno ad un terzo di questi secondi e, nonostante l'art. 1, c. 301, l. 24 dicembre 2012, n. 228 avesse previsto che le dotazioni del Fondo nazionale per il finanziamento del trasporto pubblico locale¹ fossero assegnate in parte sulla base di meccanismi premianti la qualità del servizio e utilizzate per rilanciare piani di investimento, la Conferenza Unificata Stato-Regioni ha ottenuto che il 90% delle risorse sia attribuito sulla base della ripartizione storica. Per proseguire: nonostante siano chiarissimi i riferimenti alla disciplina comunitaria – cui quella nazionale rinvia – in ordine alla definizione delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali ed il d.lgs. n.422/1997 prevedesse la gara come unica forma lecita, l'AGCM nel 2013 (vale a dire circa sedici anni dopo il decreto n. 422) doveva osservare che le gestioni del trasporto pubblico locale «siano ancora caratterizzate, nella maggior parte delle Regioni, da una mancata conformazione al quadro regolamentare applicabile e spesso connotate da diffuse irregolarità in relazione: i) all'organizzazione dei servizi; ii) alle modalità di affidamento degli stessi, che in molti casi di società pubbliche di gestione non rispettano i requisiti dell'*in house*, o in altri casi si sostanziano in affidamenti diretti a terzi senza gara, spesso inoltre oggetto di ripetute proroghe; iii) alla mancata trasparenza dei contratti; iv) all'efficienza e regolazione dei rapporti contrattuali; v) alla sovrapposizione di attività in monopolio e in concorrenza in capo ai soggetti affidatari, e, infine, vi) alle modalità di determinazione delle compensazioni concesse a fronte dell'assolvimento degli oneri di servizio pubblico che non appaiono rispettare criteri di orientamento ai costi efficienti».

Nella sostanza, la realtà di fatto pone l'osservatore innanzi ad (A) una fortissima resistenza all'applicazione delle disposizioni che introducono meccanismi concorrenziali ed, in generale, promuovono l'efficienza negli affidamenti del servizio pubblico locale – a garanzia, non di rado, di scelte politiche in ordine al personale di natura evidentemente clientelare o, almeno, che utilizzano le aziende come ammortizzatori sociali – e (B) ad un sistema che produce una corrispondenza tra inefficienza del servizio, suo

¹ Per utili informazioni, A. Giordano e G. Zoppi, *Il nuovo trasporto pubblico regionale e locale dalla L.151/81 ai DL 422/97 e 400/99. Aspetti normativi, tecnici, economici e tributari per enti e aziende*, Milano, Giuffrè, 2000.

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

scarso utilizzo e conservazione delle gestioni in essere (come espressamente confermato dal VII “considerando” del reg. Ce n. 1370/2007).

La ricerca di un punto ordinante, quindi, non può prescindere dalla considerazione della situazione di fatto in essere, giacché ove ci si limiti a riepilogare e coordinare i dati normativi in termini esegetici il rischio molto alto che si soffre è quello della compilazione inutile.

2. Ricognizione dei dati normativi essenziali

La ricerca di una spiegazione del problema dell'affidamento del servizio pubblico locale di trasporto², quindi, deve passare dall'identificazione dei dati normativi essenziali e dalla discussione in ordine al modello concettuale del servizio pubblico, per cercare di fornire una soluzione che coniughi una ricostruzione coerente dell'ordinamento con la ricerca di risultati utili rispetto alla realtà di fatto che si è sommariamente indicata.

Gli elementi su cui ragionare sono agevoli da indicare.

In sede comunitaria, la materia era disciplinata dal reg. Cee n. 1191/1969³, poi abrogato con il successivo reg. Ce n. 1370/2007. Il reg. Cee n. 1191/69 forniva una definizione degli obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico (intesi come «gli obblighi che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni»), comprendenti gli obblighi esercizio, di trasporto e tariffario; a fronte della decisione di imporre simili obblighi il rapporto tra l'amministrazione che lo impone e l'esercente il servizio sarà regolato da un contratto di servizio pubblico attraverso il quale gli obblighi siano compensati (nei modi stabiliti dagli artt. 10,11, 12 e 13 del reg. Cee n. 1191/69)⁴.

² Per l'inquadramento dei problemi e della disciplina, C. Iaione, *La regolazione del trasporto pubblico locale*, Napoli, Jovene, 2008; N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato di diritto amministrativo*², a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pt. s., 2265 ss.; .D.U. Galetta e M. Giavazzi, *Trasporti terrestri*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², a cura di M.P. Chiti e C. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, pt. s., IV, 2173 ss., specie da 2209.

³ In ordine alla situazione precedente il reg. Ce n. 1370/2007, L. Grard, *Le droit européen de transports une référence pour le service public en environnement de concurrence*, in *Les services d'intérêt économique général et Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 387 ss.; A. Brown, *Legality of a national law allowing public authorities to award services contracts directly to their subsidiaries: a note on C-410/04 ANAV v Comune di Bari*, in *PPLR*, 2006, NA 217 ss.

⁴ Sui problemi cui aveva dato luogo la disciplina in questione – sia pure senza l'osservazione del diritto italiano – B. Schlögel, *Grenzüberschreitende interkommunale Zusammenarbeit*, Berlin, E. Schmidt, 1982; O. Otting e U. Olgemöller, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen*

Al reg. Cee n. 1191/69 veniva data attuazione attraverso il d.lgs. n. 422/1997⁵, che affidava alle regioni il compito (sulla base di parametri direttamente previsti dal decreto) di fissare i servizi minimi sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, assumendone i costi; province, comuni e comunità montane avevano la possibilità di prevedere servizi aggiuntivi, d'intesa con le regioni, con oneri a loro carico. I contratti di servizio relativi agli oneri di servizio avrebbero previsto le compensazioni finanziarie assicurando la corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari, nonché un progressivo incremento del rapporto tra ricavi e costi operativi – sicché sono nulli i contratti di servizio che non presentano le caratteristiche fissate dal decreto. Il d.lgs. n. 422/1997, peraltro, prevedeva che le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico avrebbero potuto essere assegnate solo ed esclusivamente con gara.

Non ci sono ragioni per dissentire da quelle letture⁶ del d.lgs. n. 422/1997 che hanno evidenziato come, in forza delle previsioni del decreto, il settore fosse stato liberalizzato, sicché gli operatori di mercato potevano porre in essere le attività corrispondenti al servizio di trasporto pubblico locale secondo la sua programmazione (sicché s'è innanzi ad un mercato regolamentato); la previsione di obblighi di servizio pubblico si accompagnava al loro finanziamento e l'assegnazione dei contratti di servizio relativi a questi due profili poteva intervenire solo con gara.

Dopo un dibattito lungo oltre sette anni ed un faticoso confronto politico, è stato approvato il reg. Ce n. 1370/07⁷, che – secondo la più parte

für Direktvergaben im Verkehrssektor nach Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in *DÖV*, 2009, 364 ss.; K. Tonner, *Deregulation of transport utilities and re-regulation by «passengers' rights» in the European Union*, in *Dir. e politiche Unione Europea*, 2007, 138 ss.

⁵ Sul d.lgs. n. 422/1997, N. Rangone, *op. ult. cit.*; A. Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del mercato del trasporto*, a cura di S. Zunarelli, Padova, Cedam, 2008, 141 ss.

⁶ M. Roli, A. Pericu, *Le forme di gestione del trasporto pubblico locale tra pubblico e privato: esperienze pratiche e impostazioni teoriche*, in *La città logistica*, a cura di E. Musso, C. Burlando e H. Ghiara, Bologna, il Mulino, 2006, 1 ss.

⁷ Sul reg. Ce n. 1370/07 o – comunque – tenendolo in diretta considerazione, M. Winnes, A.S. Schwarz, O. Mietzsch, *Zu den Auswirkungen der VO 1370/07 für den öffentlichen Nahverkehr in Deutschland*, in *EuR*, 2009, 290 ss.; C. Heinze, *Wettbewerb um Busliniengenehmigungen unter der VO (EG) 1370/2007*, in *DVBI*, 2011, 534 ss.; J.-V. Schmitz, B. Winkelhüsener, *Der öffentliche Personennahverkehr im Übergang zur VO 1370/2007*, in *EuZW*, 2011, 52 ss.; G.S. Olykke, *Legislative Comment, Regulation 1370/2007 on public passenger transport services*, in *PPLR*, 2008, NA84 ss.; D. Van de Velde, A. Beck, J.-C. Van Elburg, K.-H. Terschüren, *Contracting in urban public transport, Report for the European Commission - DG TREN*, Bruxelles, 2008.

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

degli interpreti – non reca il segno della concorrenza tra operatori – come a lungo sostenuto dalla Commissione – ma quello dell’assicurazione di servizi «più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire».

Si tratta di una disposizione in ordine alla quale si sono lette semplificazioni che non consentono di comprenderne il contenuto ed il senso.

Anzitutto, come chiunque sa, la concorrenza⁸ è altro dalla assicurazione del «semplice gioco delle forze del mercato»; il semplice gioco del mercato, infatti, non tende alla concorrenza ma al monopolio, alla massimizzazione del profitto con la riduzione dei costi; la concorrenza, com’è comunemente noto, è il risultato prodotto artificialmente dalla regolazione pubblicistica del mercato. In questi termini, l’idea – peraltro assai diffusa in Italia – che il reg. Ce n. 1370/07 non perseguirebbe la concorrenza, appare assai discutibile.

In secondo luogo, la concorrenza non è un valore in sé, essendo – fin dalle sue prime teorizzazioni – uno strumento per assicurare razionalità sociale⁹ e nessuno nega che uno degli obiettivi di detta struttura sociale sia quello di assicurare i diritti dei cittadini comunitari; nel caso specifico dei servizi pubblici, il diritto al loro conseguimento con qualità e costi sostenibili.

Una volta che si siano trascurati fraintendimenti e semplificazioni¹⁰, apparirà anche meno rilevante il fatto che il reg. Ce n. 1370/07 consente l’assegnazione dei contratti di servizio corrispondenti ad obblighi di servizio pubblico sia per affidamento diretto che attraverso una gara pubblica. Lavori preparatori e commenti a questa regola hanno enfatizzato l’idea che essa determinerebbe un libero affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico e, tuttavia, quest’idea sembra essere una semplificazione non accoglibile, per almeno tre ragioni.

Anzitutto, come ogni ipotesi di affidamento di un diritto speciale ed esclusivo, anche prima dell’entrata in vigore dei reg. Ce n. 1370/07 l’affida-

⁸ D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2001 e più recentemente, nel nostro Paese, M. D’Alberti, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, II, 1140 ss.

⁹ Per la discussione delle teorie della scuola di Friburgo, M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Paris, Gallimard, 1997, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2009 e Id., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Gallimard, 2004.

¹⁰ Per un quadro completo e serio, si veda anche A. Cabianca, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?*, in *Ist. fed.*, 2010, 589 ss.

mento diretto era consentito, sia pure solo a favore di società *in house* dell'affidante; non ci sono, nel reg. Ce n. 1370/07 e nel sistema del diritto comunitario, argomenti per ritenere che nel diritto vigente sia ammissibile un affidamento diretto a chicchessia, essendo sempre da verificarsi le regole generali sugli affidamenti *in house*.

In secondo luogo – e questo aspetto è centrale nel nostro ragionamento – oggetto dell'affidamento non è il servizio pubblico di trasporto locale, come comunemente si equivoca; infatti, ad essere fatti oggetto di affidamento sono i contratti corrispondenti agli obblighi di servizio pubblico cui viene accompagnato un contributo economico (stante che i servizi non sarebbero resi dall'operatore alle condizioni imposte); ed, infatti, questi contratti definiscono gli obblighi di servizio pubblico che l'operatore deve assolvere e le zone geografiche interessate, i parametri per calcolare l'eventuale compensazione da corrispondere per il loro assolvimento ed i diritti di esclusiva. In questi termini, l'unica differenza rilevante rispetto al passato è che, in ragione del reg. Ce n. 1370/07 il contenuto dell'obbligo di servizio pubblico non è predefinito ma assegnato all'autorità affidante, sia pure con la chiara indicazione del fine, vale a dire quello di garantire la prestazione «senza discriminazione e in maniera continuativa».

In terzo luogo, è regola generale del diritto italiano¹¹ che l'autorità pubblica, laddove sia lasciata libera di scegliere tra due modelli organizzativi (nel nostro caso l'affidamento diretto a società *in house* e l'affidamento ad un operatore selezionato con gara), dovrà motivare adeguatamente in ordine alla convenienza ed opportunità della scelta; quindi, non è affatto vero che l'autorità sarà libera di assegnare contratti di servizio pubblico a suo piacimento, perché potrà ricorrere all'affidamento in forma *in house* solo e soltanto dando ragione – con riferimento a questa forma organizzativa – della maggiore efficacia, convenienza ed aderenza al fine di prestare servizi «senza discriminazione e in maniera continuativa». Peraltro, lo stesso reg. Ce n. 1370/07 consente l'affidamento diretto solo al di sotto di soglie di valore o estensione chilometrica del servizio.

In sostanza, quindi: (i) l'autorità locale assegna singoli contratti di servizio pubblico in corrispondenza dell'imposizione di obblighi di servizio pubblico e relative compensazioni o esclusive; sicché è scorretto parlare di affidamento del “servizio pubblico” come se l'intera area del “servizio pubblico di trasporto” fosse oggetto di una riserva e di un conseguente affida-

¹¹ Di recente, prevalentemente sul diritto italiano, R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

mento; in questa prospettiva, non ci sono ragioni per modificare l'idea che il servizio sia stato liberalizzato e che gli operatori di mercato possano ambire a fornire servizi di trasporto pubblico locale nell'ambito della programmazione pubblica di tratte ed orari ed oltre ad essa; ogniqualvolta rispetto a segmenti di questo servizio l'autorità ritenga di imporre obblighi di servizio diretti ad assicurare la sua accessibilità da parte degli utenti, questa stessa dovrà provvedere a compensare – con vantaggi economici o esclusive – questi obblighi, sicché potrà assegnare questi rapporti solo a contraenti scelti con gara o a società *in house*; naturalmente (II) non potrà scegliere liberamente tra queste alternative, ma dovrà rendere conto in motivazione della convenienza e congruità ai fini di servizio pubblico (primariamente la protezione delle aspettative degli utenti); (III) in questi termini, il Regolamento Ce n. 1370/07 non pone sensibili modificazioni rispetto al passato, in riferimento alla liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici di trasporto.

Si può trascurare, ai nostri fini, l'evoluzione del diritto nazionale – che ha dapprima regolato la materia con il già ricordato d.lgs. n. 422/1997, escludendola espressamente (come per altri settori industriali) dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali che si veniva incessantemente modificando, per poi comprenderla. Oggi, il riferimento certo della disciplina interna è agevole da fornire: i servizi pubblici locali debbono essere affidati nelle forme fissate dal diritto europeo e gli affidamenti in essere possono perdurare solo se aderenti a quella disciplina. Non serve, quindi, indulgere ulteriormente nel dettaglio dell'evoluzione disordinata del diritto interno in questo ultimo decennio.

3. Alternative di modello euristico

Sulla base di questi elementi che emergono dal quadro ordinamentale, occorre – credo – porsi una questione fondamentale, vale a dire: l'oggetto dell'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale è da riferire all'intera offerta dei servizi di trasporto pubblico locale per un dato ambito territoriale omogeneo, ovvero a quei soli segmenti di servizio per i quali ci si trova di fronte ad un fallimento del mercato (vale a dire per quelle ipotesi nelle quali nessun operatore di mercato assumerebbe alle condizioni tariffarie imposte se non vi fosse il concorso di provvidenze pubbliche).

La differenza tra i due scenari deve essere ulteriormente chiarita. Nella prima ipotesi, si guarderà al servizio di trasporto pubblico locale come all'insieme dei servizi di trasporto in un dato ambito locale; si tratta di un

concetto molto naturale, perché in questo modo si considera l'affidamento dei servizi pubblici locali di un certo settore industriale, sicché si parla di servizio idrico integrato, di ciclo dei rifiuti e così via. In questa prospettiva, è facile pensare all'affidamento del servizio pubblico locale come ad una concessione ad un solo operatore economico (ad una società *in house* dell'ente, ovvero a capitale misto, oppure privata scelta con gara) dell'intero sistema di trasporto; semmai, sulla base delle norme applicabili, vi saranno distinzioni rilevanti nell'affidamento dei servizi urbani ed extraurbani, ovvero su strada o su rotaia. Tuttavia, si tratta sempre dell'idea per la quale il servizio pubblico locale è un'attività unitaria, oggetto di una riserva monopolistica all'ente pubblico, che sarà fatta oggetto, quindi, di una concessione unitaria. L'ambito dei servizi in affidamento/concessione copre (sostanzialmente) l'intera gamma di servizi offerti.

Nel secondo scenario, invece, nell'ambito del complessivo servizio di trasporto pubblico, ciò che è fatto oggetto di affidamento (il servizio pubblico in senso soggettivo, quindi) è soltanto quel singolo servizio per il quale l'ente competente richiede che vengano applicate tariffe all'utenza tali da non assicurare la copertura dei costi del servizio e che, quindi, potrà essere realizzato solo con il concorso finanziario dell'ente stesso (o con altri vantaggi economici comunque rivenienti dalla sfera pubblica e posti a compensazione dell'onere di servizio pubblico). In questo scenario, gli obblighi di servizio pubblico corrispondono all'area oggetto di affidamento/concessione, mentre l'insieme complessivo dei restanti servizi (che non potrà che essere spiegata come servizio pubblico in senso oggettivo) è posta in essere in un regime di mercato regolato (dalla programmazione dei servizi – delle tratte, delle percorrenze, etc. – e dai titoli abilitativi che saranno necessari). In questa visione, che la gara per l'affidamento dei servizi oggetto di incentivazione li riguardi tutti nella loro complessità ovvero possa essere articolata per lotti più piccoli fino a giungere alla singola tratta di trasporto oggetto di compensazione dell'obbligo di servizio pubblico, diventa solo una questione tecnica, da risolvere alla luce del criterio della massima possibile competizione tra operatori.

Le conseguenze – non solo teoriche – della risposta che si dà a questa domanda sono notevoli: (A) nel primo caso, infatti, (i) si deve necessariamente assumere che esista un ente pubblico titolare di una riserva di attività (*ex art. 43 Cost.*) e che la prestazione del servizio sia sottratta all'iniziativa privata (elemento che dovrebbe essere dimostrato, naturalmente), sicché (ii) l'affidamento deve riguardare la complessità del servizio – o suoi segmenti omogenei; (B) nel secondo, invece, l'attività di servizio pubblico può essere liberamente prestata dalle imprese – nell'ambito della programmazione

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

pubblica, come tipico di molte attività imprenditoriali in un mercato regolato – e, tuttavia, ogniqualvolta l'autorità pubblica richieda che il servizio venga venduto agli utenti ad un prezzo che non consente la remunerazione dei costi ed il conseguimento di un guadagno (creando così un fallimento di mercato) ed intervenga con strumenti di compensazione (di qualunque natura) il servizio sarà oggetto di affidamento. I vantaggi – non solo teorici – di questo secondo modello sono agevoli da intuire e da spiegare; inoltre, con riferimento alla situazione di fatto in essere – come ci si proverà a dire in prosieguo – sembrano utili a rompere il circuito perverso che si costituisce tra titolarità pubblica sia del potere di incentivo e che del capitale delle società ce ne sono beneficiarie.

4. Le conseguenze del modello nella situazione di fatto

Si tratta di due modelli euristici entrambi sostenibili sulla base delle disposizioni applicabili. Rinvio, per un tratto molto breve, l'illustrazione degli argomenti giuridici per ragione dei quali credo debba essere accolta la seconda spiegazione delle norme (il principale è già stato accennato, vale a dire quello dell'inesistenza di una riserva dell'attività nel suo complesso a vantaggio dell'ente locale assunta nelle forme necessariamente previste dall'art. 43 Cost.); ciò al solo scopo di anticipare il rilievo pratico quella questione.

La seconda ricostruzione, infatti, mostra vantaggi evidenti rispetto alla grave situazione di fatto¹² in cui si trova il servizio di trasporto pubblico locale.

Non merita d'essere lungamente argomentata la circostanza per la quale la situazione di fatto in essere – vale a dire: alti costi di produzione dei servizi, loro bassa qualità e scarsa utilizzazione da parte degli utenti – dipende dalla circostanza che questi stessi servizi siano assegnati senza gara a società partecipate dagli enti locali; si tratta di una corrispondenza messa in luce dal reg. Ce n. 1370/2007, dall'AGCM, dagli studi economici disponibili. È stato anche chiarito (dall'AGCM, nella specie) che la grande parte di questi affidamenti è oggetto di proroghe e rinnovazioni da ormai quasi due decenni e che in misura non piccola le società beneficiarie non mostrano effettivamente i caratteri della società *in house* ovvero sono partecipate da soggetti privati che non sono stati scelti con procedure selettive adeguate. S'è messo – sia pure brevemente – in evidenza come la situazione in essere sia

¹² Per tutti, A. Boitani, *I trasporti del nostro scontento*, Bologna, il Mulino, 2012.

in parte non irrilevante il frutto della resistenza all'osservanza delle norme di tempo in tempo applicabili, ovvero di deroghe, rinvii o dall'adozione di provvedimenti attuativi contraddittori con i principi della legislazione, conseguenti a questa resistenza e diretti – tutti – a conservare lo *statu quo*.

Si tratta di una situazione che deriva essenzialmente da un corto-circuito politico. Infatti, le società incaricate dell'insieme dei servizi pubblici di trasporto in sede locale appaiono irrimediabilmente in perdita per ragione del fatto che mostrano un eccesso di personale (accadendo ciò perché esse sono vittime di politiche occupazionali, quando non clientelari che non hanno relazione con la qualità del servizio da prestare), ovvero sono amministrate in modo inefficiente. Ne consegue che il ceto politico locale – che, per un lato, è in grado di influire sulla legislazione nazionale (come è avvenuto per l'inserimento dei servizi di trasporto nella generale disciplina dei servizi pubblici locali, dalla quale erano stati per un certo tempo esclusi) e, per l'altro, ha il compito di dettare la disciplina integrativa locale (programmazione, attuazione delle norme in materia di affidamento, scelta della forma di affidamento, etc.) – mostra un significativo interesse alla conservazione della situazione in essere, lasciando che le società si indebitino sempre di più per creare vantaggi estranei alla realizzazione del servizio, senza che l'indebitamento si consolidi con quello del Comune. La critica che il potere locale subisce per la cattiva qualità del servizio viene avvertita, infatti, come meno rischiosa della perdita del consenso che deriva dalle politiche occupazionali che affossano i bilanci delle imprese incaricate del servizio: la qualità dei servizi, infatti, appare come fonte di sfiducia generalizzata nella capacità dell'autorità di assicurare risposte alle domande che vengono dai diritti dei cittadini, mentre la garanzia di posti di lavoro di scarsa utilità o degli amministratori inefficienti determina un consenso assai più diretto nei confronti dei governanti locali che li assicurano.

L'attuazione di un modello virtuoso – tale, cioè, da spezzare la relazione tra inefficienza, alti costi e scarsa fruizione dei servizi – porrebbe la necessità di affrontare problemi piuttosto spiacevoli per gli amministratori locali: vale a dire, la riduzione del personale delle aziende pubbliche (con gli effetti sul consenso elettorale), la necessità di ripianarne i debiti ovvero liquidarle, la regolarizzazione della forma giuridica in relazione alla disciplina europea (con la conseguenza, se rese davvero *in house*, del consolidamento dei loro debiti con quelli del Comune e, se a capitale misto, di affrontare la questione della relazione con il socio privato), quella – in generale – della trasparenza relativamente ai costi di produzione dei servizi in relazione ad ogni singolo segmento di esso che sia oggetto di trasferimenti pubblici, la rimozione degli amministratori incapaci. La generale soddisfazione del-

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

l'utente del servizio sembra in questa logica un bene minore rispetto alla pressione di concreti interessi organizzati.

Si tratta di problemi estremamente concreti. In primo luogo, simili politiche hanno determinato la strutturale situazione di perdita economica e finanziaria di molte aziende; ne consegue che esse non sono suscettibili d'esser fatte oggetto di processi di privatizzazione (nonostante molti siano stati annunciati ed avviati), per l'ovvia ragione che nessun imprenditore privato pagherebbe un prezzo per ricevere azioni o quote di una società in perdita. In secondo luogo, proprio questa situazione di strutturale *default* pone il problema della forma di gestione: se ci si trovasse innanzi a società realmente *in house* dell'ente locale, il loro debito dovrebbe essere consolidato con quello dell'ente stesso, con ovvie conseguenze sul bilancio di questo secondo; ne deriva che le forme di gestione ambigue ed irregolari hanno una ragione ben chiara (per quanto illecita). In terzo luogo, si dovrebbe discutere la correttezza del ricorso alla forma giuridica della società di capitali: infatti, alla generale capacità dell'ente pubblico di utilizzare strumenti di diritto privato nell'interesse pubblico corrispondono sia la responsabilità degli amministratori per le scelte operate, sia la necessità di agire secondo il modello giuridico assunto: è del tutto consolidata l'idea che la forma giuridica della società di capitali potrà essere assunta non solo per conseguire un utile, ma anche solo per ottenere una gestione economicamente efficiente; tuttavia, laddove gli indirizzi della gestione contraddicano stabilmente questo scopo, sembra più che lecito mettere in discussione la legittimità del ricorso a questo modello e, per altro verso sembra necessario porre la questione della responsabilità degli amministratori dell'ente (assai più che quella delle corrispondenti figure nelle società partecipate, che in realtà in quanto sottoposte a direzione e coordinamento non sembrano i veri responsabili di simili situazioni). In quarto luogo sembra del tutto contraddetta la missione di servizio pubblico, se è vero che la priorità che viene posta a queste aziende è quella di assicurare politiche occupazionali e di bilancio – nella specie, di gestione del debito – che impediscono di raggiungere il fine della qualità dei servizi resi all'utenza.

In questa prospettiva, la spiegazione della disciplina che collega l'affidamento alla singola concessione di provvidenze economiche sembra consentire con maggiore efficacia il superamento della situazione in essere. Infatti, secondo questo schema, sarà necessario – per aggiudicarsi l'affidamento – assicurare trasparenza in ordine ai costi di ciascun servizio, tratta, segmento dell'attività, giacché ad essere posta in gara sarà esattamente una singola porzione omogenea del trasporto pubblico locale oggetto di finanziamento pubblico. È evidente che l'applicazione di un simile schema non

consentirà più di confondere i costi sulla molteplicità dei servizi e di utilizzare il contributo pubblico a vantaggio del costo del personale ingiustificato o di cattive gestioni, a danno della qualità del servizio, così come si avverte con facilità che simili modalità di affidamento sono incompatibili con la conservazione di un sistema di finanziamento costruito sulla base della spesa storica: quest'ultima, infatti, è propria della gestione unitaria da parte di un'impresa, non relativa ad una contabilità del servizio che colleghi costi e prestazioni rese all'utenza.

Naturalmente non ci si nasconde che la conservazione di gestioni – più o meno correttamente qualificate – *in house* si presta ad una parziale permanenza della situazione in essere; tuttavia, ove l'affidamento venga disposto per segmenti omogenei dell'attività ciò consentirà almeno l'emergere – in modo trasparente – del collegamento tra costi e risultati di prestazione dei servizi e, quindi, assicurerà un minimo di *accountability*; inoltre, nel caso delle gestioni *in house*, il debito contratto dalle società dovrà essere consolidato con il bilancio dell'ente, con il risultato di rendere difficile praticare le politiche che si sono sopra richiamate.

La spiegazione della disciplina che collega l'affidamento con la singola prestazione oggetto di provvidenza pubblica a compensazione di oneri di servizio pubblico mostra, a mio avviso, elementi di sicuro vantaggio per il superamento della attuale condizione, caratterizzata dalla corrispondenza tra eccessivi costi, scarsa qualità dei servizi, insufficiente loro utilizzo e gestione pubblica dell'attività.

Si potrà legittimamente obiettare che queste considerazioni appartengono assai più al fatto che al diritto, si piegano ad osservare la patologia dell'applicazione (o della mancata applicazione) delle norme invece di concentrarsi solo nella loro esegesi. Tuttavia, sembra che – almeno in questo caso – vi sia una coincidenza tra migliore interpretazione giuridica del dato normativo ed applicazione preferibile in relazione alla situazione di fatto, sicché si dovrà dare conto del perché questa spiegazione sia più convincente anche sul versante propriamente giuridico.

5. La discussione intorno al concetto di servizio pubblico

Non sembra strettamente necessario, in questa sede, impostare il problema delle procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale nella controversia circa la natura ed il regime del servizio pubblico (locale). Tuttavia, questa discussione assume un rilievo non secondario non appena si avverta il significato – anche esegetico – dell'alternativa relativa

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

all'identificazione del servizio oggetto di affidamento cui sopra s'è fatto cenno.

Come ognuno sa, sul tema della nozione di servizio pubblico (locale), si confrontano impostazioni concettuali¹³ in senso forte, per le quali cioè, è necessario fornire una spiegazione della nozione in questione ed altre, metodologicamente opposte, che negano una simile necessità. Le prime, forniscono impostazioni che oscillano intorno a due opposti concettuali – vale a dire soggettiviste¹⁴, per le quali il servizio potrà dirsi pubblico solo in quanto imputabile all'amministrazione ed oggettiviste¹⁵, per le quali l'aggettivo consegue dalla natura dell'attività di servizio, indipendentemente da quella soggettiva del titolare – entro i quali sono fiorite una serie di visioni intermedie, non di rado contigue al diverso impianto metodologico scettico in ordine alla esistenza di una nozione di servizio pubblico; questo secondo, infatti, presenta una serie di atteggiamenti differenti che, sostanzialmente, negano utilità alla definizione del concetto vuoi perché lo considerano inconoscibile¹⁶, vuoi perché lo ritengono sostituito dalla nozione di servizio di interesse economico generale di provenienza comunitaria¹⁷, vuoi perché ritengono di poter costruire la nozione intorno ad alcuni suoi tratti caratterizzanti come regolazione, concorrenza, specialità ed intensità della relazione con l'autorità consistente nei titoli abilitativi l'attività¹⁸.

L'insieme di queste differenze, tuttavia, influenza in termini non secondari il problema della spiegazione del fenomeno delle procedure di assegnazione del servizio. Infatti, per le impostazioni soggettiviste esse sarebbero un riflesso della spettanza dell'attività in capo all'amministrazione; per

¹³ Per un quadro complessivo, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pt. s., 2588 ss.; G. Caia, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. Folliero e L. Iannotta, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, 515 ss.

¹⁴ Autorevolmente, R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*³, Milano, Giuffrè, 2003 e F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario 2001 dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 63 ss., specie 85.

¹⁵ Tra gli altri, L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁶ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, Id., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005.

¹⁷ D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.

¹⁸ Ad esempio, L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; E. Scotti, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003.

quelle oggettiviste, al contrario, uno dei possibili regimi di attività, quello corrispondente ad una ipotesi di riserva monopolista; per quelle scettiche, invece, si tratterebbe dell'elemento centrale del fenomeno, quello per il tramite del quale si misura la concorrenzialità del sistema, si giustifica la regolazione, si costituisce una relazione di particolare intensità che giustifica la aggettivazione pubblicistica del servizio o, più semplicemente, la prova che il diritto europeo si disinteresserebbe del servizio pubblico per regolare solo quello di interesse economico generale a protezione della concorrenza.

Sfortunatamente, tutte queste considerazioni presentano dei difetti. Le impostazioni soggettiviste, infatti, si espongono a critiche sia dal versante costituzionale che comunitario e non spiegano la comune natura di attività che siano fatte oggetto di riserva e poi liberalizzate (o viceversa) senza alcuna alterazione della loro sostanza; quelle oggettiviste, debbono fornire una giustificazione della pluralità di regimi che propongono; quelle che si affidano alla nozione di servizio di interesse generale incontrano, tra le molte, la difficoltà che non solo il legislatore nazionale disegna dei regimi giuridici per i servizi pubblici (costringendo a confrontarsi comunque con quell'istituto, con la nozione in sé) ma anche quello comunitario (e, specificamente, anche in materia di trasporti pubblici locali) detta disciplina dichiaratamente ritenendole applicabili ai servizi pubblici; chi, poi, si affidi alla regolazione per definire il concetto non può nascondere, per un lato, di ancorarsi ad una nozione che dovrebbe essere più correttamente riferita ai settori liberalizzati e, comunque, dai contorni indefiniti e con il forte rischio di lasciar pervadere l'autonomia privata dai comandi dell'autorità assai più di quanto non avvenisse nello scenario della programmazione economica senza, d'altro canto, assicurare il serio presidio del rispetto del principio di legalità; non diversamente, chi si affidi alla protezione della concorrenza per fornire una spiegazione del regime, fatica a trovare le ragioni per le quali differenziare i servizi pubblici da una qualunque altra attività economica.

In questo sovrapporsi di complessità ed incertezze si potrebbe avvertire un'ottima ragione, tra le altre, per trascurare i profili definitori e generali. Sfortunatamente, come già osservato, questi finiscono per influenzare in modo decisivo la spiegazione che si fornisce delle procedure selettive per l'individuazione dell'affidatario del servizio.

Nel caso specifico del trasporto pubblico locale, poi, si aggiunge un elemento di interesse: infatti, il trasporto pubblico locale è stato da alcuni raffigurato, dopo la sua riforma della fine degli anni Novanta, come attività liberalizzata e sottoposta alla sola programmazione dei bisogni e della risposta di servizi – tesi certo discussa, ma sostenuta con ragioni che non possono essere trascurate – per poi vedere il riaffermarsi delle gestioni dirette da

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

parte di enti pubblici. In modo difforme, quindi, da quanto sia accaduto per molte altre attività economiche, il processo di liberalizzazione è stato in parte significativa interrotto, per rivolgersi nella direzione opposta. In altri settori che vengono per lo più – dalla legislazione e dagli interpreti – annoverati tra i servizi pubblici locali si è avuta liberalizzazione e necessità di intervenire con strumenti di regolazione per neutralizzare il ruolo anticoncorrenziale delle infrastrutture. In questo caso si sarebbe avuto il movimento inverso, da una possibile liberalizzazione ad una pubblicizzazione per fallimento del mercato.

Ciò che sembra dover osservare, invece, è che il dato della liberalizzazione dei servizi entro un mercato in seria misura programmato e regolato è avvenuta e non è stata smentita; la realtà dell'organizzazione e dell'offerta dei servizi, invece, si è trattenuta di fatto in un orizzonte che nega il quadro giuridico – sia che esso sia ricostruito nel senso qui condiviso, sia nell'opposto schema oggettivistico – per ragioni che ovviamente non attengono a considerazioni legali ma alla forza della situazione di fatto; poiché le ragioni di questa situazione sono difficilmente sostenibili in una conversazione pubblica, ci si è consegnati ad argomenti, in buona parte strumentalizzati, quali quelli della garanzia dei livelli occupazionali o della assicurazione dei servizi. Poiché ciò che emerge da tutti gli studi in argomento è che qualità e quantità dei servizi siano assicurati dall'organizzazione di un mercato competitivo e l'assicurazione del miglior servizio possibile è l'unico scopo ragionevole della regolazione pubblica, non pare che la conservazione della situazione in atto possa essere difesa dal *côté* dei diritti degli utenti.

6. Le ragioni giuridiche che sostengono il modello del servizio pubblico in senso oggettivo nel settore del trasporto pubblico locale

Il dato normativo, dunque, può essere spiegato in due modi differenti, alla luce della teoria generale del servizio pubblico che si assuma corretta. Da questo punto di vista (anche da questo punto di vista) le impostazioni scettiche del problema, che ritengono di non dover fornire una nozione di servizio pubblico, presentano un difetto, giacché non prospettano alcun elemento utile alla soluzione della questione; nemmeno si potrà dire che la teoria scettica consenta di trovare la soluzione nella migliore organizzazione economica, vale a dire in quella pro-concorrenziale, giacché ciò val quanto dire che la concorrenza sia un fine in sé e non consente di trovare una soluzione tra alternative che siano entrambe a tutela della concorrenza (come

nel caso di specie) ed, infine, si espone all'arbitrio del legislatore (sicché questi approcci sono in gran parte coincidenti con l'idea che il reg. Ce n. 1370/07 abbia escluso la concorrenza dagli obiettivi del trasporto pubblico, riuscendo così difficile individuare il punto ordinante, il rationale di tutta la disciplina).

Piuttosto, si potrà pensare che l'affidamento riguardi l'interesse dei servizi pubblici di trasporto locale, sicché esso dovrà avvenire attraverso la ricerca con gara ad evidenza pubblica di un concessionario, salvo che ricorrano le condizioni di convenienza ed opportunità per l'affidamento *in house* ovvero le dimensioni ridotte dell'attività legittimino l'assegnazione in via diretta. Al contrario, se si riduce l'oggetto dell'affidamento ai singoli segmenti di servizio che sono caratterizzati da obblighi di servizio pubblico e conseguenti compensazioni economiche, le forme di affidamento non muteranno e, tuttavia, il servizio pubblico nel suo complesso apparirà liberalizzato salvo che nelle ipotesi di fallimento del mercato.

Entrambi gli approcci forniscono una piena garanzia della concorrenza e, quindi, la soluzione deve essere ricercata nel concetto di servizio pubblico e, particolarmente, nelle condizioni per le quali sia lecita una riserva di attività all'amministrazione pubblica.

È chiaro, infatti, che se si pensa al servizio pubblico come ad un'attività diretta ad assicurare ai cittadini il godimento effettivo dei loro diritti fondamentali (nel caso di specie alla circolazione), attività che la società potrà liberamente organizzare (senza che venga meno il carattere della pubblicità, giacché essa risiederebbe nell'interesse perseguito e non nel soggetto che lo realizza) residuando in capo all'autorità il solo compito di regolarla perché consegua meglio il suo fine ovvero di intervenire assumendola quando la società non si mostri in grado di assolvere il compito in modo adeguato, la riserva sarà rigorosamente confinata nel perimetro delle previsioni di cui all'art. 43 Cost.

Poiché il diritto europeo non prevede alcuna altra forma di fallimento del mercato se non quella dell'ipotesi di imposizione di obblighi di servizio pubblico ed il diritto interno semplicemente rinvia a quello dell'Unione europea, non ci sono ragioni per ritenere che si sia prevista – nelle forme di cui all'art. 43 Cost. – una riserva del servizio all'autorità pubblica.

Questa soluzione (che chi scrive ha sostenuta con molta larghezza in passato), oltre alle sue ragioni teoriche, mostra significativo rilievo pratico, giacché l'oggetto della gara per l'assegnazione dei singoli segmenti di servizio oggetto di incentivazione consente di delimitare il perimetro dei vantaggi assegnati alle imprese, di correlarli puntualmente alle diseconomie imposte dagli obblighi di servizio pubblico e di vedere il confronto concor-

le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali

renziale anche su questi segmenti; ne verrebbe scardinato il sistema che ha condotto alla pessima situazione di fatto in essere.

Tuttavia, non si può trascurare che il reg. Ce n. 1370/07 consente all'autorità locale di identificare sia gli obblighi di servizio che le compensazioni e, tra esse, i diritti di esclusiva; in questi termini, basterà all'autorità locale prevedere che per la compensazione degli obblighi sia assegnata l'esclusiva dell'intero servizio per fingere il rispetto del quadro prospettato ed, insieme, violarlo, secondo un'abitudine più che consueta nel nostro Paese.

Abstract

Public passenger transport services (by rail or by road) in Italy are particularly inefficient. As a matter of fact, in our Country such services are costly for public spending, consumers are unsatisfied, competition is nearly absent; such a situation is almost paradoxical and require serious thoughts. Under a legal point of view, focus is about the idea of public service itself. Therefore, if sound suitable the idea that public services are defined by their goals – and not in force of the provider nature's – is to be considered the perspective public tender are mandatory any time an exclusive rights is to be awarded or lack of revenues from the sale of tickets will be repaid to the competent authority. Matching public tender procedure and public aid or awarding of exclusive rights, will provide a solution useful to overtake the idea public service contracts are related to the whole local service; contract is to be awarded under a public tender each time a single exclusive rights or aid will be provided. Under proposed solution, competition is maximized and present Italian situation should be beneficiary modify.

SERGIO MAROTTA

WELFARE PROVISION E VARIABILI LOCALI:
IL CASO DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte costituzionale sulla legge della Regione Liguria in materia di servizio idrico integrato. – 2.1. Sul quadro normativo vigente in materia di servizio idrico integrato. – 2.2. L'ambigua identificazione tra gestione diretta e affidamento senza gara. – 2.3. L'«unicità della gestione» come parametro di costituzionalità. – 3. Conclusioni.

1. Premessa

Dopo i referendum del 12 e 13 giugno 2011 che avevano sancito la scelta della maggioranza degli italiani a favore della gestione pubblica del servizio idrico integrato, il governo, con l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, aveva riproposto, per i servizi pubblici locali, la medesima disciplina che quasi ventisette milioni di elettori avevano inteso abrogare.

A stigmatizzare la scelta del legislatore era intervenuta la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 199/2012, aveva dichiarato l'illegittimità della nuova normativa in quanto violava palesemente la volontà referendaria e si poneva, dunque, in contrasto con l'art. 75 Cost.

Occorre ricordare che il legislatore già nel 2010 aveva provveduto alla eliminazione delle vecchie Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO) soppresse con l'art. 1, c. 1 *quinquies*, d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni dalla l. 26 marzo 2010, n. 42. A seguito delle numerose proroghe concesse, ciascuna regione avrebbe dovuto individuare, entro il 31 dicembre 2014, gli enti competenti a decidere sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato.

Il legislatore, pur avendo soppresso le vecchie AATO e pur continuando a ignorare la volontà referendaria, ha usato un approccio alla disciplina dei servizi pubblici locali consistente, per un verso, nella rinuncia a scrivere una normativa di carattere generale e, per altro verso, nel trasferire al livello regionale il problema dell'individuazione degli enti competenti a organizzare i servizi e del disegno degli ambiti territoriali per la loro gestione ottimale continuando a perseguire l'obiettivo di introdurre i principi della concorrenza.

Da allora ogni regione ha fatto le sue scelte. E sono state scelte diverse che, il più delle volte, non hanno rispettato la direzione originaria indicata prima dalla legge Galli e poi sancita dal Codice dell'ambiente del 2006 e, cioè, il criterio della gestione migliore delle risorse idriche sulla base della conformazione dei bacini idrografici¹. Le regioni, infatti, hanno guardato piuttosto ai confini amministrativi dei comuni, delle province, delle città metropolitane o delle comunità montane privilegiando i profili di efficienza e di economicità della gestione condizionati il più delle volte dagli interessi locali che si erano delineati con il progressivo consolidarsi delle nuove gestioni o semplicemente con il protrarsi di quelle vecchie.

Poco a che vedere, dunque, con la gestione pubblica del servizio idrico integrato, con la volontà politica espressa nei referendum del 2011 e con la sempre più impellente necessità di porre rimedio alla dispersione delle acque potabili provvedendo alla manutenzione della rete e al miglioramento delle infrastrutture esistenti.

Il governo, dal canto suo, dopo essersi liberato del problema di stabilire i confini territoriali delle gestioni e di individuare gli enti competenti a stabilirne le modalità, ha sistematicamente impugnato le leggi regionali sul servizio idrico integrato innanzi alla Corte costituzionale lamentando, in via principale, la violazione da parte delle regioni della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza» e di «tutela dell'ambiente» fissata dall'art. 117, secondo comma, lett. e) e s).

Così è toccato al Giudice delle leggi, anche nel settore dei servizi idrici, ridisegnare, con diverse sentenze, il complicato sistema dei rapporti tra livello statale e livello regionale, venuto fuori dalla riforma costituzionale del Titolo V, parte seconda, della Costituzione del 2001.

2. La sentenza della Corte costituzionale sulla legge della Regione Liguria in materia di servizio idrico integrato

Con la sentenza 12 marzo 2015, n. 32, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10, c. 1, della legge della Regione Liguria 24 febbraio 2014, n. 1 (Norme in materia di individuazione degli ambiti ottimali per l'esercizio delle funzioni relative al servizio idrico integrato e alla gestione integrata dei rifiuti).

¹ L'art. 147 del Codice dell'ambiente (D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) nella sua formulazione originaria, prevedeva al comma 2, l'obbligo dell'«unicità della gestione». Due anni dopo l'art. 2, c. 13, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, sostituì all'unicità della gestione il concetto di «unitarietà della gestione».

La norma oggetto del giudizio disciplinava la facoltà di gestione del servizio idrico integrato prevedendo che «[I] comuni già appartenenti alle comunità montane e con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti, ferma restando la partecipazione all'ATO, hanno facoltà in forma singola o associata di gestire autonomamente l'intero servizio idrico integrato».

La Corte ha accolto il ricorso dell'Avvocatura dello Stato e ha dichiarato l'incostituzionalità della legge regionale ligure fornendo un'interpretazione del parametro dell'unicità della gestione del servizio idrico integrato, in base alla quale le regioni non avrebbero la possibilità di incidere sul versante del disegno organizzativo del SII dal momento che in tal modo ne determinerebbero, indirettamente, anche le forme di gestione violando così la normativa statale.

Secondo la Corte, infatti, «nel caso in esame il legislatore regionale, esulando dall'ambito di competenza tracciato dal legislatore statale, ha direttamente disposto in ordine ad una modalità di gestione "autonoma" del servizio idrico escludendo, in relazione all'ipotesi contemplata, "che l'ente individuato dalla Regione come successore delle competenze dell'AATO deliberi, con un proprio atto, le forme di gestione del servizio idrico integrato e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio" (sentenza n. 228 del 2013). Per tale ragione la norma censurata si pone in contrasto con il principio, espresso dalla normativa interposta, di unitarietà e superamento della frammentazione verticale delle gestioni, e quindi viola l'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost.»².

La Corte addivene così a una visione rigida del parametro dell'unicità della gestione e, ancor prima, delle strutture di governo destinate a sostituire gli AATO, basandosi, da un lato, su una lettura del quadro normativo italiano ed europeo che non può essere condivisa, dall'altro, su una palese quanto ambigua confusione tra i concetti di «gestione» e di «affidamento» della gestione, che porta a identificare l'*in house providing* come sola forma consentita di autoproduzione nel settore del servizio idrico integrato.

2.1. Sul quadro normativo vigente in materia di servizio idrico integrato

Nella sentenza n. 32/2015 la Corte costituzionale, richiamandosi alla sentenza 3 novembre 2010, n. 325, redatta prima dei referendum sull'acqua, così ricostruisce il quadro normativo vigente: «il sistema normativo interno basato sull'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come modificato dal-

² C. cost. 12 marzo 2015, n. 32, punto 7.1 delle Considerazioni in diritto.

l'art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della legge 24 novembre 2003, n. 326, induce a ritenere che "i casi di affidamento *in house*, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono ritenersi eccezionali e tassativamente previsti" (sentenza n. 325 del 2010)³.

Occorre, in primo luogo, osservare che la stessa Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge della regione Puglia sul servizio idrico integrato contenente, tra l'altro, la nota questione dell'affidamento diretto all'Azienda pubblica regionale Acquedotto Pugliese, aveva affermato che «dall'abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, non consegue la reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (sentenze n. 320 e n. 24 del 2011; sull'esclusione, di regola, dell'effetto retroattivo dell'abrogazione referendaria, ordinanza n. 48 del 2012)»⁴.

Su questa rivista, poi, si era cercato di chiarire⁵ come, già nel 2010, non si potesse sostenere l'esistenza di un divieto di gestione diretta dei servizi pubblici locali che, peraltro, la Corte stessa fondava non tanto su un ragionamento critico intorno alla sua eventuale incostituzionalità, quanto piuttosto sul solo fatto che le norme sulle quali tale presunto divieto di gestione diretta era fondato – le stesse richiamate dalla sentenza n. 325/2010 – non fossero mai state impuginate⁶.

Oggi, di fronte al nuovo intervento della Corte costituzionale, non si può fare a meno di evidenziare che l'attuale quadro normativo interno è totalmente differente da quello esistente al tempo del decreto Ronchi e della sentenza n. 325/2010 che ne aveva respinto la presunta incostituzionalità. Il quadro normativo vigente, infatti, è quello conseguente ai referendum abro-

³ C. cost. 12 marzo 2015, n. 32, punto 6.3 delle Considerazioni in diritto.

⁴ C. cost. 21 marzo 2012, n. 62, punto 3.2 delle Considerazioni in diritto.

⁵ Sia consentito rinviare a S. Marotta, *La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, 2011, n. 1, 177 ss.

⁶ «La censurata disciplina nazionale, invece, rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale costituito dal divieto della gestione diretta del SPL da parte dell'ente locale; divieto introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326» (Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325, punto 6.1 delle Considerazioni in diritto).

gativi del 12 e 13 giugno 2011 che hanno cancellato l'art. 23-*bis* del decreto Ronchi del 2009 sulle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato ed è basato, in assenza di una normativa generale compatibile con la Costituzione e con il diritto dell'Unione europea, sull'applicazione diretta nel nostro Paese della normativa comunitaria basata sul diritto dei Trattati.

Non vi è dubbio che l'attuale normativa europea ammetta la possibilità di autoproduzione di un servizio da parte di un ente pubblico locale. Per il diritto dell'Unione europea sono «gestioni dirette» tutte le possibili forme di autoproduzione di un servizio da parte di una pubblica amministrazione. Si prevede, cioè, la possibilità che un ente pubblico che ne abbia la facoltà decida di non rivolgersi al mercato.

Nel caso in cui l'ente pubblico competente sull'organizzazione del servizio decida di rivolgersi al mercato e, conseguentemente, si ponga il problema dell'affidamento, allora interviene una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in base alla quale è legittima una sola forma di affidamento senza gara definita *in house providing*. In questa tipologia di affidamento l'esclusione della gara è ammessa poiché l'*in house providing* è assimilato a una forma di gestione diretta.

D'altronde questo principio era stato chiarito oltre ogni ragionevole dubbio proprio dalla Corte costituzionale quando, dichiarando illegittimo l'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 con la sentenza 17 luglio 2012, n. 199, perché, tra l'altro, determinava automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti, aveva affermato che «[T]ale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-*bis* – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante»⁷.

La Corte costituzionale, oggi, non solo contraddice se stessa, ma si sostituisce al legislatore andando a ricercare nelle pieghe dell'ordinamento in-

⁷ C. cost. 20 luglio 2012, n. 199, punto 5.2.1 delle Considerazioni in diritto.

terno precedente ai referendum del 2011 un presunto divieto di gestione diretta che non solo non c'è, ma che il legislatore italiano non ha mai espressamente previsto poiché sarebbe palesemente contrario alla normativa comunitaria che consente, anche se non impone, la gestione diretta.

E non può essere, certo, la Corte costituzionale a tirar fuori il legislatore dall'imbarazzo di contravvenire espressamente alle norme dei Trattati disegnando una disciplina che il legislatore non ha mai prodotto.

2.2. *L'ambigua identificazione tra «gestione diretta» e «affidamento senza gara»*

Come accennato in premessa, il legislatore italiano, proprio in seguito alla richiamata sentenza n. 199/2012, aveva smesso di tentare di scrivere una disciplina generale e organica sui servizi pubblici locali, limitandosi a indicare quali dovessero essere gli enti pubblici competenti a decidere sulla gestione dei servizi stessi e, conseguentemente, anche sulla scelta della modalità di gestione. E, cioè, sulla scelta tra autoproduzione o affidamento esterno con gara o senza gara, in quest'ultimo caso con l'esclusivo utilizzo dell'*in house providing*⁸.

Come già sostenuto su questa rivista⁹, sembra che continui a sussistere nel dibattito sui servizi pubblici locali una latente ambiguità di significato tra i due termini «gestione» e «affidamento» della gestione su cui non è superfluo ritornare. Tale ambiguità è stata creata, in primo luogo, dal legislatore italiano che, nel maldestro tentativo di eliminare le gestioni dirette di natura pubblicistica – quelle, per esser chiari, delle vecchie aziende speciali –, ha finito per sostituire alla tradizionale normativa sulle forme di gestione a disposizione degli enti locali per la fornitura dei servizi di propria competenza, una disciplina che si occupasse esclusivamente delle modalità di affidamento esterno dei servizi stessi.

⁸ A tale proposito va anche ricordata la disciplina recentemente introdotta in materia di *in house providing* dall'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, che abroga la direttiva 2004/18/CE. Secondo il Consiglio di Stato il modello accolto dalla nuova direttiva Ue «è, sostanzialmente, quello, oggi codificato, della cooperazione pubblico-pubblico istituzionalizzata di tipo verticale ("*in house*" secondo il par. 1 dell'art. 12 cit.), creato nella giurisprudenza comunitaria, con taluni caratteri però di quello della cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata di tipo orizzontale di cui all'art. 12 cit., paragrafo 4» (Cons. di Stato, Sez. II, Adunanza di Sezione del 22 ottobre 2014 e del 17 dicembre 2014, Affare n. 18/2013, Parere n. 298/2015 del 30/01/2015). Insomma il diritto dell'Unione europea si avvia verso un allargamento della possibilità di affidamento senza gara.

⁹ Sia consentito rinviare a S. Marotta, *Stato versus società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*, in *Munus*, 2012, n. 2, 439 ss.

In altre parole il legislatore italiano, proprio perché non poteva vietare espressamente le gestioni dirette, ha scelto la strada di rendere obbligatoria l'esternalizzazione dei servizi pubblici locali cercando di ottenere, in tal modo, il medesimo effetto.

Ma l'ordinamento comunitario, come già sopra ricordato, ammette ma non impone – e perché avrebbe dovuto, vista la varietà delle modalità di gestione nei diversi Stati membri? – qualsiasi modalità di gestione diretta, sia quella pubblicistica nella forma dell'azienda pubblica, sia quella privatistica nella forma dell'*in house providing*. E ciò per il semplice principio in base al quale, come ha chiarito la Corte di giustizia Ue, «un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»¹⁰.

La gestione diretta, peraltro, non può essere limitata alla sola forma dell'*in house providing* soltanto perché, per l'affidamento del servizio, viene esclusa la gara pubblica.

Se l'*in house providing* è una forma di affidamento legittimo proprio perché prefigurerebbe una forma di gestione diretta, come potrebbe sussistere nell'ordinamento italiano un divieto di tale forma di gestione? E come può l'esistenza di una tipologia di affidamento senza gara – ritenuta legittima in base a una *factio iuris* che la configura come una gestione diretta –, essere l'unico motivo di esclusione di tutte le altre forme di gestione diretta da parte dell'ente pubblico?

È chiaro, dunque, che in Italia la gestione diretta non può essere ridotta a una forma particolare di affidamento, perché la gestione diretta, in realtà, è una forma di autoproduzione che, in quanto tale, esclude il ricorso al mercato.

2.3. L'«unicità della gestione» come parametro di costituzionalità

Il richiamo alla sentenza n. 325/2010 e l'identificazione dell'*in house providing* come unica forma di gestione diretta ammissibile nel nostro paese, servono in realtà alla Corte per preparare il terreno alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 10 della legge ligure dal momento che, secondo i Giudici, «la normativa statale non consente che la legge regionale individui direttamente il soggetto affidatario della gestione del SII e che sta-

¹⁰ C. giustizia UE, *Sea s.r.l. c. Comune di Ponte di Nossa*, 10 settembre 2009, C-573/07, 10 settembre 2009.

bilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione (così determinando, indirettamente, anche le forme di gestione)” (sentenza n. 62 del 2012)»¹¹. La legge regionale ligure, dunque, sarebbe incostituzionale perché determinerebbe indirettamente la forma di gestione del servizio idrico integrato per i comuni già appartenenti alle comunità montane con popolazione inferiore a tremila abitanti.

Alla luce delle considerazioni svolte, tale conclusione non può essere condivisa.

Posto che gestione e affidamento sono due concetti diversi, la Corte costituzionale ha ampiamente chiarito che «la disciplina dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato attiene [...] alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (*ex plurimis*, sentenze n. 187 del 2011; n. 128 del 2011; n. 325 del 2010; n. 142 del 2010; n. 307 del 2009; n. 246 del 2009)»; mentre, in base alla normativa statale, «la legge regionale deve limitarsi ad individuare l'ente od il soggetto che eserciti le competenze già spettanti all'AATO, al quale, quindi, spetta sia deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato, sia aggiudicarne la gestione»¹².

Si può, dunque, ragionevolmente sostenere che la decisione sulla forma di gestione del servizio idrico integrato e sulla sua eventuale esternalizzazione spetta esclusivamente all'ente pubblico al quale la legge regionale conferisce la funzione di organizzazione del servizio stesso. Mentre la disciplina dell'affidamento della gestione, una volta che l'ente pubblico competente abbia deciso di rivolgersi al mercato, è riservata alla legge statale.

Il legislatore nazionale può esclusivamente provvedere alla «tutela della concorrenza» o alla «tutela dell'ambiente» come previsto dall'art. 117 Cost., regolando solo la fase che segue alla decisione di esternalizzare o meno il servizio. Tale decisione è rimessa esclusivamente all'ente pubblico locale (ente, comitato, autorità) individuato dalla legge regionale.

Il legislatore statale può, dunque, esclusivamente predisporre una disciplina degli affidamenti esterni che rispetti i principi dei Trattati e la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue. Tale disciplina può legittimamente prevedere una forma di affidamento senza gara con le caratteristiche dell'*in house providing*, ma non può né vietare la gestione diretta del servizio idrico integrato, né tantomeno obbligare gli enti pubblici competenti sull'organizzazione del servizio a esternalizzarne la gestione.

¹¹ C. cost. 12 marzo 2015, n. 32, punto 7.1 delle Considerazioni in diritto

¹² C. cost. 23 luglio 2013, n. 228, punto 3.1 delle Considerazioni in diritto.

Per quanto riguarda tutta la fase precedente all'affidamento, il legislatore statale, con la legge Galli del 1994 e poi con il Codice dell'ambiente del 2006, l'ha attribuita alla potestà legislativa delle regioni.

L'attuale formulazione dell'art. 147 del Codice dell'ambiente, recentemente modificata dal cosiddetto decreto Sblocca Italia, prevede, al comma 2, che spetta alle regioni la modifica delle delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali all'unico fine di migliorare la gestione del servizio idrico integrato, nel rispetto di tre principi fondamentali: «a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) unicità della gestione; c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici».

Rispettati i criteri indicati, la legge regionale che interferisse in qualsiasi modo sulla disciplina degli affidamenti si porrebbe in contrasto con l'art. 117 della Costituzione. La normativa statale, infatti, «non consente che la legge regionale individui direttamente il soggetto affidatario della gestione del SII e che stabilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione (così determinando, indirettamente, anche le forme di gestione)»¹³.

La legge regionale della Liguria non individua affatto il soggetto affidatario né determina direttamente o indirettamente le forme di gestione, ma si limita a prevedere che i Comuni già appartenenti alle comunità montane e con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti abbiano la facoltà, in forma singola o associata, di gestire «autonomamente» l'intero servizio idrico integrato. È chiaro che autonomia non significa affatto individuazione della forma di gestione del servizio idrico integrato. L'autonomia attiene al conferimento da parte della regione della facoltà di decisione sulla gestione indipendentemente dal resto dell'ambito territoriale ottimale¹⁴.

¹³ C. cost. 21 marzo 2012, n. 62, punto 3.2 delle Considerazioni in diritto.

¹⁴ Nelle more della pubblicazione del presente articolo, la Corte costituzionale, con sentenza 25 giugno 2015, n. 117, è tornata sull'argomento dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme con le quali la regione Campania aveva provveduto ad affidare provvisoriamente, per un periodo di trentasei mesi, la gestione del servizio idrico integrato ai soggetti gestori del servizio già operanti nei rispettivi ambiti territoriali ottimali e aveva creato una «Struttura di missione» per lo svolgimento delle attività della regione volte alla definizione delle tariffe. In quest'occasione la Corte ha ribadito che il legislatore regionale non ha competenza relativamente all'affidamento del servizio e che «la sola competenza regionale oggetto di eventuale esercizio del potere sostitutivo, tra quelle pertinenti, attiene alla istitu-

3. Conclusioni

Posto che spetta alle regioni delimitare gli ambiti territoriali entro i quali deve essere organizzato il servizio idrico integrato e che la decisione sull'effettiva gestione viene presa dall'ente pubblico individuato dalla legge regionale, la legge della Liguria non entra affatto nella questione dell'affidamento, ma rimette al singolo comune avente le caratteristiche sopra richiamate di decidere autonomamente sull'organizzazione della gestione del servizio idrico integrato. Quindi il comune singolo o associato ad altri comuni potrebbe decidere per l'affidamento esterno anziché per la gestione diretta senza alcuna limitazione.

L'eventuale incostituzionalità della legge regionale, dunque, va considerata esclusivamente in relazione al criterio dell'unicità/unitarietà della gestione.

Tale criterio non può non essere rimesso anch'esso alla potestà legislativa regionale nel momento in cui le regioni possono legittimamente delimitare l'ambito territoriale di organizzazione del servizio idrico.

Se, dunque, il criterio di unicità della gestione, come sembra ritenere la Corte costituzionale, può impedire alla Regione di attribuire la facoltà di decidere autonomamente sulla gestione da parte di comuni con particolari caratteristiche ricompresi nel medesimo ambito territoriale, ciò avrebbe l'esclusivo effetto di costringere le regioni che volessero procedere in tale direzione a moltiplicare gli ambiti territoriali del servizio idrico integrato con un sicuro aumento della spesa pubblica in contraddizione con i criteri di efficienza, efficacia ed economicità richiamati espressamente dall'art. 147 del Codice dell'ambiente.

La legge regionale della Liguria, consentendo ad alcuni comuni di gestire autonomamente il servizio idrico integrato, sta solo delimitando ulteriormente gli ambiti territoriali di organizzazione ottimale del servizio prevedendo una sorta di sub AATO senza moltiplicare inutilmente gli enti pubblici preposti a decidere sulla modalità di gestione e sull'aggiudicazione degli affidamenti esterni.

Una volta individuate e costituite con legge regionale nuove istituzioni pubbliche diversamente denominate (enti, comitati, autorità) alle quali trasferire le funzioni prima svolte dai vecchi AATO e una volta stabiliti i con-

zione o alla designazione dell'ente di governo» (punto 4 delle Considerazioni in diritto). Come si può notare, il punto è se la designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale può coincidere con un comune in possesso di particolari caratteristiche che si troverà a decidere autonomamente sulla modalità di gestione del servizio idrico integrato.

fini territoriali in cui la gestione deve essere realizzata nel modo più economico ed efficiente possibile, la scelta tra autoproduzione o esternalizzazione del servizio deve essere esclusivamente rimessa agli enti individuati che potranno utilizzare tutte le possibilità offerte dal diritto europeo vigente e, cioè, tanto l'autoproduzione quanto l'esternalizzazione, con o senza il ricorso al mercato.

D'altra parte se generalmente «non è possibile identificare un mercato rilevante entro i limiti territoriali nei quali operano gli enti locali» è pur vero che la «delimitazione territoriale ha origini storiche addirittura preunitarie» e che il legislatore italiano non è mai intervenuto «a ridisegnare la dimensione degli enti locali in funzione dei servizi da erogare»¹⁵.

Tutto ciò si inserisce all'interno di processi di pianificazione e di *welfare provision* che riguardano le politiche di tutela e conservazione delle risorse idriche dipendenti dalle caratteristiche del territorio e indispensabili per individuare i meccanismi istituzionali più efficienti per la migliore organizzazione del servizio.

Solo le regioni sono in grado di individuare le migliori dimensioni all'interno delle quali gestire il servizio idrico integrato perché «la dimensione territoriale infrastatale consente di connettere l'approccio regolativo fondato sui processi sociali, il cui carattere principale è la omologia geografica, con il piano sociologico dell'analisi politica incentrata sui concetti di *local state* e di *governance* urbana, oltreché su una dimensione culturale-territoriale che [...] è uno dei fondamenti dell'approccio analitico neoistituzionalista e "produce" istituzioni e pratiche sociali e regolative che si interpongono nell'apparato giuridico-politico e nei convenzionali strumenti di governo»¹⁶.

Dunque, se è necessario organizzare i servizi in funzione della migliore gestione possibile, non è affatto necessario arrecare inutile disagio o aggravio di costi alle popolazioni residenti in territori aventi particolari conformazioni idrogeologiche in forza dell'unico scopo di introdurre 'pervicacemente' i principi della concorrenza¹⁷.

¹⁵ F. Merusi, *Note conclusive*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. Midiri e S. Antoniazzi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 323.

¹⁶ M. Raiteri, *Diritto, regolazione e controllo*, Milano, Giuffrè, 2004, 188-189.

¹⁷ Del resto, il problema della gestione dell'acqua per i piccoli comuni già ricompresi all'interno di comunità montane e ricchi di sorgenti non si presenta solo in Liguria: ad esempio un piccolo comune calabrese del Pollino, Saracena, ricchissimo d'acqua proveniente da fonti rinomate, sembra sarà costretto ad aumentare le tariffe per i servizi idrici soltanto per adeguarsi alla legislazione vigente.

Allora forse è opportuno ricordare le parole di un importante presidente della Repubblica francese, George Pompidou, il quale rivolgendosi ai suoi ministri rei di voler moltiplicare leggi e decreti pare che intimasse loro: «smettetela di infastidire i francesi»¹⁸.

Abstract

State law grants Italian Regions the power to identify River Basin District Authorities that shall replace the former competent bodies and be responsible of water services reorganisation. Such district authorities designated by the regional legislation are the only competent body to make decisions regarding the water services management plans and organisation. Ensuring competition in the procurement of water services is still within the scope of State law, as well as the matter of environmental protection.

The Law of the Liguria Region does not provide for procurement rules but grants autonomy to even the smallest municipalities regarding their local water utilities organisation and administration. When the Italian Constitutional Court has declared this Regional Law unconstitutional, it shed light on the inner contradictions of the Italian water management legislation which does not adequately meet the need for overcoming territorial imbalances, and the 2011 referendum outcome.

¹⁸ La frase di Pompidou è tratta da J. Bichot, *Le Labyrinthe. Complicier puor regner*, Parigi, Manitoba/Les Belles Lettres, 2015.

FABIO ELEFANTE

UNIVERSITY BUSINESS IN ITALY?
TIPI DI ISTITUZIONI UNIVERSITARIE E RELATIVI REGIMI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Università italiana e fine di lucro. – 2.1. Il sistema universitario italiano in cifre. – 2.2. Tipologie di istituzioni universitarie presenti in Italia e loro compatibilità con un fine di lucro. – 2.3. La formazione transnazionale. – 2.4. Università e fine di lucro. – 3. Il “mercato” della istruzione universitaria. – 4. Fine di lucro e valore legale del titolo: un nesso da considerare.

1. Premessa

Negli ultimi tempi il risalente dibattito politico culturale attorno al “valore legale” della laurea si è riaperto.

In particolare nel corso della XVI legislatura, la questione è stata oggetto di approfondito studio¹ e dibattito in sede parlamentare² ed ha prodotto, altresì, una consultazione pubblica da parte del Ministero per l’Istruzione, l’Università e la Ricerca (MIUR) tesa a riscontrare le opinioni degli interessati su tale tema³.

Nel medesimo arco temporale, a fronte della congiuntura finanziaria pubblica, del taglio di risorse alla istruzione universitaria, del sostanziale congelamento delle università telematiche (esperienza molto controversa inaugurata soprattutto nel biennio 2004/2006), della complessa fase attua-

¹ Ci si riferisce al dossier *Il valore legale del titolo di studio. Contesto europeo ed elementi di legislazione comparata* predisposto dal Servizio Studi del Senato, il cui testo è consultabile all’indirizzo www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_280.pdf.

² Ci si riferisce al Resoconto sommario n. 350 del 1° febbraio 2012, recante «Documento conclusivo, approvato dalla 7ª Commissione permanente del Senato, dell’indagine conoscitiva sugli effetti connessi all’eventuale abolizione del valore legale del diploma di laurea», il cui testo è consultabile sul sito *internet* del Senato.

³ I cui esiti sono stati riferiti dalla stampa quotidiana il 22 aprile 2012 (cfr. Il Sole24 ore, E. Bruno, *Il titolo di studio è utile ma più valore al merito*), che ha riportato una nettissima maggioranza (73%) a favore del mantenimento del “valore legale”.

tiva della (ennesima e per ora ultima) legge di riforma universitaria (l. 30 dicembre 2010, n. 240, recante «*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*»; c.d. Legge Gelmini), si è verificato un crescente interesse di istituzioni universitarie private straniere (soprattutto spagnole e tedesche) a “entrare” nel “mercato universitario” italiano.

In questo studio si intende verificare se la coincidenza tra i due fenomeni sia meramente accidentale o se tra il dibattito politico interno, tutto incentrato sulla ricerca di una soluzione alla “crisi” finanziaria e qualitativa del sistema universitario e sulla sua scarse dinamicità e connessione con il mondo produttivo, e le iniziative economico culturali estere vi sia un legame.

Può già anticiparsi che si ritiene sussistere un legame, dacché, allo stato attuale della legislazione universitaria, il “valore legale” del titolo costituisce la principale barriera (fattuale, ma non per questo meno rilevante) all’accesso di istituzioni universitarie al relativo “mercato” nazionale. Sicché la prospettiva di una eliminazione di tale “valore legale” aprirebbe nei fatti la strada ad una possibile penetrazione del nostro “mercato” da parte di istituzioni straniere e non è implausibile che l’interesse all’investimento in tale settore sia sorto proprio nella prospettiva di una futura possibile rimozione di tale barriera.

Affrontando tale tema, si è consapevoli che con il termine “valore legale” della laurea si indica non un principio tipizzato da una specifica norma, bensì l’insieme degli effetti giuridici che la legge ricollega ad un determinato titolo accademico, rilasciato da uno degli istituti universitari, statali o non, autorizzati a rilasciare titoli di studio.

Come insegna la migliore dottrina⁴, non esiste, infatti, un valore legale generale dei titoli di studio, dacché questi hanno, in principio, solo un valore accademico.

Tuttavia, gli uffici pubblici e le professioni sono ordinati in modo che per accedere ai concorsi pubblici e agli esami di Stato è necessario avere un titolo di studio⁵.

⁴ S. Cassese, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di Storia delle Università italiane*, 2002, 9 ss.

⁵ I principali ambiti in cui si estrinseca il valore legale della laurea sono stati così individuati dalla Commissione Parlamentare, nel richiamato Documento (nel paragrafo 3 del capitolo 2):

– la laurea è necessaria per accedere ai livelli superiori dell’alta formazione (ad esempio, nelle discipline universitarie per cui vige lo schema 3 + 2, per accedere al corso di lau-

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

Ancorché il riconoscimento del valore legale del titolo di laurea sia solo indiretto (in quanto presupposto per la partecipazione per esami o concorsi a loro volta necessari per l'accesso alle professioni o all'impiego pubblico) e riguardi fundamentalmente lo Stato e le professioni poste sotto il suo eminente controllo⁶, questo non toglie che si tratti di un "valore" al presente ancora esistente e la cui esistenza comporta effetti consistenti in ordine al controllo ed alla stessa presenza dello Stato nel sistema dell'istruzione pubblica⁷.

rea magistrale è necessario un diploma di laurea triennale disciplinarmente affine al corso di laurea magistrale che si intende frequentare);

– la laurea è necessaria per accedere agli esami di Stato per l'abilitazione all'esercizio delle professioni regolamentate (medicina, odontoiatria, ingegneria, avvocatura, eccetera); in tali professioni l'iscrizione all'albo degli Ordini e l'esercizio sono regolamentati da leggi che prescrivono tra i requisiti il possesso di specifici diplomi di laurea;

– la laurea è necessaria per accedere ai bandi - concorso per l'assunzione alle dipendenze della Pubblica Amministrazione di particolari figure professionali (magistrati, notai, diplomatici, Medici, veterinari, ingegneri, architetti, avvocati, eccetera);

– la laurea è richiesta per accedere a una grande varietà di bandi - concorso per assunzione nella Pubblica Amministrazione; spesso in questi bandi, nella determinazione del punteggio finale di valutazione complessiva del candidato, viene tenuto in conto il voto di laurea.

A parte questo, va poi rilevato che:

– l'art. 16, c. 4, l. 9 maggio 1989, n. 1683, stabilisce che gli statuti delle università debbano prevedere l'adozione di curricula didattici coerenti ed adeguati al valore legale dei titoli di studio rilasciati dall'università;

– l'art. 7, d.P.R. 5 giugno 2001, n. 3284, prevede che i titoli universitari conseguiti al termine dei corsi di studio dello stesso livello, appartenenti alla stessa classe, hanno identico valore legale ai fini dell'ammissione agli esami di Stato, indipendentemente dallo specifico contenuto di crediti formativi.

L'obbligo del previo conseguimento di un determinato titolo di studio per l'accesso ad alcune professioni deriva dal diritto comunitario e, in particolare, dalla dir. 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e dal relativo provvedimento di recepimento interno, il d.lgs. 9 novembre 2007, n. 206. E ciò in conseguenza del riconoscimento di valore legale del titolo accademico nella gran parte dei paesi europei (in sostanza tutta l'Europa continentale, fondata sulla doppia tradizione della università napoleonica o humboldtiana).

⁶ Si veda S. Cassese, *op. cit.*, 9 ss.

⁷ Nelle conclusioni del Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sugli effetti connessi all'eventuale abolizione del valore legale del diploma di laurea, cit., si legge che «[n]elle sintetiche analisi (di cui ai paragrafi 4.1 e 4.2) relative ai sistemi universitari degli USA e del Regno Unito, caratterizzati dall'assenza di attribuzione di valore legale al diploma di laurea, risulta con evidenza che in quei Paesi la situazione non è affatto di piena anarchia: nei suddetti sistemi universitari sono previsti vari organismi e procedure a tutela della possibilità per gli studenti di una scelta consapevole del percorso di formazione universitaria, della qualità di tale formazione, del diritto allo studio, eccetera. In altri termini, i sistemi universi-

È pertanto a questo insieme di effetti, indiretti, ma non meno rilevanti (specie in ottica sociale, anche considerando la persistente larga opinione pubblica favorevole al mantenimento dell'attuale sistema), che ci riferisce nel testo e di cui si approfondisce il legame con l'interesse di istituzioni straniere all'accesso al "mercato" universitario italiano.

Dalla prospettiva di un investitore commerciale, seppur peculiare quale una istituzione universitaria privata straniera, l'interesse all'accesso al "mercato" italiano è evidentemente dato dalla possibilità di ritrarre un lucro dall'investimento. In difetto del quale l'ingresso nel sistema educativo nazionale potrebbe avere valenze ideologiche, religiose, di prestigio (in tutti i casi, latamente politiche), ma non commerciali.

L'analisi che si sviluppa intende allora partire proprio dal rilievo della possibilità o meno di istituire università con fine di lucro nell'ordinamento italiano.

Da tale esame emergerà la incompatibilità tra le istituzioni universitarie (pubbliche o private), legalmente riconosciute ed il fine lucrativo e si riscontrerà una sola parziale, limitata ed indiretta possibilità di remunerazione del capitale investito in una tale istituzione da parte di un investitore.

Si riscontrerà altresì che solo rinunciando al legale riconoscimento e quindi alla possibilità di rilasciare titoli aventi valore legale nel senso sopra descritto diviene possibile la costituzione di una istituzione formativa pienamente orientata ad una logica di profitto.

In questo senso si ritiene, allora, di potere identificare il nesso tra i due fenomeni da cui si è partiti e si ritiene di dovere completare l'analisi, tutt'ora aperta, in ordine alla eliminazione del valore legale del titolo, di un elemento che è sembrato per vero fin qui trascurato.

tari di quei Paesi sono "sistemi" complessi strutturatisi progressivamente in decenni e decenni di esperienze (come d'altra parte sono i sistemi universitari di ogni Paese). Adottare nel nostro Paese un singolo segmento di questi sistemi USA e UK, come sarebbe la pura e semplice abolizione del valore legale della laurea, sia pure unita ovviamente ad un forte rafforzamento dell'ANVUR, per consentirle di svolgere tempestivamente la sua funzione di accreditamento e valutazione dei corsi di laurea, rischierebbe di non avere molto senso; si tratterebbe di importare uno degli aspetti di un modello liberale, dove l'autonomia universitaria ed il coinvolgimento del privato nell'istruzione hanno raggiunto piena realizzazione e maturità attraverso la delicata esperienza di decenni di sviluppo, in un Paese come l'Italia improntato invece ad una tradizione statalista che mal tollera intrusioni esterne, soprattutto del mercato, nell'ambito dell'attuazione del diritto allo studio e della promozione della cultura. Per garantire al sistema universitario italiano il suo corretto funzionamento, sarebbe indispensabile introdurre, contestualmente a tale abolizione, tutta un'opportuna serie di modifiche e riforme, anche radicali, che dovrebbero condurre al superamento della preminente competenza dello Stato in materia d'istruzione pubblica».

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

Stante tale obiettivo di ricerca e percorso, si affronta anzitutto (paragrafo 1) l'analisi della compatibilità col fine di lucro delle varie istituzioni universitarie operanti in Italia, si passa, poi (paragrafo 2), a verificare se siano ed entro che limiti sia possibile fare un *business* universitario a legislazione vigente ed, infine (paragrafo 3), a collegare fine di lucro e valore legale del titolo nella riflessione sulle istituzioni universitarie.

2. Università italiana e fine di lucro

2.1. Il sistema universitario italiano in cifre

Dall'ultimo rapporto statistico sul sistema universitario italiano pubblicato dall'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR)⁸ risulta che le Università in Italia sono 96 (comprese le 6 Scuole Superiori ad ordinamento speciale). Di queste: 67 sono università statali, 18 sono università non statali legalmente riconosciute (di cui 3 promosse da enti territoriali e 15 da privati) e 11 sono università telematiche.

Il numero dei Comuni dove è presente una sede di almeno un Corso di studio, di primo o secondo livello, all'inizio dell'anno accademico 2013/2014 era pari a 211⁹.

Il numero dei Corsi di studio attivi nel 2013/2014 (lauree di primo e secondo livello e a ciclo unico) era di 4.662¹⁰ e i Corsi di insegnamento attivati nel 2008/2009 erano 5.616.

Il personale docente di ruolo (professori ordinari e associati e ricercatori) era pari a 53.459 unità alla fine del 2013¹¹.

Il numero degli studenti era pari a 1.751.192¹².

Il numero di studenti delle 11 università telematiche era di circa 45.627 iscritti nel 2011/2012, pari al 2,6% di tutti gli iscritti al sistema uni-

⁸ Si veda www.anvur.org/attachments/article/644/Rapporto%20ANVUR%202013_UNIVERSITA%20e%20RICERCA_integrale.pdf.

⁹ Nell'anno accademico 2010/2011, invece, sulla base del rapporto statistico redatto dal Comitato nazionale per la valutazione del sistema universitario (CNVSU), istituito dal MIUR, consultabile all'indirizzo www.cnvsu.it/_library/downloadfile.asp?id=11778, il numero dei Comuni dove è presente una sede di almeno un Corso di studio, di primo o secondo livello, era pari a 222.

¹⁰ Nel 2009/2010, in base al rapporto statistico redatto dal CNVSU, erano 5.493.

¹¹ A fine 2010 era pari a 57.363 unità.

¹² Il dato si riferisce all'anno accademico 2011/2012.

versitario italiano, con un numero di immatricolati che, salvo in alcuni casi, sono sostanzialmente costanti o, addirittura, in diminuzione¹³.

2.2. Tipologie di istituzioni universitarie presenti in Italia e loro compatibilità con un fine di lucro

Nel sistema universitario italiano sono quindi compresenti una pluralità di istituzioni universitarie diverse¹⁴. Nessuna di esse, allo stato, è tuttavia concepita o configurabile come impresa commerciale o lucrativa.

Le Università statali, regolate da un complesso articolato e stratificato di leggi (l'ultima e più importante delle quali è la l. n. 240/2010), sono enti pubblici non economici, dotati di personalità giuridica, autonomia scientifica, didattica, organizzativa e contabile, ma soggetti a pervasivi poteri di indirizzo e controllo da parte del MIUR.

La configurazione quali enti pubblici non economici impedisce, da un lato, di consentire alle stesse università statali la destinazione di eventuali proventi della propria attività ad altro che al finanziamento delle proprie attività istituzionali e impone, dall'altro, un peculiare stato giuridico (pubblicistico) al personale dipendente.

La assoluta incompatibilità tra la struttura universitaria statale ed il fine lucrativo è confermato dall'art. 16 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, che se ha previsto che le università pubbliche possono deliberare la propria trasformazione da enti pubblici a fondazioni di diritto privato ha peraltro rimarcata la natura di ente non commerciale di tale fondazione universitaria: con la conseguenza che eventuali rendite, proventi o utili derivanti dallo svolgimento delle attività statutarie devono essere interamente reimpiegati in funzione degli scopi istituzionali.

Le università statali (o le eventuali fondazioni che ne prendessero il posto) sono finanziate dal Fondo per il finanziamento ordinario delle università (FFO), istituito nello stato di previsione del MIUR dall'art. 5, c. 1, lett. a), della l. 24 dicembre 1993, n. 537, e relativo alla quota a carico del bilancio statale delle spese per il funzionamento e le attività istituzionali delle università, comprese le spese per il personale docente, ricercatore e non docente, per l'ordinaria manutenzione delle strutture universitarie e per la ricerca scientifica, ad eccezione della quota destinata ai progetti di ricerca di

¹³ Nel 2008/09, invece, il numero di studenti delle 11 università telematiche era di circa 17.000 iscritti, pari a meno del 1% di tutti gli iscritti al sistema universitario italiano.

¹⁴ Per una ricognizione generale sul tema, si veda R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, 973 ss.

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

interesse nazionale – destinata a confluire nel Fondo per gli investimenti nella ricerca scientifica e tecnologica (FIRST) (art. 1, c. 870, l. 27 dicembre 2006, n. 296) – e della spesa per le attività sportive universitarie.

La giurisprudenza, inoltre (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10), afferma, in base all'art. 27, c. 3, l. 24 dicembre 2007, n. 244, che in assenza di disposizioni normative diverse, le amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) non possono costituire società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali¹⁵.

In questo senso la non lucratività della istituzione universitaria viene affermata sotto due angoli prospettici differenti. Come divieto di distribuzione di utili. Come divieto di svolgere attività economiche non strettamente strumentali alle sue funzioni. Entrambi divieti tuttavia convergenti a limitare ogni attività economica della stessa al reperimento delle risorse necessarie ai propri fini istituzionali di insegnamento e ricerca.

Analoghi principi sono, d'altra parte, desumibili dall'art. 91-*bis* del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, laddove subordina la partecipazione delle Università a consorzi e società di ricerca alla previsione «che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico» e dall'art. 66 del medesimo decreto, laddove vincola a fini istituzionali i proventi di attività per conto terzi svolti da Dipartimenti universitari o docenti a tempo pieno degli stessi.

Principi ritenuti univoci dalla giurisprudenza amministrativa, che ha in questo senso confinato i principi desumibili dalla sentenza Corte di Giustizia della Comunità Europea, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08¹⁶, che pure aveva legittimato la partecipazione di un consorzio universitario a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

Le Università non statali legalmente riconosciute sono, a loro volta, disciplinate da un complesso articolato e stratificato di leggi, le più importanti delle quali sono il r. d. 31 agosto 1933, n. 1592 (artt. 1, c. 2, e 199 e ss.) e la l. 29 luglio 1991, n. 243 (il cui articolo 1 prevede che «le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li ri-

¹⁵ Al riguardo interessante il commento di F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1351 ss.

¹⁶ Consultabile all'indirizzo curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=77183&doclang=IT.

guardano, nonché dei principi generali della legislazione universitaria in quanto compatibili»¹⁷.

In base a tali disposizioni le università non statali hanno struttura istituzionale regolata da uno statuto deliberato dal Consiglio di amministrazione dell'Ateneo, su proposta del Senato accademico (art. 7, d.l. 13 settembre 1996, n. 475, convertito in l. 5 novembre 1996, n. 573) ed approvato dal MIUR (art. 200, r.d. n. 1592/1933) e hanno accesso ad un finanziamento pubblico, dapprima calcolato in base al numero degli studenti, ora più articolatamente connesso (al pari del finanziamento degli atenei statali) ad una serie di parametri quantitativi e qualitativi della attività accademica.

Il legale riconoscimento della università non statale legittima la stessa al rilascio di titoli accademici aventi valore legale (attività questa inibita a qualsiasi altra entità privata non riconosciuta) ed alla stessa utilizzazione del *nomen* università.

Nessuna delle istituzioni universitarie non statali legalmente riconosciute ha norme statutarie approvate dal MIUR che consentano un fine lucrativo o una distribuzione di utili della attività svolta, essendo di contro regolato analiticamente l'obbligo di finanziamento da parte di soggetti esterni, in genere fondazioni (pubbliche o private) e società commerciali, il cui unico diritto patrimoniale relativo alla istituzione universitaria è costituito dalla destinazione dell'eventuale patrimonio residuo in caso di estinzione dell'ente.

Lo stato giuridico ed economico dei docenti inquadrati nelle università non statali è identico a quello delle università statali, salvo alcune limitate deroghe relative al sistema di reclutamento per quelle università che siano di tendenza (in sostanza quelle a carattere confessionale cattolico, in virtù del Concordato tra Stato e Chiesa Cattolica).

La giurisprudenza, stante il riconoscimento, il parziale finanziamento pubblico e l'esercizio di funzioni oggettivamente pubblicistiche, qualificava, dapprima, tutte le università non statali quali enti pubblici non economici.

Successivamente una parte della giurisprudenza, quella civile¹⁸, ha tracciato una distinzione tra le università non statali legalmente riconosciute che avrebbero natura di ente pubblico e quelle che avrebbero, invece, la natura di ente privato, in relazione alla sussistenza o meno di poteri pubblicistici nella nomina degli organi di governo dell'ente o in relazione alla rile-

¹⁷ Sulle università legalmente riconosciute, si veda l'importante contributo di A. Riboldi, *L'università pubblica e l'università privata*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, Jovene, 2014, 491 ss.

¹⁸ Cass., 15 dicembre 1999, n. 14129.

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

vante presenza o meno di titolari di uffici pubblici come membri di diritto degli organi di governo dell'ente.

La giurisprudenza amministrativa, di contro, continua a considerare le università non statali legalmente riconosciute enti pubblici non economici.

Talune decisioni¹⁹ si spingono a qualificare le università legalmente riconosciute (nella specie la Università Cattolica del Sacro Cuore, Policlinico Gemelli) quali organismi di diritto pubblico, imponendo pertanto le procedure di evidenza pubblica di derivazione comunitaria per la scelta del contraente.

In ogni caso la sussistenza di un finanziamento pubblico in via ordinaria ex l. n. 243/1991 sottopone questi enti al controllo successivo di gestione da parte della Corte dei conti.

Le università telematiche sono disciplinate da un meno risalente, ma non meno complesso, quadro normativo.

La esistenza di tali istituzioni è stata prevista dall'art. 26, c. 5, l. 27 dicembre 2002, n. 289.

Detto art. 26 richiama la disciplina relativa alle università non statali legalmente riconosciute ed in tal senso mette in evidenza che le università telematiche, anche se per la quasi totalità sono frutto di investimenti privati, sono regolamentate dalla disciplina vigente per le università non statali legalmente riconosciute.

Anche le università telematiche, pertanto, operano nell'ambito dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che le riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili.

Anche per le università telematiche, pertanto, requisito di esistenza è la approvazione ministeriale dello statuto.

Nessuna delle istituzioni universitarie telematiche ha norme statutarie approvate dal MIUR che consentano un fine lucrativo o una distribuzione di utili della attività svolta, essendo di contro regolato analiticamente l'obbligo di finanziamento da parte di soggetti esterni, in genere fondazioni (pubbliche o private) e società commerciali, il cui unico diritto patrimoniale relativo alla istituzione universitaria è costituito dalla destinazione dell'eventuale patrimonio residuo in caso di estinzione dell'ente.

La disciplina sopra ricordata prescrive le regole per il riconoscimento delle università non statali e telematiche autorizzate al rilascio di titoli di studio avente valore legale. In tutti i casi non risultano ammesse istituzioni lucrative e si impongono in sede statutaria, da un lato, obblighi di reinvesti-

¹⁹ Cons. St., sez.III, 16 febbraio 2010, n. 841 e sez.VI, 30 ottobre 2012, n. 5522.

mento delle entrate nelle attività istituzionali dell'ente, dall'altro, obblighi di finanziamento in capo ad istituzioni collaterali (in genere fondazioni, ma talora società commerciali) la cui congruità è elemento di valutazione della sostenibilità economica della istituzione dell'ente universitario non statale o telematico.

In definitiva, allo stato della normativa e degli statuti approvati dal MIUR, le università statali, quelle non statali legalmente riconosciute e quelle telematiche non possono essere se non istituzioni *no profit*.

Diversamente possono avere fine lucrativo istituzioni educative superiori private non connesse al sistema universitario nazionale e non abilitate al riconoscimento di titoli di studio aventi valore legale.

Si tratta, in questo caso, di una libera attività di iniziativa economica privata, la quale ha un concreto ambito di mercato sia nelle scuole private di preparazione ai corsi universitari (una sorta di tutorato esterno) sia in quelle per la preparazione ad esami di stato e concorsi pubblici. E si tratta di strutture prive di finanziamento pubblico o di vincoli pubblicistici relativi al loro funzionamento ed alla selezione del personale docente.

La assenza di valore legale dei titoli rilasciati da queste strutture private rende tuttavia queste istituzioni diverse per bacino di utenza e funzione rispetto a quelle statali o meno afferenti al sistema universitario.

Nel sistema educativo superiore italiano esistono altresì istituzioni denominate AFAM (acronimo per Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica) riconosciute dal MIUR ai sensi della l. 21 dicembre 1999, n. 508. A tale categoria di istituzioni educative afferiscono, altresì, le Accademie di belle arti, le scuole di media e comunicazione, le scuole di moda e design.

Anteriormente alla richiamata legge del 1999 queste istituzioni erano considerate assimilabili ad istituzioni scolastiche superiori non universitarie e quindi soggette ad un diverso regime rispetto a quelle universitarie.

La l. n. 508/1999 ha invece sostanzialmente equiparato le accademie e i conservatori alle istituzioni universitarie, riconoscendo equipollenza tra i rispettivi titoli legali e ponendole sotto la vigilanza del dipartimento università e ricerca del MIUR.

Oltre ad istituzioni pubbliche, in questo ambito, esistono istituzioni private legittimate a rilasciare titoli legali AFAM, purché riconosciute ai sensi del combinato disposto dell'art. 2, c. 2 e 5, l. n. 508/1999 e dell'art. 11, d.P.R. 8 luglio 2005, n. 212, «Regolamento recante disciplina per la definizione degli ordinamenti didattici delle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, a norma dell'articolo 2 della legge 21 dicembre 1999, n. 508».

In particolare l'art. 11, d.P.R. n. 212/2005 consente la sopravvivenza di istituzioni non statali già esistenti e già abilitate a rilasciare titoli secondo il

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

previgente ordinamento alla data di entrata in vigore della l. n. 508/1999, previa valutazione da parte del MIUR circa l'adeguatezza delle strutture e del personale.

Tra queste istituzioni salvaguardate dall'art. 11, d.P.R. n. 212/2005, pertanto, figurano sia enti privati aventi natura non lucrativa sia enti privati aventi natura commerciale.

Si tratta di un segmento del mercato "universitario" italiano relativamente piccolo e temporaneamente privo di una piena concorrenzialità, posto che in attesa dell'adozione di un ulteriore decreto, sempre attuativo dell'art. 2, l. n. 508/1999, non possono accedere al riconoscimento del MIUR istituzioni non già esistenti alla data di entrata in vigore della predetta legge.

Peraltro le istituzioni AFAM sono confinate nel proprio ambito di materia, non potendo offrire corsi diversi da quelli autorizzati dal MIUR e da questo ritenuti coerenti alla peculiare missione educativa di tali enti.

2.3. La formazione transnazionale

In Italia sono altresì presenti istituzioni formative transnazionale, soggette ad un differenziato e specifico regime giuridico.

La formazione transnazionale, in specie, è regolata:

- dalla l. 14 gennaio 1999, n. 4 (art. 2, c. 3) e dal d.m. 23 maggio 2000, relativo all'autorizzazione delle filiazioni di università straniere in Italia, secondo cui queste ultime possono essere autorizzate a condizione che i loro programmi siano offerti soltanto a studenti iscritti presso le rispettive istituzioni d'origine;

- dalla l. 11 luglio 2002, n. 148, di ratifica della Convenzione di Lisbona (che, all'art. 4, rimanda ad una futura specifica normativa volta a regolamentare l'accreditamento di istituzioni di formazione transnazionale con sede in Italia) e dal d.m. 26 aprile 2004, n. 214, il quale indica dettagliati criteri e procedure per il riconoscimento dei titoli di studio rilasciati dagli istituti stranieri di istruzione superiore che operano in Italia.

In particolare, nel d.m. n. 214/2004 viene stabilito che gli istituti richiedenti debbano possedere i seguenti requisiti: a) essere istituti riconosciuti facenti parte del sistema di istruzione superiore del proprio paese ed avere una particolare rilevanza scientifica sul piano internazionale; b) la sede o le sedi ove si svolgono in Italia le attività didattiche devono disporre di adeguate strutture edilizie, strumentali, didattico-scientifiche e adeguati servizi per gli studenti; c) i titoli rilasciati in Italia devono avere nel paese di origine lo stesso valore di quelli rilasciati dagli istituti stranieri di istruzione

operanti nel paese di origine; d) i criteri di accesso ai corsi di studio e di verifica della preparazione degli studenti devono essere omologhi a quelli adottati dagli istituti operanti nel paese di origine; e) le attività di insegnamento devono essere impartite da personale docente in possesso di requisiti professionali analoghi a quelli del personale docente degli istituti operanti nel paese di origine.

Il riconoscimento spetta al Ministero dell'Università e della Ricerca, sulla base di un parere espresso dall'ANVUR e dal Consiglio Universitario Nazionale (CUN).

Entrambe queste tipologie di istituzioni rilasciano titoli valevoli secondo gli ordinamenti degli Stati di provenienza e il cui eventuale riconoscimento in Italia, ai sensi della richiamata Convenzione di Lisbona, è soggetto alle procedure di verifica di cui al d.P.R. 30 luglio 2009, n. 189, recante *Regolamento concernente il riconoscimento dei titoli di studio accademici, a norma dell'articolo 5 della legge 11 luglio 2002, n. 148*.

Tanto la filiazione italiana di una università straniera (art. 2, d.m. 23 maggio 2000), quanto una università straniera con sede in Italia (arg. ex l. n. 148/2002) hanno forma giuridica di enti non non lucrativi, con conseguente impossibilità di distribuire eventuali utili e obbligo di destinare ogni risorsa eventualmente ricavata da attività economiche per la propria missione educativa.

2.4. *Università e fine di lucro*

In definitiva, nessuna delle istituzioni universitarie operanti in Italia (cui vanno, ai presenti fini, equiparate gli istituti di ricerca e le scuole superiori ad ordinamento speciale), ad eccezione di alcuni degli istituti AFAM salvaguardati ex art. 11, d.P.R. n. 212/2005, ha natura lucrativa. Il discrimine normativo è operato dal divieto di utilizzo dello stesso *nomen* università, dalla non autorizzazione di istituzioni universitarie transnazionali a carattere lucrativo, dal mancato riconoscimento di valore legale di un titolo rilasciato da istituzioni culturali diverse. Ed è ovviamente quest'ultimo l'elemento qualificante, atto a tracciare il confine normativamente invalicabile tra istituzioni universitarie ed istituzioni altre in questo settore.

3. Il “mercato” della istruzione universitaria

Nel descritto quadro normativo il riscontrato interesse di investitori commerciali al “mercato universitario” italiano, che come detto riguarda

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

oltre un milione e settecentomila studenti, si sta manifestando tanto acquistando istituzioni AFAM salvaguardate nel senso sopra descritto, quanto aprendo in Italia istituzioni universitarie transnazionali.

Nel primo caso il limite è dato dalla ristrettezza di oggetto dei corsi AFAM e, soprattutto, in attesa della attuazione della l. n. 508/1999, dallo scarso numero delle accademie private legalmente riconosciute ex art. 11, d.P.R. n. 212/2005. Circostanze, entrambe, che confinano il fenomeno in un ambito marginale. In questo stretto confine, peraltro, le accademie private operano secondo logica puramente di mercato ed, in questo senso, costituiscono un ambito *sui generis* nel panorama universitario nazionale.

Nel secondo caso il limite è, viceversa, dato dalla necessità di rispettare i vincoli normativi in ordine alla natura delle istituzioni autorizzabili.

Nondimeno, ed è questo il punto di maggiore interesse ai presenti fini, non può negarsi che pur nel rispetto del vincolo della natura *no profit* delle università straniere autorizzate ad aprire una sede in Italia sia possibile, al meno in parte, “remunerare” l’investimento dell’impresa che tale università istituisca e gestisca.

Sembra allora opportuno evidenziare le forme giuridiche che può assumere il rapporto tra una università e l’impresa commerciale che la istituisca o gestisca e come in questo possa realizzarsi una, almeno parziale, remunerazione del capitale investito. Sono al riguardo identificabili tre ambiti di rapporti negoziali:

- a) la locazione degli immobili destinati all’attività universitaria;
- b) la fornitura di servizi strumentali all’attività universitaria o direttamente relativi a questa;
- c) la concessione di licenze, brevetti e *know how*.

Quale locatrice di beni, fornitrice di servizi e concedente licenze (o concessionaria del marchio), in definitiva, l’impresa commerciale può assumere una relazione contrattuale con l’ente *no profit*, finendo per beneficiare, indirettamente, dei ricavi dell’attività di quest’ultimo.

Analizzando sul piano gestionale la importanza di tali voci di costo in un bilancio universitario, è agevole desumere come per il tramite di uno o più accordi di questo tipo possa realizzarsi una non modesta traslazione di risorse tra università ed ente commerciale istituyente o comunque controllante e che in questa operazione possa realizzarsi, seppure in parte, una remunerazione del capitale investito nell’università.

Più delicata e complessa appare, peraltro, la medesima tematica, laddove riferita alle università telematiche ed alle università non statali legalmente riconosciute.

Stante le peculiari regole cui sono soggette le istituzioni universitarie

italiane in ragione del finanziamento pubblico che ricevono, non sembra, in linea di principio, che questi accordi possano atteggiarsi come utilizzazione di personale docente dipendente della società, dovendo le relative figure professionali ed il loro regime di impiego essere coerenti e rispondenti alla normativa italiana (che li lega alla istituzione universitaria, ancorché privata).

Diversamente è a dirsi per quanto riguarda servizi informatici, di biblioteca *on line*, corsi di lingua e comunque servizi che non impattino sul sistema di accreditamento nazionale, ma si atteggiino come un normale *outsourcing* gestionale. Per questi non sembrano, infatti, sussistere ostacoli pubblicistici ad una fornitura da parte dell'impresa commerciale all'ente *no profit* universitario. Lo stesso è a dirsi per l'utilizzo di licenze e locazione di beni dell'impresa commerciale.

Va tuttavia evidenziato che si tratti di accordi sulla cui legittimità/liceità può avanzarsi qualche riserva e che, anche superate le stesse, consentono in ogni caso una remunerazione solo parziale del capitale investito.

Quanto alla legittimità di tali accordi, va infatti ricordata la posizione della giurisprudenza amministrativa²⁰, che ha considerato organismo di diritto pubblico una università non statale legalmente riconosciuta.

Una tale posizione (*a fortiori* valevole per le università telematiche) esclude la legittimità di contratti, che (al di là dei casi della locazione di immobili e della concessione di diritti coperti da privativa, che potrebbe avvenire in forma diretta), si atteggierebbero come appalti di servizi, tra università privata e società istitutrice o di controllo in difetto di gara pubblica.

Per superare un tale limite la soluzione più agevole è certamente l'inclusione delle attività della società commerciale istitutrice o controllante nello Statuto dell'università. In tale forma, infatti, il legame tra i due enti verrebbe istituzionalizzato e la approvazione da parte del MIUR varrebbe a ricondurre all'approvazione dello statuto in sede ministeriale ogni ipotetica questione in ordine agli affidamenti. Una tale soluzione, allo stato, risulta seguita dalla Link University (forse agevolata sul punto dalla sua previa natura di sede italiana dell'Università di Malta), il cui Statuto (approvato con d.m. 30 marzo 2012)²¹, all'art. 2 prevede che «Link è emanazione della Fondazione Link Campus University (di seguito denominata Fondazione) che ne assicura il perseguimento dei fini istituzionali, provvede all'organizzazione di tutti i servizi necessari al funzionamento delle attività della didattica e della ricerca nell'università, ai sensi del proprio Statuto, anche mediante l'af-

²⁰ Cons. St., sez. III, n. 841/2010 e sez. VI, n. 5522/2012.

²¹ Consultabile all'indirizzo www.unilink.it/wp-content/uploads/2012/05/Statuto-Link-Campus.pdf.

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

fidamento degli stessi a “Gestione Link S.p.A.”, che assume il rischio di impresa».

Si tratta, peraltro, allo stato, di una ipotesi del tutto isolata (essendo tutte le altre 14 università legalmente riconosciute legate al diverso schema: istituzione universitaria non lucrativa e fondazione *no profit* di finanziamento) e che non sembra potere ancora costituire un precedente significativo di un diverso trend istituzionale.

Anche a prescindere dal tema della libertà negoziale dell’ente universitario e dalla inclusione o meno nello statuto del ruolo di servizio dell’ente commerciale, va in ogni caso tenuto presente che il finanziamento pubblico di università telematiche e private legalmente riconosciute assoggetta le stesse al controllo successivo della Corte dei conti, sicché ogni rapporto economico tra l’università e l’ente commerciale istituyente o controllante dovrebbe avere causalità giuridico economica e non apparire come una riversamento di utili, cosa che potrebbe essere ritenuta illecita dalla magistratura contabile.

Anche ammessi tali accordi, pertanto, non potrebbero avere un contenuto economico ulteriore e diverso dalla compensazione a prezzi di mercato dei servizi o dei beni forniti. Consentendo, pertanto, una parziale remunerazione del capitale investito ma non già una distribuzione di utili a favore dell’impresa istituyente o controllante. In definitiva un modello che allontana dalla logica puramente filantropica gli enti commerciali istituyente, ma che certo non permette ancora di assimilare le università private o quelle telematiche alla logica di mercato.

4. Fine di lucro e valore legale del titolo: un nesso da considerare

Da quanto appena evidenziato emerge, pertanto, che il sistema universitario nazionale è costruito, secondo logica humboldtiana, in ragione dell’insegnamento e della ricerca e che ad esso, in linea di principio, è assente una logica lucrativa, essendo, di contro, vincolati ai fini istituzionali dell’università tutti gli eventuali proventi connessi ad attività economiche delle istituzioni universitarie.

La assenza di fine di lucro, d’altronde, costituisce una conseguenza della statalizzazione del fenomeno universitario, realizzatasi in senso assoluto con la formazione degli Stati moderni, e corrisponde, per altro verso, alla funzione strumentale delle Università quali strumento di formazione delle *élites* burocratiche e professionali dello Stato nazione. Funzione propria ed esclusiva dello Stato, che vuole precludere ogni potenziale concorrenza da parte di istituzioni private.

L'unica concorrenza, a ben vedere, è quella offerta da istituzioni non statali legalmente riconosciute, le quali tuttavia, essendo prive di lucro, tendono a coincidere con le università di tendenza e vengono, per altro verso, avvolte nelle maglie del controllo statale per accedere ai contributi finanziari da questo erogati.

Logiche lucrative possono esservi, come si è detto, solo limitatamente alle istituzioni salvaguardate del settore AFAM e, con le forme giuridiche indicate (in pratica una remunerazione indiretta del capitale investito), nelle università straniere.

Approfondendo il ragionamento è stato agevole riscontrare la sostanziale coincidenza (al di là della marginale eccezione delle AFAM salvaguardate) dell'area *no profit* con quella delle istituzioni abilitate a rilasciare titoli avente valore legale di laurea.

In specie, si è sopra evidenziato il discrimine tra le università straniere, che possono traslare mediante accordi larga parte degli utili dall'ente universitario alle istituzioni economiche collegate, e le università private e telematiche nazionali, che incontrano invece molti più vincoli e limiti ad una tale traslazione, in quanto assimilate, ai fini della scelta del contraente, agli organismi di diritto pubblico. A ben vedere, il discrimine ulteriore e fondante tra le prime e le seconde è il valore legale del titolo che solo le seconde possono rilasciare.

In assenza di tale valore legale, le istituzioni universitarie straniere incontrano i blandi limiti di cui all'art. 2, d.m. 23 maggio 2000 ed alla l. n. 148/2002, mentre gli istituti di alta formazione privata non legalmente riconosciuti (come tali inibiti allo stesso utilizzo del *nomen* università) non ne incontrano alcuno.

Ma è proprio il valore legale del titolo che solo le università statali, non statali legalmente riconosciute e telematiche possono rilasciare a confinare tale istituzioni in un ambito di nicchia (le università straniere) o diverso (i centri di formazione privati).

Riprendendo allora gli interrogativi di partenza, sembra allora che, fino a che rimarrà il valore legale del titolo (a meno che non intervengano altre riforme atte a rendere possibile il perseguimento di un fine lucrativo da parte delle università), il fenomeno di investimenti nel settore universitario sarà destinato a rimanere marginale o a svilupparsi in forme (torna l'esempio della Link University) in cui diviene essenziale (ma non risolutiva) la negoziazione con il MIUR.

È indubbio, peraltro, che la concorrenza (reale o potenziale) di istituzioni culturali diverse da quelle statali o legalmente riconosciute potrà aprirsi solo allorché fosse rimosso il valore legale del titolo.

tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi

Nel dibattito in ordine a tale tema non è tuttavia sempre così chiara l'implicazione che questo avrebbe sul sistema universitario nazionale.

Tanto nello studio predisposto dal Servizio Studi del Senato²² quanto nella consultazione predisposta nel 2012 dal MIUR²³ quanto nel Documento conclusivo, approvato dalla 7^a Commissione permanente, dell'indagine conoscitiva sugli effetti connessi all'eventuale abolizione del valore legale del diploma di laurea, l'attenzione si è focalizzata sui temi dell'accesso all'impiego pubblico ed alle professioni (e quindi, indirettamente, sulla crisi degli ordini professionali e sulle esigenze di riorganizzazione degli uffici pubblici) oppure su temi connessi alla riorganizzazione universitaria.

L'abolizione del valore legale della laurea, per quanti la propugnano, verrebbe ad eliminare le barriere che hanno reso il settore dell'alta formazione universitaria un quasi-monopolio statale; faciliterebbe iniziative formative meglio rispondenti ad esigenze del mercato; realizzerebbe una vera concorrenza tra atenei; attuerebbe appieno il principio costituzionale dell'autonomia universitaria. Per quanti la avversano, invece, l'abolizione del valore legale varrebbe a destrutturare un sistema in assenza dei meccanismi istituzionali (quali agenzie di accreditamento o rating accademico) e delle risorse economiche private atte a sorreggerne il mutamento radicale e ad annichilire la funzione egualitaria svolta dall'università.

In questo dibattito non vi è, però, alcun accento sul sostanziale riposizionamento che la abolizione del valore legale del titolo avrebbe nei rapporti tra istituzioni *for profit* e le università tradizionali e nei rapporti tra funzione di insegnamento (che verosimilmente sarebbe l'ambito conteso da *teaching schools* nazionali o estere) e funzione di ricerca (che tenderebbe ad allontanarsi sempre più dalla prima).

Non si considera, cioè, un aspetto essenziale del fenomeno, dacché la barriera del fine non lucrativo quale presupposto del titolo legale vale, ad oggi, a limitare il "mercato" allo Stato, ad istituzioni confessionali e ad una ristrettissima cerchia di enti mentre la sua rimozione potrebbe rapidamente modificare lo scenario stesso del mercato.

La abolizione del valore legale del titolo, in definitiva, deve essere riguardata anche da questo angolo di prospettiva, considerando che la stessa modificherebbe in maniera radicale il sistema nazionale universitario, ampliandone la "vocazione" commerciale, con conseguenze non tutte preve-

²² Consultabile all'indirizzo www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2011/Dossier_280.pdf.

²³ Consultabile all'indirizzo hubmiur.pubblica.istruzione.it/web/ministero/consultazione-pubblica.

dibili ex ante, ma che certamente non si limiterebbero ad una riallocazione di risorse tra università pubbliche o tra pubbliche e non statali legalmente riconosciute (come è invece stato per lo più fin qui considerato nei dibattiti sul tema).

Il che non vuole essere una presa di posizione a favore o contro il valore del titolo di studio, ma unicamente un contributo alla collettiva riflessione sul tema e la evidenziazione che esso impone una riconsiderazione a tutto tondo della funzione e della organizzazione del sistema universitario in Italia.

Abstract

This study acknowledges the increased interest of foreign cultural institutions in entering the “market” of the Italian universities. This is because of the cultural and economic value of foreign cultural institutions and their ambitious plan not to (or no more to) cover the niche market of the transnational education, but rather to directly compete in a free market with the Italian universities.

This study focuses on cultural and economic entities, with specific attention to the non profit- ones, with the aim at verifying whether said institutions may be adequately protected by the existing legislation to start a business in Italy. The study also investigates what kind of business such institutions might run for; and, therefore, whether such a phenomenon, still at an early stage, is likely to remain marginal or is rather the sign of a significant modification of the system; also, whether this is the sign of a temporary crisis of Italian academies in terms of quality and universality of education, or on the opposite, a systemic crisis of Italian universities, increasingly split between “teaching schools” (which probably would be reinforced with for-profit institutions) and universities as research hubs; and whether education provided by Italian universities is likely to become a business sector for domestic and foreign companies or whether, despite the many reforms, the Italian system still holds its own typical requirements.

Based on the above questions, the study: 1) briefly defines the Italian universities system, the relevant institutions and their qualification as for-profit/no-profit entities; 2) analyses, in addition to the (few) forms of “university” education that might be turned into a business, any alternative and indirect way to repay the capital invested in no-profit university institutions; 3) qualifies the indirect legal value (but no less important) of the academic degree as the main regulatory “obstacle” to the spread of for-profit-institutions and, finally, 4) sustains that competition between entities (of domestic or foreign nature) and the university system is part of the debate on such questionable and recurring topic of the Italian system.

RISCOVERIRE I CLASSICI

GIACINTO DELLA CANANEA

INVESTIMENTI PUBBLICI E PROCEDIMENTI NEL PENSIERO DI FEDERICO CAFFÈ*

SOMMARIO: 1. Diritto ed economia: incontri e scontri. – 2. Necessità degli investimenti pubblici nelle infrastrutture. – 3. La “vischiosità delle procedure” amministrative. – 4. Una questione d’interesse nazionale.

1. Diritto ed economia: incontri e scontri

Il dialogo tra economia e diritto può essere, spesso è, proficuo, a volte indispensabile: per comprendere a quale visione complessiva dell’economia l’ordinamento giuridico – per usare l’ordine di concetti di Santi Romano, secondo cui un ordinamento non consiste in una raccolta ordinata delle leggi e dei decreti¹ – si ispiri, segnatamente se si tratti di quella che riconosce l’autonomo rilievo delle forze del mercato, secondo l’impostazione di Maurice Hauriou²; se l’ordinamento, considerato nel suo complesso, sia adeguato in rapporto alle mutevoli esigenze dell’economia; se gli istituti giuridici ordinati alla disciplina dell’economia consentano di raggiungere gli scopi d’interesse pubblico in vista dei quali sono stati introdotti, cioè se siano funzionali: un aspetto, questo, di cui i giuristi dovrebbero sempre preoccuparsi³.

Ma il rapporto tra diritto ed economia non è sempre facile. Non lo è quando i giuristi generalizzano oltremodo le ragioni e le sollecitazioni di un determinato filone di teoria economica, senza mostrare adeguata consapevolezza dei giudizi di valore in esso insiti e della problematicità degli svol-

* Intervento al convegno di studi in memoria di Federico Caffè organizzato dalla Regione Abruzzo; Pescara, 30 gennaio 2015. Ringrazio Luciano D’Alfonso per l’invito, Alessandro Tonetti per i suggerimenti riguardanti i dati sulle opere pubbliche e Pierluigi Ciocca e Ignazio Visco per le osservazioni sulla prima stesura.

¹ S. Romano, *L’ordinamento giuridico*², Firenze, Sansoni, 1946.

² M. Hauriou, *Précis de droit public*³, Paris, Dalloz, 1910.

³ M.S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell’amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 925.

gimenti che sono presentati come se corrispondessero alla “natura delle cose”⁴. Non lo è quando gli economisti assolutizzano la ragione economica e le conseguenze che logicamente ne discendono, trascurando la necessità che il diritto – conformemente alle istanze della giustizia e dell’equità – dia voce ad altre istanze, segnatamente a quella di singoli individui e gruppi⁵, specie su base territoriale, i quali aspirano ad essere compartecipi del proprio destino, nella logica dell’autonomia e dell’autogoverno.

È solo con la consapevolezza che gli ordini di qualificazione del rilievo da anettere ai fatti variano dall’una all’altra disciplina scientifica e, quindi, con la giusta dose di cautela che un giurista può cimentarsi in un dialogo con gli economisti, soprattutto quando quel dialogo s’incentra sull’opera di uno dei massimi cultori della *dismal science* nel Novecento italiano, Federico Caffè. Farò riferimento, in particolare, a uno dei saggi raccolti nel volume “*Teorie e problemi di politica sociale*”, quello su *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica*⁶.

2. Necessità degli investimenti pubblici nelle infrastrutture

Caffè antepose a quella raccolta di saggi una premessa deliberatamente problematica e critica: problematica, perché il punto da cui muoveva era la segnalazione dei punti di debolezza che l’economia italiana presentava dopo l’esaurirsi del “miracolo economico”, alla fine degli anni Sessanta del XX secolo e ancor più nel difficilissimo decennio successivo; critica, nel convincimento che fosse insufficiente l’apporto teorico – nella letteratura economica – sull’azione concreta dei pubblici poteri, che su ciò avesse influito in grado non marginale «l’eredità intellettuale di Francesco Ferrara, accolta dai maggiori esponenti del nostro pensiero economico», che occorresse una maggiore e migliore attenzione per le teorie di John Maynard Keynes⁷.

⁴ Si tratta di un’osservazione ricorrente nelle presentazioni pubbliche, in Italia, di recenti volumi sull’analisi economica del diritto, segnatamente nel campo del diritto pubblico. Per una prospettiva critica rispetto all’impostazione prevalente, S. Shavell, *Economic Analysis of Law* (2004), tr. it. a cura di A. Baccini e A. Palmieri, *Analisi economica del diritto*, Torino, Giapichelli, 2007.

⁵ Una significativa eccezione è A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, 1970.

⁶ F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, in *Teorie e problemi di politica sociale*, Bari, Laterza, 1976.

⁷ F. Caffè, *Presentazione*, in *Teorie e problemi di politica sociale*, cit., 5-6.

investimenti pubblici e procedimenti

Un utile modo, per un giurista, d'inserirsi in questo dibattito può consistere nel fare riferimento ai grandi pensatori del passato, anzi ai sommi, segnatamente ad Adam Smith, *professor of jurisprudence*, oltre che di teologia ed etica, a Glasgow. L'influenza delle radici giuridiche, quelle del diritto romano rielaborato dai giureconsulti medievali, sull'opera di Smith è forse ancora insufficientemente nota, malgrado l'apporto di Alessandro Giuliani⁸, ma è senz'altro fondamentale. Essa si è manifestata nella concezione della concorrenza, tutelata per evitare che il monopolista arrechi danno ad altri. Si è manifestata, altresì, nella consapevolezza dei molteplici compiti dello Stato.

Il pensiero di Smith è, al riguardo, quanto mai illuminante: «Dovere del sovrano o della repubblica è creare e conservare le pubbliche istituzioni e le opere pubbliche che, per quanto estremamente utili a una grande società, sono però di natura tale che il profitto non potrebbe mai rimborsarne la spesa a un solo individuo o a un ristretto numero di individui, sicché non ci si può aspettare che un individuo o pochi individui le creino e le conservino [...]: le buone strade, i ponti, i canali navigabili, i porti, etc.; [...] le istituzioni per l'istruzione della gioventù, delle donne, del popolo, degli uomini di ogni età»⁹.

A questa impostazione, la cultura giuridica italiana ha aderito ampiamente, potrebbe dirsi senza eccezioni. Ne forniscono altrettante, significative dimostrazioni sia la componente scientificamente più avanzata della nostra letteratura, con l'osservazione di Massimo Severo Giannini che «l'aprontamento delle infrastrutture è storicamente fra le più antiche attività di disciplina dell'economia svolte da pubblici poteri e (...) oggi non solo permane, ma ha assunto dimensioni grandissime, sia quantitative, sia qualitative»¹⁰, sia la Corte costituzionale, con il riconoscimento che nell'approvazione (e quindi anche nella localizzazione) di progetti di opere di interesse nazionale o internazionale alle regioni è offerta «la possibilità di rappresentare il loro punto di vista e di motivare la loro valutazione negativa sul progetto», ma allo Stato non può essere inibita la possibilità di procedere ugualmente, superando il dissenso regionale¹¹.

⁸ A. Giuliani, *Adamo Smith filosofo del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1954, 513; Id., *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997.

⁹ A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Strahan and Cadell, 1776, Book V.

¹⁰ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 53.

¹¹ C. cost., sentenza n. 303/2003.

3. La “vischiosità delle procedure” amministrative

Quanto appena osservato rende ragione della rilevanza dell’apporto di Federico Caffè, anche dall’angolo visuale del giurista. Nel saggio richiamato all’inizio, l’economista abruzzese non si limitava a segnalare le «carenze che si manifestano nell’operare dell’apparato amministrativo», fenomeno certamente non nuovo, ma constatava un «fatto nuovo» e da ciò prendeva le mosse per un approfondimento che non ha perso interesse per chi si occupi delle infrastrutture.

Il «fatto nuovo», osservava Caffè, era costituito dalla circostanza che le doglianze nei confronti della «lentezza e complessità [delle procedure deliberative ed esecutive, che] precludono di fatto un’azione tempestiva e flessibile, adeguata cioè alle odierne esigenze della politica economica»¹² non solo erano segnalate da più parti, ma erano evidenziate nei resoconti delle indagini svolte da istituzioni tecniche e politiche.

L’analisi di Caffè era ficcante, muoveva dalle cause alle conseguenze e da queste ai rimedi. Le cause erano individuate con precisione. Esse erano di due tipi. Da un lato, Caffè constatava che «gli attuali ordinamenti dettano regole amministrative che sono causa di lentezze e ritardi non sempre giustificabili con effettive esigenze di controllo e che investono almeno tre fasi: la scelta del contraente; la programmazione e la progettazione delle opere; la erogazione della spesa», per via del «*tortuoso cammino* che i singoli programmi attraversano tra il momento della decisione e quello della effettiva applicazione». Dall’altro lato, aggiungeva che lentezze e ritardi non erano dovuti solo alle regole amministrative, ma anche «alla *minuziosa e non di rado viziosa spirale* che procedure complesse impongono agli organi amministrativi preposti alla loro esecuzione»¹³. Dunque, facendo riferimento alla dicotomia tra il governo delle leggi e il governo degli uomini che risale ad Aristotele, le cause non attengono solo alle leggi (le “regole” non del tutto giustificate dalle effettive esigenze di controllo, che, in sé, sono ineliminabili, specialmente quando viene gestito il pubblico denaro), che possono essere meglio confezionate, ma anche agli uomini, alla loro azione e all’inazione¹⁴. Altrettanto chiare erano le conseguenze: non soltanto quelle lentezze e quei

¹² F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, cit., 155.

¹³ F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, cit., 156.

¹⁴ Quello dei tempi per la realizzazione delle opere pubbliche non era un problema solo italiano, ma anche americano: J. Delihis, *Kafka on the Municipal Badminton*, *The Metropolitan Museum of Art Bulletin*, 1968, 347.

ritardi erano misurabili non in mesi, bensì in anni, in più anni (spesso almeno tre), ma le procedure amministrative, nel loro insieme, erano «inconciliabili» con una «politica anticiclica tempestiva», con un'azione di governo della spesa pubblica flessibile¹⁵.

Una volta considerate le cause del problema e le sue conseguenze, Caffè prendeva in esame i rimedi suggeriti dalle istituzioni del suo tempo. Constatava che quei rimedi vertevano unicamente sull'introduzione dei «meccanismi propri della imprenditorialità e del mercato». Riteneva che affermazioni di questo tipo sollevassero ulteriori problemi, tutt'altro che lievi: perché su di esse influiva oltremodo il “mito” del mercato; perché esse trascuravano la «singolare rapidità di decisione che l'apparato parlamentare-amministrativo ha saputo dimostrare in talune specifiche circostanze». Aggiungeva che possono essere, spesso sono state, determinanti le «responsabilità di ordine politico più che di carattere amministrativo». Precisava che quelle responsabilità si concretizzano nella «mancanza della volontà politica» di modificare in modo approfondito e lungimirante le regole che disciplinano i procedimenti amministrativi per gli approntamenti infrastrutturali, a fronte della sollecita modificazione di altri tipi di regole, evidentemente ritenuti più importanti dalla – o per la – dirigenza politica¹⁶.

4. Una questione d'interesse nazionale

È trascorso quasi mezzo secolo dalla lucida e accorata analisi che Federico Caffè dedicò al problema dei procedimenti amministrativi concernenti le infrastrutture indispensabili per una moderna democrazia industriale. Quell'analisi può essere riguardata, valutata, ponderata, in una duplice ottica: in chiave retrospettiva e al tempo stesso comparata, ossia constatando quanto l'apporto dell'economista abruzzese sia stato originale, da precursore; in chiave di attualità, ossia segnalando che quell'analisi resta in gran parte valida ancor oggi.

Certamente, non si può trascurare il fatto che a un sistema in cui le infrastrutture erano essenzialmente, pur se non esclusivamente, basate sull'azione dei pubblici poteri, ancorché mediante imprese pubbliche ordinate in forma di enti o società, e dunque di appalti è subentrato un sistema sem-

¹⁵ F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, cit., 157.

¹⁶ F. Caffè, *La “vischiosità delle procedure” nella spesa pubblica e le esigenze attuali della politica economica*, cit., 160.

giacinto della cananea

pre più dominato dall'azione congiunta di pubblici e privati operatori (PPS)¹⁷.

Pure, è indubbio che nelle infrastrutture tradizionali, come le ferrovie e le autostrade, l'Italia presenti una dotazione modesta in termini assoluti e relativi; che nelle infrastrutture tecnologicamente più avanzate, come le reti di nuova generazione per le comunicazioni elettroniche, il ritardo vada aggravandosi per via dei progressi registrati in altri Paesi appartenenti all'Unione, come la Finlandia e la Germania; che restano frustrate non solo le aspettative degli imprenditori, ma anche quelle dei cittadini a un miglioramento dei servizi, di cui è condizione indispensabile la realizzazione di opere volte alla manutenzione delle infrastrutture esistenti e alla costruzione di nuove infrastrutture (ferrovie ad alta velocità, reti a banda ultralarga per le comunicazioni elettroniche). Non è meramente teorico, astratto, quindi, il rischio che, se anche vi fossero nuovi investimenti promossi dall'Unione europea, con la partecipazione di capitali privati, quegli investimenti non riuscirebbero a ottenere i risultati attesi nel tempo breve che le attuali condizioni dell'Italia richiedono.

Alcuni dati valgono a chiarire i termini e le dimensioni del problema. Normalmente occorrono quattordici anni per realizzare opere che costano più di cento milioni di euro¹⁸. Ma non mancano situazioni di punta. Un esempio è costituito dal nuovo Centro Congressi di Roma. Il concorso internazionale è stato indetto nel 1998 e aggiudicato due anni dopo; la gara è stata indetta nel 2002, la costruzione ha avuto inizio nel 2007, ma i lavori non si sono ancora conclusi. Nel frattempo, il costo inizialmente previsto, di 275 milioni di euro, negli anni successivi ha superato i 413 milioni, dando luogo a un'iniziativa della procura regionale della Corte dei conti nei con-

¹⁷ Per un inquadramento dell'istituto, *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.

¹⁸ Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia : dotazione, programmazione, realizzazione* (Roma, 2011). Secondo le stime della Banca, l'Italia ha una spesa programmata per il 2012 dell'1,6% del prodotto interno lordo, in contrazione rispetto al 2009 (era al 2,5%) e notevolmente inferiore alla media europea (2,2%). Inoltre, i progetti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale vengono eseguiti in tempi quasi doppi e con spese più alte (più di un terzo, in media, rispetto ai preventivi). Il dato riportato è confermato sia da uno studio condotto dalla SVIMEZ su circa trentacinquemila cantieri realizzati in Italia negli ultimi quindici anni e finanziati attraverso le politiche di coesione, sia dall'analisi dell'Unità di verifica degli investimenti pubblici istituita presso il Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica (*I tempi di attuazione e di spesa delle opere pubbliche. Rapporto 2014*, Roma, ottobre 2014, 7). Sugli aspetti patologici della vicenda veneziana, G. Barbieri, F. Giavazzi, *Corruzione a norma di legge*, Milano, Rizzoli, 2014, 137.

fronti di vari soggetti; la circolazione dei mezzi di trasporto nell'intera area è stata limitata; insomma, il pubblico denaro è stato speso, forse dissipato, ma non è stato questo l'unico danno per la collettività. Il secondo esempio riguarda il sistema di paratie volto a salvaguardare Venezia dai flussi delle maree: i lavori per la costruzione del sistema di salvaguardia sono stati avviati nel 1987; quelli per il sistema di paratie nel 2003 e dovrebbero concludersi nel 2016; il costo stimato all'inizio era di 1,3 miliardi di euro, esso è stato elevato a 2,3 miliardi nel 1999, alla fine dovrebbe attestarsi sulla soglia dei 5,5 miliardi. Casi come questi mettono in crisi non solo l'immagine internazionale del Paese ma, prima ancora, la legittimazione di quanti amministrano la *res publica*. Il problema non è solo che la spesa pubblica sia effettivamente spesa, ma che lo sia per le finalità pubbliche. Altrimenti, viene meno la legittimità della sottrazione di risorse finanziarie ai consumi e agli investimenti privati, per destinarle alla spesa pubblica.

Quella che emerge, dunque, è una grande questione d'interesse nazionale, per far fronte alla quale è indispensabile una duplice rettifica dell'indirizzo finora seguito dalle istituzioni cui – in un ordinamento che si fonda sul principio democratico – spetta determinare l'indirizzo politico generale, ossia il Governo e il Parlamento: si tratta, da un lato, di porre mano alla revisione delle regole amministrative, non solo delle leggi, per perfezionarle, se del caso per innovarle profondamente, anche traendo esempio da quanto si è fatto in altri Paesi che, al pari del nostro, debbono conformarsi alle norme stabilite dalle istituzioni dell'Unione europea; dall'altro lato, poiché si deve intervenire anche sugli uomini, di acquisire consapevolezza che vi è una questione di cultura, della nostra cultura amministrativa, e che per adeguarla i tempi non sono brevi, perché non basta adeguare la formazione dei nuovi funzionari, ma si deve integrare, migliorare la formazione degli attuali funzionari. Proprio perché i tempi non saranno brevi, non è possibile indugiare.

Abstract

This article was inspired by an essay by Federico Caffè dedicated to the problem of administrative procedures relating to the infrastructure necessary for a modern industrial democracy. Reading in a modern key the essay "The stickiness of the procedures in public spending", the author analyzes the problem of the Italian lack of infrastructure, suggesting to innovate both, the administrative rules and the administrative culture.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

ENRICA BLASI è dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università di Roma Tre.

GIACINTO DELLA CANANEA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.

CARLO IBBA è professore ordinario di diritto commerciale presso il Dipartimento di Scienze economiche e aziendali dell'Università di Sassari.

FABIO ELEFANTE è professore straordinario di istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Economia e diritto dell'Università di Roma La Sapienza.

SIMONE LUCATTINI è dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università di Siena.

SERGIO MAROTTA è professore associato di sociologia del diritto presso la Facoltà di Scienze della formazione dell'Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

FRANCESCO MONCERI è assegnista di ricerca presso il Centro di Servizi Polo universitario di Livorno "Sistemi logistici".

LUCA R. PERFETTI è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia dell'Università di Bari.

FABIO SAITTA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, storiche, economiche e sociali dell'Università di Catanzaro Magna Graecia.

GIANLUCA ZARRO è avvocato del Foro di Napoli e dottore di ricerca in diritto romano e tradizione romanistica presso l'Università di Napoli Federico II.

Finito di stampare nel mese di luglio 2015
dalla *Grafica elettronica* - Napoli