

8

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XVI – Nuova serie
N. 1/2007 (gennaio-marzo)

INDICE

Editoriale di Maria Immordino 5

**ATTI DEL SEMINARIO SU: "IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA"**

GUIDO CORSO *Il Consiglio di Giustizia Amministrativa: un'istituzione per l'Isola.* 11

FRANCO GAETANO SCOCA *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana.* 15

MARIA CRISTINA CAVALLARO
NICOLA GULLO (A CURA DI)
Dossier sulla giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana 2005-2006. 39

DOTTRINA

EMILIO CASTORINA *Il nuovo modello costituzionale di finanza regionale e locale (spunti di* 97

Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al "d.d.l. Lanzillotta"

di Luigi Pianesi e Stefano Villamena* **

SOMMARIO: 1. Le *linee-guida* della (proposta di) riforma dei servizi pubblici locali. *Spinte e contropinte nei processi di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici locali*. 2. Il d.d.l. governativo sui servizi pubblici locali: uno sguardo alla parte dei principi (art. 1). 3. Le forme di gestione (art. 2). 4. La tutela degli utenti (art. 3).

1. Le *linee-guida* della (proposta di) riforma dei servizi pubblici locali. *Spinte e contropinte nei processi di privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici locali*.

Il recente disegno di legge di delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali (vale a dire il d.d.l. n. 772 c.d. Lanzillotta dal nome (tra gli altri) del Ministro proponente presentato al Senato il 7 luglio 2006, successivamente modificato¹) determina, seppur *de iure condendo*, un forte impulso all'adeguamento della materia in esame – e più specificamente per la parte relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica² – ai principi di libertà d'impresa e iniziativa economica di matrice soprattutto comunitaria³.

* Il presente contributo è frutto delle riflessioni congiunte dei due autori. Ciononostante la prima parte (relativa ai paragrafi 1 e 2) è stata elaborata da Stefano Villamena, mentre la seconda parte (relativa ai paragrafi 3 e 4) è stata elaborata da Luigi Pianesi.

** Il presente contributo è stato pubblicato sulla rivista web *federalismi.it* (n. 7/2007).

¹ Rispetto alle modifiche intervenute successivamente alla presentazione del d.d.l. governativo, ad opera del Governo medesimo, si veda il sito *web.senato.it* (nella parte relativa ai disegni di legge).

² La distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica è contenuta nell'art. 113 del TUEL e nel Libro verde sui servizi di interesse generale (approvato con Corn. 2003, 270 def del 21 maggio 2003, p. ti 43-45 e 31).

³ Come noto, sul piano positivo, la disposizione comunitaria cui far riferimento è l'art. 86 del Tr. Ce il cui obiettivo è quello di impedire che gli Stati membri, nonostante l'autonomia di scelta loro conferita in merito all'intervento pubblico (anche monopolistico) in un certo settore, eludano le regole del mercato comune e della concorrenza. Tuttavia buona parte dei principi comunitari in materia sono contenuti nel *leading case* costituito dalla c.d. sentenza Teckal (Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *Urb. appalti*, 2000, pp. 227) dal quale risulta evidente anche la ricerca di un equilibrio tra obiettivi di interesse generale degli Stati membri e rispetto delle regole di concorrenza. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative,

Il *genus* dei servizi pubblici locali è stato oggetto di continue modifiche ed aggiustamenti legislativi⁴, di talché da più parti non si è mancato di sottolineare criticamente l'approccio quasi *schizophrenico* del Legislatore nazionale⁵. Basti considerare che, negli ultimi quindici anni, il settore in esame è stato interessato da almeno otto interventi da parte del Legislatore nazionale⁶, dando luogo ad uno stato di «rivoluzione permanente» e lasciando gli operatori giuridici nella complicata situazione relativa alla gestione di un «infinito diritto intertemporale»⁷.

Precisato ciò occorre passare a considerare il disegno di fondo del d.d.l. in esame il quale – nel tentativo di liberalizzare il mercato dei servizi pubblici cit. – rappresenta, probabilmente, un segmento rivolto al complemento di un progetto più ambizioso costituito dalla creazione di un mercato unico (teso cioè alla eliminazione di «lacci e laccioli» riprendendo la celebre espressione di Guido Carli⁸) all'interno dello spazio territoriale dei Paesi che costituiscono l'Unione europea.

Nello spirito del d.d.l. in esame la regola che si vorrebbe imporre a livello nazionale è quella della concorrenza come *valore-guida* per i diversi operatori economici del settore dei servizi pubblici locali. L'*eccezione* invece dovrebbe essere costituita dalla gestione diretta o attraverso società private partecipate da enti pubblici.

La tutela della concorrenza (o forse l'*ansia* di concorrenza) è al centro dell'impianto della recente proposta governativa e ciò, soprattutto, rispetto alle procedure di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di cui al successivo art. 2 del d.d.l.

Secondo le previsioni contenute nel testo unico degli enti locali (d.lgs. n. 267/2000, art. 113) le procedure di affidamento si incentrano attualmente su tre modelli: la concessione a terzi; l'affidamento diretto a società mista pubblico-privato previa procedura concorsuale per la scelta del socio privato; e infine l'affidamento diretto in regime di *in house providing* le quali, è stato recentemente precisato, assicurano un adeguato contenimento tra concorrenza e esigenze della collettività cui l'ente locale è preposto⁹.

Tutela e promozione della concorrenza le quali, anche a causa del nuovo

soprattutto in materia ambientale, alle quali è soggetta». Sul punto si veda, F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2005, 3507.

⁴ I contributi sul tema sono moltissimi e non è possibile citarli tutti in questa sede; per un quadro d'insieme si rinvia a F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contestabilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004.

⁵ Da ultimo si veda L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in rivista web *astridonline.it*.

⁶ Per maggiori ragguagli si veda R. URSI, *La società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 179 ss.

⁷ Le espressioni cit. sono di URSI, *op. cit.*

⁸ L'efficace espressione è di Guido Carli (il quale però la riprese da Luigi Einaudi). Da ultimo, G. CARLI, *Lacci e laccioli*, Roma, 2004.

⁹ Oltre che assicurare la forma di gestione più adatta alle specifiche esigenze di ciascun servizio locale con riferimento alla qualità del servizio e alla situazione del mercato di riferimento. Sul punto si veda DEGNI, *op. cit.*

assetto costituzionale inaugurato nel 2001, sono state oggetto di rinnovato interesse. Questo *valore*, quale fine specifico di competenza statale (come recita il comma 2, lett. e, del riformato art. 117 della Costituzione), è stato affermato anche nella materia dei servizi pubblici. A tale proposito, in una recente decisione¹⁰, la Corte costituzionale ha stabilito la possibilità di dettare una disciplina che ripristini la concorrenza eventualmente perturbata, la quale deve intendersi anche in senso dinamico, cioè come disciplina che stimola la concorrenza, sviluppa il mercato e consente di instaurare assetti concorrenziali¹¹.

Ma, l'attenzione a questo particolare profilo, si rinviene anche rispetto alla produzione legislativa ordinaria recente. A titolo esemplificativo basti citare il nuovo art. 1 della legge 241/1990 (così come modificata dalla L. n. 15/2005) il quale generalizza anche ai «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa» il rispetto dei principi di «pubblicità», «trasparenza» e soprattutto dei «principi dell'ordinamento comunitario», oramai applicabili all'intera attività amministrativa¹². Allo stesso modo anche nel recente codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. 163/2006) si fa ampio riferimento ai principi sopra menzionati¹³ (e ciò anche perché il codice cit. è di diretta espressione comunitaria).

Alla luce di ciò, il principio di concorrenza è divenuto una sorta di *patrimonio comune* che si è progressivamente integrato nel nostro ordinamento determinando – quale ulteriore e connessa ricaduta specifica – la fissazione della regola in base al quale le deroghe alla concorrenza (anche a livello nazionale) devono intendersi assolutamente eccezionali e necessitanti di pregnante motivazione.

È bene però precisare che, nonostante quanto appena accennato, la Corte costituzionale nelle proprie valutazioni relative al fondamento giuridico della materia-transversale «concorrenza» ha sviluppato una serie di osservazioni che non vanno tutte nel senso finora indicato.

Nella sentenza n. 14 del 2004¹⁴, ad esempio, il *Giudice delle leggi*, affrontando la tematica della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, ha osservato che dall'ordine normativo si possono rinvenire due esigenze tra loro in perenne dissidio, rappresentate dalla tutela del principio liberistico puro e dalla esigenza

¹⁰ Si veda la sent. n. 272/2004, reperibile in sito web *federalismi.it*.

¹¹ Sul punto, si veda, C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2005, 327 ss.

¹² Si veda, sul punto, A. SCALCIONE, *Bravi non a margine su appalti di servizi, concessioni di servizi pubblici e normativa applicabile*, in *Fovv amm.*, 1er, 2006, 2397 ss.

¹³ Si veda, nello specifico, art. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006. Ma soprattutto l'art. 27 del decreto cit. il quale espressamente prevede che qualunque affidamento di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture escluso dalla sua applicazione, oltre ad avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, debba essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. Sul punto si veda ancora SCALCIONE, *op. cit.* Sulle prime applicazioni giurisprudenziali relative al codice dei contratti pubblici cit. (dalle quali emergono ampi riferimenti alla tutela della concorrenza di matrice comunitaria) sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Speciale sul nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006)*. Rassegna della giurisprudenza del Tribunale amministrativo regionali (luglio-novembre 2006), in *Nuove aut.*, 2007, (in corso di pubblicazione).

¹⁴ Reperibile nel sito web *federalismi.it*.

di necessario contemperamento con gli interessi sociali. A tale stregua la Corte ha ricordato che la Comunità è vincolata ai fini che le sono assegnati dall'art. 2, comma secondo del Trattato, vale a dire allo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, rispetto ai quali «i principi comunitari del mercato e della concorrenza [...] non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato»¹⁵.

Un orientamento analogo è stato poi recentemente sostenuto anche dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea¹⁶ proprio con riferimento alla materia «servizio pubblico», laddove si è ricordato che la *missione* ad esso collegata è in grado di sovrastare per la sua importanza qualsiasi riflessione di carattere economico e commerciale proprio perché la tutela del cittadino utente risulta l'obiettivo principe dei Trattati.

Conclusivamente non è mancato chi – in netta *controrotazione* rispetto agli orientamenti, soprattutto politici, attuali – ha ritenuto di aprire una riflessione sul fatto che la gestione di taluni servizi pubblici debba essere effettuata direttamente dagli enti locali, spingendosi fino al punto di tornare a considerare una ipotesi di parziale *ri-pubblicizzazione* del settore dei servizi pubblici locali¹⁷.

2. Il d.d.l. governativo sui servizi pubblici locali: uno sguardo alla parte dei principi (art. 1).

La prima *linea-guida* del d.d.l. Lanzillotta, di cui dovrà tener conto il Legislatore delegato nell'esercizio della relativa delega, è quella di limitare quanto più possibile, confinando l'ipotesi al caso eccezionale, l'affidamento diretto nonché la figura delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali.

L'ente pubblico, questa ci sembra la seconda *linea-guida* del d.d.l. in esame, dovrà mantenere esclusivamente funzioni di regolazione del servizio, le quali potranno essere esercitate anche tenuto conto del grado di soddisfazione degli utenti del servizio.

Gli affidamenti diretti e *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali dovranno atteggiarsi a ipotesi eccezionali e potranno giustificarsi soltanto dopo che, ad un vaglio preventivo di proporzionalità, risulti *necessario* l'intervento pubblico o pubblico-privato per il perseguimento di *esigenze imperative di interesse generale*.

Quest'ultima è la formula frequentemente usata dal Giudice comunitario per verificare, attraverso uno scrutinio di proporzionalità dell'azione amministrativa,

strativa, se la deroga alla concorrenza dei mercati possa giustificarsi perché in nessun altro modo è possibile perseguire l'interesse pubblico senza cioè immaginare un sacrificio minore per l'interesse alla concorrenza. Il principio di proporzionalità, infatti, impone all'autorità amministrativa decidente di vagliare tra le diverse opzioni possibili quella più *mite*, vale a dire quella che incide in misura inferiore sull'interesse inciso (in questo caso quello relativo alla tutela della concorrenza e più specificamente delle libertà economiche private).

A tale riguardo è bene precisare che il Giudice di Lussemburgo è generalmente molto severo con le discipline nazionali¹⁸ che potrebbero risultare sproportionate e ciò, ovviamente, in una prospettiva non soltanto limitata al settore economico (e dunque anche dei servizi pubblici), ma a livello generale, dato che il principio di proporzionalità interessa oramai larga parte delle materie comunitarie.

Probabilmente l'applicazione di questo principio per verificare la legittimità (e prima ancora quale criterio di azione per gli organi pubblici decisori) delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali farà sì che la gestione del servizio in deroga alle regole di concorrenza comunitarie potrà ammettersi soltanto laddove si possa ragionevolmente accertare il *fallimento di mercato*.

Infine, la terza direttiva del disegno di legge sul riordino dei servizi pubblici locali ci sembra quella che va nel senso di costituire una disciplina omogenea applicabile – per il profilo specifico dell'assegnazione della gestione servizio – anche alle normative settoriali (con la sola esclusione del servizio idrico).

Queste ci sembrano ad una prima lettura le *architravi* fondamentali della disciplina in commento.

Sul piano generale (vale a dire tenendo conto degli indirizzi di fondo del disegno di legge in esame) le altre *novità* sono probabilmente dei corollari di quanto riferito precedentemente.

Così, ad esempio, il limite posto ai gestori di acquisire servizi diversi da quelli di cui sono già titolari ovvero di estendersi in ambiti territoriali diversi per soggetti già titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati con procedure concorsuali¹⁹ ovvero, ancora, il rafforzamento delle forme di tutela degli utenti dei servizi (utili anche ai fini della valutazione rispetto alla permanenza dell'affidamento²⁰) costituiscono delle risultanti delle tre linee-guida già enunciate in precedenza, riconducibili, da un lato, al rispetto della tutela e promozione della concorrenza, oppure dall'altro lato, come nel caso della tutela degli utenti dei servizi attraverso carte dei servizi, ai poteri di controllo degli enti pubblici rispetto al servizio pubblico locale dato in affidamento ad un terzo privato.

¹⁸ Mentre non può dirsi che utilizzi lo stesso metro per le discipline di natura comunitaria. A tale riguardo si veda G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELLI, *L'ordinamento comunitario*, P. te II, *L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 225 ss.

¹⁹ Si veda art. 2, comma 1, lett. 4, del d.d.l. in esame.

²⁰ Si veda art. 3, comma 1, lett. 4, del d.d.l. in esame.

¹⁵ In particolare si veda la parte del considerato in diritto, p.to 3, terzo capoverso, sent. n. 14, *cit.*

¹⁶ Nella sentenza 27 novembre 2003, nelle cause riunite da c-34/01 a c-38/01, reperibili nel *Foro amm.*, *CadS*, 2003, pp. 3211.

¹⁷ Per la condivisibile preoccupazione che il settore privato è poco sensibile ad alcune esigenze della collettività. A tale riguardo si veda ancora GALLO, *op. cit.*

Addentrandosi nell'esame del d.d.l. S772 e sempre con l'avvertimento che si sta ragionando *de jure condendo*, si affronterà di seguito l'art. 2 del d.d.l. medesimo, con l'avvertenza che, trattandosi di una norma piuttosto complessa, che solleva ed affronta una molteplicità di problemi, ci si dovrà qui limitare ad un suo esame secondo una visione d'insieme, segnalando solo alcune delle numerose problematiche ad esso sottese, passando, poi, ad un rapido esame dell'art. 3.

3. Le forme di gestione (art. 2).

Il disegno di legge prevede una delega al Governo per l'emanazione di uno o più decreti legislativi di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²¹ "anche, ove occorra, modificando l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267". A dispetto dell'ampia formulazione della rubrica dell'art. 2 ("Delega per la riforma dei servizi pubblici locali") il contenuto dell'articolo in questione è limitato agli aspetti relativi alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, mentre nulla si dice sui molteplici altri aspetti ad essi relativi e disciplinati nell'art. 113 TUEL, quali, ad esempio, la possibilità, ferma la proprietà in capo agli enti locali delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni necessarie all'esercizio del servizio pubblico e fatta salva la possibilità di loro conferimento ad una società a capitale interamente pubblico, di separazione della gestione delle dotazioni (reti ed impianti) dall'erogazione del servizio e delle conseguenti regole dettate per le forme di gestione delle dotazioni.

Sullo specifico piano delle forme di gestione la prima versione del d.d.l. introduceva una sorta di gerarchia tra esse, elevando a regola tra le possibili scelte l'affidamento del servizio mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e relegando al rango di eccezione la possibilità di affidamento diretto, mentre il testo risultante dagli emendamenti governativi non fa più esplicito riferimento all'eccezionalità dell'affidamento diretto, pur mantenendone la natura derogatoria rispetto alle procedure di gara e rendendolo possibile solo al ricorrere di determinate condizioni.

Quanto alla modalità principale di affidamento, perciò, la lett. a) dell'art. 2, prevede «ferma restando la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia, che

²¹ Lo specifico riferimento ai soli servizi di rilevanza economica è stato inserito con un emendamento governativo al ddl originario. Vi è da dire che la Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272 ha escluso la possibilità di intervento del legislatore statale relativamente ai servizi non economici sulla base della potestà esclusiva in materia di tutela della concorrenza, anche se detta sentenza sembra lasciare spazio per un intervento su tali servizi in base alla competenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., peraltro richiamata nell'art. 1 del d.d.l. che si commenta. Per i servizi a rilevanza economica, tuttavia, la Corte sembra escludere la possibilità di ricorso a tale ultima competenza esclusiva statale (v. punto 3 del *Considerato in diritto*) e con tale posizione della Corte non sembra del tutto armonizzabile il richiamo all'art. 117, comma 2 lett. m) operato nell'art. 1 del d.d.l. e l'esplicito riferimento ai soli servizi a rilevanza economica operato nell'art. 2 nel testo emendato. Sul punto, per ulteriori considerazioni ed indicazioni bibliografiche, sia consentito il rinvio a L. PIANESI, *La determinazione statale dei livelli esenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali*, Ancona, ed. del Consiglio Regionale delle Marche, 2005, 147 ss.

l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di servizi pubblici, fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici.

Tra gli aspetti della norma appena riportata che meritano di essere segnalati, in sede di prima lettura, vi sono certamente da un lato la chiara opzione per un regime di concorrenza per il mercato e dall'altro la riaffermazione della possibilità di gestione dei servizi in economia, la riserva di proprietà pubblica delle reti e degli altri beni strumentali e la riserva di gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici.

Relativamente al primo punto, il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica è definito dalla relazione accompagnatoria al d.d.l. "l'arbitrarietà della nuova disciplina", per la quale si prevede altresì la definizione di garanzie di trasparenza e imparzialità nella gestione delle procedure di affidamento (art. 2, comma 1, lett. m-ter), anch'essa frutto di un emendamento del Governo).

A fronte di una simile impostazione, però, non appare del tutto giustificata l'esplicita previsione, introdotta nel testo emendato, della gestione in economia dei servizi a rilevanza economica²², specie se si considerano le difficoltà che potrebbero in concreto incontrarsi nella gestione di servizi a rilevanza economica attraverso le strutture ed i mezzi degli enti locali, quando anche per servizi privi di rilevanza economica, per i quali solamente una simile possibilità era rimasta fino alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis TUEL²³, il ricorso alla gestione in economia era consentita solo allorché il servizio da erogare fosse di modeste dimensioni o avesse caratteristiche tali da renderla opportuna.

Mentre, poi, la proprietà pubblica delle reti e delle dotazioni viene confermata (ma, come si è già accennato, nulla si dice circa le modalità di gestione delle dotazioni)²⁴ e giustificata con la duplice esigenza di mantenere in capo all'ente locale la possibilità di programmare lo sviluppo delle reti e con la sua ritenuta essenzialità per un corretto sviluppo della concorrenza per il mercato senza barriere artificiali all'entrata «tra imprese che si candidano a gestire la rete e a realizzare programmi di investimento coerenti con gli indirizzi stabiliti dall'ente locale»²⁵, ha suscitato diverse critiche il mantenimento in capo all'ente locale della proprietà e della gestione delle risorse idriche e dei relativi servizi.

Una simile esclusione, che appare in effetti poco coerente e priva di appa-

²² L'emendamento è stato criticato dal Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato Catricalà, il quale, nella sua audizione presso la I Commissione permanente del Senato, reperibile sul sito web.astro-online.it, ha sottolineato come «il richiamo alla gestione "in economia", infatti, oltre ad apparire arcaico, risulta antitetico rispetto al dichiarato intento di aprire i servizi pubblici al mercato nonché all'esigenza di limitare a casi particolari e circoscritti il ricorso alla gestione diretta».

²³ Avvenuta con la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 272/04.

²⁴ V., sul punto, per la disciplina dettata dall'attuale versione del TUEL, F. LIGUORI, *op. cit.*, 64 ss.

²⁵ In questi termini è la relazione di accompagnamento al d.d.l.

renti giustificazioni in un provvedimento che nell'apertura al mercato e nella concorrenza individua la sua stessa ragion d'essere, è stata censurata anche dall'Autorità Antitrust, che invece ha caldeggiato anche per i servizi idrici la possibilità dell'affidamento della gestione a soggetti privati selezionati mediante procedure ad evidenza pubblica²⁶.

Stabilita la procedura competitiva quale regola generale di affidamento dei servizi, il d.d.l. individua, alle lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 2, le condizioni al ricorrere delle quali la regola generale può essere disattesa, disciplinando le ipotesi in cui è possibile fare ricorso al modello *in house*, la cui disciplina, a dire il vero, appare il punto centrale dell'intervento riformatore.

Ebbene, ai sensi della citata lett. b), «in deroga all'ipotesi di cui alla lettera a) e nelle situazioni che, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono un'efficace ed utile ricorso al mercato», dovrebbe essere possibile affidare direttamente il servizio a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, «che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*», con particolare riguardo al fatto che la società in questione svolga la parte prevalente della sua attività in favore dell'ente proprietario e nei confronti di essa quest'ultimo eserciti un controllo analogo a quello che esercita nei confronti dei propri uffici.

Nei medesimi casi di cui alla lettera b), poi, sarà possibile procedere all'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, se necessario da «particolari situazioni di mercato, secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione ed allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive, nelle quali siano già stabilite le condizioni e le modalità di svolgimento del servizio, e la previsione di norme e clausole volte ad assicurare un'efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse».

In entrambi i casi, si richiede che l'ente locale motivi le ragioni che «impongono» l'affidamento ai sensi delle lettere b) e c) e non della lettera a)²⁷ e si arrivi a disporre la previsione di «un controllo da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o delle autorità di regolazione di settore, ove costituite, sulle motivazioni a fondamento della determinazione di affidare il servizio con forme diverse dalle procedure concorsuali» (lett. d-bis)²⁸.

Le disposizioni sin qui citate sollevano numerose, complesse questioni che possono essere qui solamente accennate.

²⁶ Cfr. l'Audizione del Presidente Caricalli, cit., ove si afferma di «non poter condividere la clausola di salvaguardia prevista per la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici. Rimanere ai soli soggetti pubblici la "gestione" dei servizi idrici, con l'esclusione di ogni forma di procedura competitiva, risponde infatti ad una logica diametralmente opposta a quella seguita dal disegno di legge per i restanti servizi pubblici».

²⁷ Prevedendo, in particolare, che «l'Ente locale dovrà pubblicizzare in modo adeguato tale scelta, definire il periodo temporale entro il quale effettuare la gara e giustificare la scelta diretta prevista un'analisi di mercato ed una valutazione comparativa rispetto all'offerta privata da inviarsi per conoscenza all'Autorità garante della concorrenza e del mercato o delle autorità di regolazione di settore, ove costituite»; si veda la lett. d) del comma in esame.

²⁸ Sia la lettera d) che la lettera d bis) sono state introdotte nel d.d.l. a seguito di emendamenti governativi.

Innanzitutto, la partecipazione totalitaria pubblica, in una con la ricorrenza dei requisiti comunitari per l'affidamento *in house*, è ritenuta condizione necessaria per la possibilità di affidamento diretto (fatta salva l'ipotesi posta dalla lettera successiva e di cui si dirà più avanti), ma non sufficiente, dovendo ricorrere anche determinate condizioni per così dire *esterne* al soggetto affidatario, che non consentano un'efficace ed utile ricorso al mercato.

Può forse osservarsi, da un lato, che le condizioni *esterne* individuate sembrano lasciare spazio a valutazioni discrezionali, più o meno opinabili, ma comunque tali da poter essere ritenute sussistenti o no sulla base di considerazioni di merito che potrebbero risultare difficilmente contestabili in sede di legittimità; dall'altro, che il Giudice comunitario appare operare diversamente sul punto, poiché, per valutare la legittimità dell'affidamento diretto, non sembra prendere in considerazione condizioni *esterne*, quanto piuttosto la struttura *interna* del soggetto, andando ad analizzare la sua *governance*, i poteri degli organi, la più o meno ampia libertà di movimento degli amministratori, la cedibilità o meno delle quote, la possibilità per l'ente pubblico proprietario di intervenire sulla gestione mediante un controllo stringente anche finanziario e gestionale e così via, giungendo a ritenere illegittimo l'affidamento diretto anche a società interamente pubbliche, laddove le concrete regole *interne* alla società fossero inidonee a garantire un controllo analogo (ad esempio, a causa di un'eccessiva ampiezza dell'oggetto sociale o di elevata discrezionalità degli amministratori nella gestione della società, senza alcun collegamento con l'ente locale proprietario che non fosse il semplice richiamo alle norme di diritto societario o della previsione della possibile successiva apertura al capitale privato).

Va anche segnalato che sullo specifico aspetto della sufficienza della partecipazione totalitaria pubblica era stato richiesto un pronunciamento della Corte di Giustizia, a cui è stata rimessa la questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, per la verifica della possibilità che la partecipazione totalitaria pubblica sia in grado di garantire la medesima situazione di dipendenza che si realizza all'interno di una pubblica amministrazione²⁹, problema che peraltro potrebbe venir esaminato, quanto alla situazione nazionale, anche con specifico riferimento al diritto societario riformato³⁰.

Già nella sentenza *Parking Brixen*, però, la Corte ha escluso tale compatibi-

²⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316, ove si riafferma il dubbio che i normali poteri riconosciuti dal diritto societario all'azionista di controllo siano comunque insufficienti ad assicurare la direzione della società da parte dell'ente locale.

³⁰ Anche relativamente ai tipi societari ridisegnati dalla riforma, per cui, ad esempio, se la s.p.a. appare di più incerta compatibilità con la possibilità di affidamento diretto, per la s.r.l. si potrebbe giungere a conclusioni parzialmente diverse, anche in considerazione del ruolo riservato ai soci in tale tipo societario ed alla più ampia possibilità riconosciute all'autonomia statutaria. Sul punto si v., tra gli altri, R. UKSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Anm.*, 2004, p. 747 e ss.; ID., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali e rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, cit.

lità per una società a partecipazione totalitaria pubblica proprio in seguito all'esame della *governance* di quest'ultima, come disegnata dalle norme statutarie.

Ciò, poi, è correlato all'ulteriore aspetto della possibilità di ricorrere all'affidamento diretto in capo a società miste, relativamente al quale il d.d.l. sembra porsi in dichiarato contrasto con la giurisprudenza comunitaria, che ormai costantemente afferma che la presenza di capitale privato, pur se selezionato mediante gara, esclude in radice la possibilità per l'ente pubblico di esercitare sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi³¹, tanto da far ritenere in dottrina ormai superato il modello della società mista per l'affidamento dei servizi pubblici locali³².

Il d.d.l. sul punto, pur a fronte di una giurisprudenza comunitaria che sembra imporre una secca alternativa tra affidamento diretto a soggetto pubblico o comunque in mano pubblica e affidamento mediante procedure competitive, mantiene la possibilità di ricorso al modello della società mista, laddove lo richiedano «particolari situazioni di mercato» e purché il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica in cui siano già stabilite le condizioni e le modalità di svolgimento del servizio.

Tuttavia, il Giudice comunitario sembra aver già considerato insufficienti le condizioni poste dal d.d.l., ritenendole non idonee ad integrare il requisito del controllo analogo, il che potrà comportare qualche problema di compatibilità con il diritto comunitario, anche con riferimento alla sufficienza o meno della sola procedura di gara per la scelta del socio e non per l'affidamento del servizio, problema risolto recentemente in giurisprudenza in senso negativo³³ (e cioè nel senso della necessità di una doppia gara).

Ci si potrà chiedere, pertanto, se la previsione di «norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse» sarà idonea a consentire di superare le obiezioni comunitarie sulla pos-

³¹ A partire, per citare le principali, dalla sentenza della Sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, proseguendo con le sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Co.Na.Me.*, 13 settembre 2005, causa C-458/03, *Parkeing Brisen*, 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Mödling*, sino alla già citata sentenza ANAV.

³² La letteratura sul punto è piuttosto vasta, si richiamano qui, per tutti, le valutazioni di M.P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm.*, TAR, 2006, p. 1161 ss., che, tra l'altro, mette in luce la contraddizione di questo orientamento giurisprudenziale con il favore con cui la Commissione vede il Partenariato Pubblico Privato (PPP) di cui «una delle due espressioni principali è rappresentata proprio dalle società miste» (p. 1167). Su tali temi v. anche E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.

³³ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 27 ottobre 2006, n. 589, reperibile sul sito *web* giustizia-amministrativa.it. Va, peraltro, detto che parte della giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere sufficiente la sola gara per l'individuazione del socio: v., ad es., Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 851 e ss., con commento di A. CARSELLI. Vi è poi da dire che la soluzione, accolta dall'art. 113 TUEL oggi vigente, di anticipare il momento della competizione a quello della scelta del socio era stato valutato in dottrina come un «ritorno al primissimo stadio della contabilità del mercato dei servizi pubblici, secondo una linea che si arresta all'introduzione di una dose minima di "concorrenza" e tralascia ormai - o pone su un piano secondario ed ottusivo - il disegno della separazione effettiva tra proprietà, gestione delle reti ed erogazione del servizio quale criterio di efficienza e razionalizzazione dei servizi pubblici locali che l'art. 35 della legge n. 448/2001 aveva, sia pure con qualche contraddizione, individuato»: così F. LIGUORI, *op. cit.*, p. 93 e ss.

sibilità di ricorso al modello della società mista, anche se ciò che sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia è una vera e propria intrinseca incompatibilità delle società miste (dettata anche dalla presenza di due interessi, quello pubblico e quello degli investitori privati, ritenuti naturalmente configgenti) con i principi che regolano l'affidamento diretto dei servizi pubblici.

In definitiva, il *favor* per la procedura competitiva sembra tradursi nel d.d.l. per certi versi in una disciplina restrittiva dell'affidamento diretto che sembra andare anche oltre quanto richiesto dagli approdi della giurisprudenza comunitaria, per altri - come nel caso delle società miste - in previsioni che con detti approdi non sembrano del tutto coerenti.

Potrebbe osservarsi, del resto, che lo schema regola/deroga, che il Legislatore italiano pare voler adottare quanto alla scelta tra procedura competitiva e affidamento diretto non sembra rintracciabile, quanto meno in termini così netti, nel sistema comunitario, così come designato dalla Corte di Giustizia.

In effetti, a ben vedere, la Corte, pronunciandosi ripetutamente sulla compatibilità con il diritto comunitario di discipline nazionali che prevedevano forme di affidamento *in house* e individuando con sempre maggior precisione le condizioni alle quali dette forme di affidamento sono ammissibili, non si è mai spinta sino al punto di mettere in discussione - almeno espressamente - il principio di auto-organizzazione delle pubbliche amministrazioni, cercando un *compromesso* tra questo principio e l'esigenza di garantire la corretta applicazione del diritto comunitario³⁴, limitandosi a dire a quali condizioni è possibile affidare direttamente un servizio, ma non (o almeno non in modo palese) se, in presenza di quelle condizioni, una modalità di affidamento sia la regola e l'altra l'eccezione.

Invero, il problema della sussistenza o meno di discrezionalità in capo all'ente locale relativamente alla scelta tra procedura ad evidenza pubblica e affidamento *in house*, in presenza di condizioni in astratto legittimanti entrambe le possibilità, può essere inquadrato nel generale principio che impone una interpretazione restrittiva delle norme in qualche modo derogatorie rispetto all'art. 86 del Trattato, per cui le regole della concorrenza vanno sempre applicate, almeno che non siano di ostacolo al raggiungimento della specifica missione affidata ai servizi di interesse economico generale.

Ciò, però, non è stato ritenuto sufficiente, nel vigore dell'attuale art. 113 TUEL, a risolvere il quesito sulla sussistenza o meno di discrezionalità per l'ente locale in merito alla scelta tra le diverse forme di gestione, di modo che la questione è stata rimessa direttamente alla Corte di Giustizia dal T.A.R. Pu-

³⁴ Di «sproporziosa erosione dell'autonomia organizzativa degli Stati membri» parla M.P. CHITI, *op. cit.*, 1167, secondo il quale «l'autonomia organizzativa è costantemente affermata dal diritto comunitario in linea di principio, ma alla condizione - come a tutti gli altri casi ove l'autonomia nazionale sottoposta a diritto di verifica da parte delle istituzioni comunitarie - che le determinazioni organizzative degli Stati membri non siano tali da attentare alla piena attuazione del diritto comunitario, o da renderla praticamente impossibile».

glia³⁵, che ha ritenuto che nella norma posta dall'art. 113 TUEL il ricorso all'istituto dell'*in house* «viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica» e che «una tale previsione, nella sua pratica attuazione, è suscettibile di stravolgere quello che si è visto essere, alla stregua dei principi comunitari, il rapporto tra i diversi modelli di affidamento dei servizi pubblici, in forza del quale il ricorso a procedure di evidenza pubblica dovrebbe configurarsi come la regola e l'affidamento in house l'eccezione».

Tali considerazioni hanno spinto il T.A.R. a chiedere alla Corte di Giustizia se sia compatibile con il diritto comunitario l'art. 113 TUEL, nella sua attuale formulazione, «nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa controllata».

Pur di fronte ad un quesito così specifico, che appare toccare un punto effettivamente nevralgico del problema degli affidamenti in house, la Corte, dopo aver richiamato le condizioni già individuate con le sue precedenti pronunce al fine della legittimità dell'affidamento in house³⁶, si è limitata ad affermare il principio per cui dette condizioni, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, «devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvaltersene»³⁷.

Un conto è, però, l'interpretazione restrittiva delle condizioni per ritenere possibile l'affidamento in house, un conto è, una volta che quelle condizioni, pur interpretate restrittivamente, sono ritenute sussistenti, la possibilità o meno di scegliere discrezionalmente se ricorrere all'affidamento diretto o alle procedure competitive. Vi è anche da dire che, se al ricorrere dei rigorosi requisiti individuati dalla Corte la società affidataria è considerata «una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene»³⁸ può risultare piuttosto difficile individuare criteri predeterminati che legittimino il ricorso all'*in house*, al di là delle rigorose condizioni già individuate dalla giurisprudenza comunitaria, in special modo se la scelta tra le varie forme di gestione venga consi-

³⁵ T.A.R. Puglia, Sez. III, ord. 22 luglio 2004, n. 885.

³⁶ Com'è noto, il *leading case* in materia è individuato nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Tedak*, cit. alla nota 3.

³⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, sentenza 6 aprile 2006 - causa C-410/04, *NAV*, punto 26.

³⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cit., punto 32; si veda, sul punto, anche la recente pronuncia del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13, ove si legge che «il soggetto gestore si attinge ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo; deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di amministrazione "indivisa", nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività della società affidataria: la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo (cf., ex pluribus, Cons. St., V/1, 25 gennaio 2005, n. 168; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634 e 12 dicembre 2005, n. 986; T.A.R. Sardegna, 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, ove si parla di "controllo assoluto" da parte dell'ente concedente)».

derata discrezionale, senza con ciò in qualche modo scontrarsi con la considerazione che, se di struttura (in senso lato) interna si tratta, il risultato finisce per essere quello di chiedere all'Amministrazione le ragioni per cui essa si è determinata ad utilizzare una sua struttura interna paragonabile ad un qualsiasi suo servizio.

In una simile ottica può forse essere letta quella giurisprudenza che ha ritenuto che «la sussistenza dei rigorosi presupposti di legge legittimanti il cosiddetto "affidamento in house" consente di escludere l'esigenza di una particolare e specifica esternazione motivazionale al fine di giustificare il ricorso a detto sistema di affidamento nell'ambito della discrezionalità di cui la p.a. è dotata»³⁹.

Il d.d.l. in esame risolve la questione in senso diametralmente opposto, limitando la possibilità di ricorso all'*in house* alla presenza delle condizioni ivi previste ed imponendo uno specifico obbligo motivazionale, correlato agli elementi individuati nelle norme sopra richiamate ed anzi inserendo un controllo da parte dell'Autorità Antitrust (o delle autorità di settore, ove istituite) sulle motivazioni poste a fondamento della decisione dell'Amministrazione di affidare direttamente il servizio, con ciò introducendo un controllo che può rischiare di essere un vero e proprio controllo di merito, dovendosi altrimenti ritenere di essere in presenza di un controllo di legittimità ulteriore rispetto a quello che potrebbe comunque essere chiamato a svolgere il Giudice amministrativo.

Detto controllo dell'Autorità, peraltro, non viene ulteriormente specificato quanto agli esiti ed alle conseguenze, in special modo circa eventuali sanzioni che l'Autorità potrebbe adottare allorché ritenga di essere in presenza di motivazioni non sufficienti a giustificare il ricorso agli affidamenti diretti.

Altre norme di rilievo dettate dall'articolo in commento riguardano, infine, la previsione di un'opera di armonizzazione della disciplina generale con le diverse normative di settore (lett. g) e l'esclusione della possibilità, per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali affidati direttamente nonché per le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto (fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale) di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza (lett. e)⁴⁰.

³⁹ T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Form amm.*, T-AR, 2006, p. 1843, con nota di A. VACCA, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*.

⁴⁰ A cui vanno aggiunte, per completezza, le indicazioni di cui alle lettere f-bis), relativamente all'incentivazione della gestione in forma associata dei servizi pubblici locali per gli enti locali con popolazione inferiore a 10.000 abitanti; f-ter) relativamente alla previsione una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità; f-quarter) relativamente alla previsione che nei bandi e nei capitolati vengano obbligatoriamente inserite clausole che vincolano i gestori dei servizi ad adottare specifiche misure di rispetto dell'ambiente e di tutela dei lavoratori.

Quest'ultima previsione meriterebbe ben altro approfondimento, sia relativamente alla verifica della sua effettiva utilità per il raggiungimento degli obiettivi di tutela e promozione della concorrenza e del mercato ed alla sua compatibilità con l'art. 41 Cost. ed il principio della libertà di iniziativa economica privata garantita dal precetto costituzionale, sia quanto alla coerenza interna del d.d.l., posto che da un lato viene riaffermato il ricorso alle società miste (peraltro in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, come già rilevato) e dall'altro l'operatività delle stesse sembra venire drasticamente limitata, anche dal punto di vista territoriale (anche qui andando oltre le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, che non considera *a priori* l'extraterritorialità come indicativa dell'assenza del controllo analogo, ma semmai richiede una verifica caso per caso). Ci si limita in questa sede a richiamare il suo contraltare sul piano dell'esternalizzazione e cioè l'art 13 del c.d. decreto Bersani⁴¹, anch'esso volto ad escludere l'operatività extraterritoriale delle società c.d. strumentali, in quanto entrambe le norme sembrano sollevare, ad una prima lettura, i medesimi problemi e dubbi di coerenza con i loro dichiarati principi ispiratori e con le norme costituzionali e comunitarie in materia.

4. La tutela degli utenti (art. 3).

Con l'art. 3 fanno ingresso in modo esplicito nella disciplina dei servizi pubblici locali i rapporti di utenza⁴², in un'ottica in cui il cittadino fruitore dei servizi pubblici locali appare come un «cliente servito in un mercato concorrenziale»⁴³ e regolato, nel quale al contraente debole devono essere fornite garanzie e pretese, in un rapporto di diritti ed obblighi reciproci.

Ciò si inserisce in una visione secondo la quale «i servizi pubblici ... sono ormai una parte del mercato concorrenziale e non una dimensione dei pubblici poteri», in cui «l'interesse tutelato, come indica anche la tendenza a sostituire la qualificazione di «pubblico» con quella di «universale», non è più imputato allo Stato, ma è direttamente quello degli utenti a fruire di determinati servizi»⁴⁴.

⁴¹ D.l. n. 223/2006, convertito con modificazioni in L. 4 agosto 2006, n. 248. L'art. 13, comma 1, prevede che «al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti». La norma prevede, poi, gli obblighi di oggetto sociale esclusivo e di cessazione delle attività non consentite entro dodici mesi, nonché la nullità dei contratti conclusi in violazione della norma stessa.

⁴² Si veda, sul punto, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, spec. P. 145 ss. e, dello stesso A., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

⁴³ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato...*, cit., p. 145.

⁴⁴ Così G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 125 ss., 129.

In un simile contesto particolare attenzione va data all'attività di regolazione, anche tramite le Autorità indipendenti, che diviene la modalità di azione dei pubblici poteri in settori dominati da una logica di mercato e che svolge un ruolo fondamentale per giungere al «superamento della tradizionale confusione del rapporto di utenza in quello di cittadinanza, determinata da una gestione sotto il controllo diretto degli organi politici»⁴⁵ auspicata in dottrina anche al fine di realizzare e garantire un corretto equilibrio tra diritti ed obblighi reciproci di gestori del servizio e utenti.

Muovendosi su un terreno di questo tipo e con il dichiarato intento di porre al centro della disciplina l'utente del servizio, il d.d.l. prevede una ulteriore delega al Governo per «l'adozione di misure finalizzate alla tutela degli utenti dei servizi pubblici locali», individuando una serie di principi e criteri direttivi, a cui il legislatore delegato dovrà attenersi, incentrati, tra l'altro, sulla pubblicità, sulla trasparenza, sulla verifica della soddisfazione degli utenti e sulla vigilanza da parte delle Autorità di settore.

Seguendo l'ordine dell'articolo 3, si evidenzia come lo strumento principale a cui il Legislatore appare far riferimento è la carta dei servizi, che ogni soggetto gestore di un servizio pubblico locale dovrà adottare (in conformità ad intese raggiunte con le associazioni dei consumatori e degli imprenditori) e adeguatamente pubblicizzare, a pena di revoca dell'affidamento, il cui contenuto minimo è individuato dalla norma nell'indicazione delle «modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per porre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie, nonché i livelli minimi garantiti per ciascun servizio e le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza» (comma 1, lett. a)).

Le carte dei servizi continuano, così, ad assolvere al ruolo di definizione dei livelli qualitativi del servizio che dovranno essere assicurati, fungendo anche da parametro per valutare l'effettivo raggiungimento di tali livelli.

Un particolare accento sembra, infatti, porre il d.d.l. su forme di conciliazione, che non escludono naturalmente il ricorso all'autorità giudiziaria (comma 1, lett. a-bis)), relativamente alle controversie che abbiano ad oggetto il rispetto dei parametri di qualità stabiliti nelle carte dei servizi, con ciò introducendo una forma di *alternative dispute resolution* anche nel settore dei servizi pubblici locali già ipotizzate in dottrina⁴⁶.

Da sottolineare è anche l'istanza partecipativa, segnalata già dalla Commissione Europea nel Libro bianco sui servizi di interesse generale, che il d.d.l. recepisce prevedendo che le carte debbano essere adottate sulla base di intese con le associazioni di consumatori e imprenditori interessate, con ciò accentuando gli aspetti negoziali della prestazione dei servizi pubblici.

Ulteriore aspetto di interesse e contestualmente ulteriore condizione per il

⁴⁵ G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 140. Sull'attività di regolazione la letteratura è assai vasta, ma è d'obbligo il richiamo almeno a A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

⁴⁶ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato...*, cit., p. 157.

permanere dell'affidamento è poi il «positivo riscontro degli utenti», che si immagina venga periodicamente verificato «mediante l'esame dei reclami e mediante indagini e sondaggi di mercato, anche a campione, effettuati a spese del gestore e secondo le modalità definite dall'amministrazione affidante in modo da garantire l'obiettività» (comma 1, lett. b)).

Una simile previsione registra il consenso dell'Autorità Antitrust, il cui Presidente ha ritenuto che «si avvalorava così un concetto di consumatore come figura centrale e non periferica del mercato e si traduce in concreto l'idea secondo cui l'affermazione sul mercato deve essere parametrata anche e soprattutto alla capacità di soddisfare i bisogni dei consumatori»⁴⁷. La riserva all'amministrazione affidante dell'indicazione delle modalità di svolgimento dei sondaggi e delle indagini contribuisce a disegnare il ruolo di quest'ultima in senso più spiccatamente regolatorio anche nei confronti dell'affidatario del servizio, tentando di ridurre possibili conflitti di interesse.

Quanto alla vigilanza, questa è affidata anche alle autorità nazionali di regolazione ed è incentrata sulle verifiche «sull'adozione, sull'idoneità e sul rispetto della carta dei servizi e sull'effettuazione dei sondaggi e delle indagini di mercato», prevedendo anche la possibilità di adozione di tutte le misure idonee a garantirne il rispetto.

Degna di nota, infine, appare la previsione di armonizzazione della nuova normativa con quella vigente relativa alla tutela dei consumatori, da attuare, però, solo in senso migliorativo per la posizione degli utenti dei servizi pubblici locali.

Si può rilevare, tuttavia, che una simile previsione sembra presupporre una possibilità di individuazione di una figura ed una nozione giuridica di *utente* delimitata dal punto di vista soggettivo e quasi contrapponibile (o sovrapponibile) alla figura del *consumatore*.

Occorre però segnalare che, mentre è rintracciabile nell'ordinamento una nozione di *consumatore*, manca una nozione di carattere generale di *utente* e che la dottrina che si è occupata del tema ha ben messo in guardia circa l'inopportunità della individuazione di una figura generale di *utente*, dovendosi «rispingere l'idea di una necessaria e onnicomprensiva tutela dell'utente e la tentazione di fondare attorno a tale nozione — che non è giuridica, ma descrittiva, addirittura emotiva — una nuova concezione soggettiva del diritto amministrativo: imperniata non più sul pubblico potere, ma al contrario, sul beneficiario delle sue prestazioni»⁴⁸.

Il rischio, insomma, sembra essere quello di cadere in quella «retorica dell'utente»⁴⁹ che la dottrina appena citata ha stigmatizzato, richiamando l'attenzione sulla necessità di affrontare il problema dal punto di vista della regolazione e dei presupposti per il suo intervento caso per caso⁵⁰, rischiandosi, al contrario, di introdurre elementi di rigidità ad effetto anticoncorrenziale.

⁴⁷ Cfr. l'Audizione cit.

⁴⁸ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 176.

⁴⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 161 ss.

⁵⁰ Vale a dire un fallimento del mercato.

Le Autorità Amministrative Indipendenti nell'attuale contesto ordinamentale italiano: origine ed analisi storico-comparatistica del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti *

di Claudio Calafiore

1. Premessa.

La tematica della Autorità Amministrative Indipendenti, che per brevità nel presente scritto definiremo anche A.A.I., viene affrontata fin troppe volte con approcci differenziati che, seppur utili a chiarire singole problematiche, non sempre riescono a dare una panoramica globale della materia sotto ogni aspetto teorico e pratico.

Neanche il presente scritto si pone l'ambizioso e ben difficile obiettivo di essere esaustivo poiché l'impresa risulterebbe pressoché impossibile, tenuto conto anche della complessità e multiformità del fenomeno, ma, ben più modestamente, tenterà di trattare in modo sufficientemente approfondito i principali problemi giuridici esistenti attualmente in materia.

2. La definizione di Autorità Amministrativa Indipendente (A.A.I.).

Con definizione quasi tautologica, ma che, nonostante ciò, potrebbe non essere unanimemente accettata, si definiscono Autorità Amministrative Indipendenti quelle Autorità Amministrative che sono indipendenti dagli organi che esercitano il Potere Esecutivo¹.

Detta definizione può poi essere specificata nel senso che dette Autorità sono caratterizzate, sia dal momento della loro costituzione, che nel momento dell'esecuzione delle loro funzioni, da una indipendenza e neutralità, rispetto al

* Il presente scritto costituisce il primo di una serie di tre articoli nel corso dei quali si analizzerà il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti.

¹ Nella definizione, come si può notare, si indica non «il Potere Esecutivo», ma chi «esercita», formalmente, o materialmente, il Potere Esecutivo, tenuto conto proprio che talora detto potere potrebbe non essere esercitato dal Governo («Potere Esecutivo» per antonomasia) e da altro organismo facente formalmente parte di detto Potere. In tal senso, vedasi: T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1978, p. 195.