

Un sottile filo rosso unisce tra loro i diversi contributi del volume: l'analisi degli schemi giuridici applicati alla buona gestione dei servizi pubblici locali come fattore che incide sullo sviluppo economico e sulla qualità della vita delle persone.

Gli Autori analizzano gli interventi di razionalizzazione adottati per conseguire maggiore efficienza e porre rimedio alla frammentazione del settore nonché il ruolo dell'Autorità di regolazione (AEEGSI), di cui si esamina l'ampliamento delle funzioni (sistema idrico) e l'uso del potere sanzionatorio in chiave premiale, grazie allo strumento degli impegni. La considerazione del giusto procedimento nell'attività dell'Autorità, anche in vista del controllo giurisdizionale, è un'essenziale comparazione con altre esperienze europee completano il quadro ricostruttivo per approfondire criticamente i caratteri del modello italiano e le prospettive strategiche.

Dalle problematiche specifiche, attinenti ai diversi settori, emerge una questione generale: come coniugare le energie imprenditoriali e la garanzia degli interessi pubblici individuati dalla dimensione territoriale di riferimento. Finalità sociali e obblighi di servizio universale sono la rete di sostegno della comunità, ma essa ha bisogno di *successful business* per creare opportunità di vita. La soluzione attualmente prevalente per la gestione di servizi pubblici locali sembra essere lo schema del partenariato pubblico/privato quale strumento di investimento e di crescita economica nel mercato regolato; infatti il partenariato consente la cooperazione tra autorità pubbliche e imprese che mirano a garantire il finanziamento, l'innovazione, la realizzazione e la gestione di infrastrutture nella fornitura dei servizi.

Mario Midiri è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena-Reggio Emilia. È stato Direttore dell'Ufficio legale del Senato e assistente di studio presso la Corte costituzionale. Ha pubblicato per Cedam *La conferma ministeriale* (1988) e *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario* (1999), per Giappichelli *Poteri pubblici e giurisdizione* (2011) e per i nostri tipi *Tutela della concorrenza e giurisdizione* (2013). Tra le pubblicazioni più recenti, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2014.

Sandra Antoniazzi è professore aggregato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Economiche ed Aziendali dell'Università di Cagliari. Ha pubblicato per Giappichelli *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione* (2005), *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa* (2010), *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria* (2013). Tra le pubblicazioni più recenti, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, p. I-II, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2 e n. 3-4/2014.

ISBN 978-88-6342-732-5



9 788863 427325

Euro 20,00

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E REGOLAZIONE
A CURA DI MARIO MIDIRI E SANDRA ANTONIAZZI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E REGOLAZIONE

a cura di

Mario Midiri e Sandra Antoniazzi

EDITORIALE
SCIENTIFICA

TEMI GIURIDICI ED ECONOMICI 2

TEMI GIURIDICI ED ECONOMICI

1. C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, 2015

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E REGOLAZIONE

a cura di
Mario Midiri e Sandra Antoniazzi

Editoriale scientifica
2015

Il presente volume è pubblicato con il contributo di HERA s.p.a. e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena-Reggio Emilia.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl febbraio 2015
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-6342-732-5

INDICE

<i>Presentazione</i>	7
----------------------	---

PARTE PRIMA LE QUESTIONI APERTE

Mario Midiri, <i>Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale</i>	11
Michele Passaro, <i>La strategia del resiliente: le sanzioni della AEEGSI tra illecito "regolatorio" e illecito "comunitario"</i>	37
Enrico Giovannetti, <i>La sostenibilità come benchmark dell'attività regolatoria</i>	69
Stefano Venier, <i>Le prospettive strategiche e gestionali dei servizi pubblici locali in Italia</i>	79
Maria Paola Guerra, <i>Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale</i>	87
Giovanni Barozzi Reggiani, <i>Gli impegni dell'Antitrust e dell'Autorità energia: un raffronto</i>	117
Roberto Calzoni, <i>Spunti sulla funzione di regolazione dell'Anac tra linee guida e segnalazioni</i>	137

PARTE SECONDA LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ E SINDACATO GIURISDIZIONALE

Gian Claudio Spattini, <i>"Tirannide e saggezza". Regolazione e partecipazione nelle Autorità dei pubblici servizi: il caso dell'AEEGSI</i>	159
Lucia Musselli, <i>Regolazione tariffaria dei servizi idrici e prime pronunce del giudice amministrativo</i>	185
Olivia Pini, <i>Garanzie procedimentali e regolazione partecipata come possibili canoni di democraticità delle Autorità indipendenti: l'esempio della AEEGSI</i>	199
Luca Sticchi, <i>Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: una difficile coabitazione. Quis custodiet ipsos custodes</i>	225

PARTE TERZA
ESPERIENZE IN ALTRI ORDINAMENTI EUROPEI

Sandra Antoniazzi, <i>La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act 2014</i>	255
Stefano Manfreda, <i>Servizi di interesse economico generale e Autorità di regolazione in una prospettiva comparata europea</i>	287

Fabio Merusi, <i>Note conclusive</i>	323
<i>Gli Autori</i>	331

Presentazione

Il lettore troverà di seguito i lavori di Autori che hanno diversa formazione ed esperienza, mossi da una comune finalità: individuare le linee evolutive (e i punti di criticità) di un settore, quello dei servizi pubblici locali, importante per la crescita economica e la qualità della vita sociale.

Ambito territoriale dei servizi, calibratura della funzione di regolazione, giusto procedimento nell'attività delle *Authorities*, comparazione con le diverse esperienze europee. Questi i temi principali.

Sono esaminate le innovazioni normative: la direttiva UE sulle concessioni, la legge di stabilità 2015. Specifica attenzione è riservata alla prassi applicativa, con il contributo di studiosi, operatori del diritto, amministratori. Non mancano puntuali riferimenti a recenti riforme in alcuni Paesi europei.

Luci e ombre di quanto sta avvenendo sono tratteggiate infine da Fabio Merusi, cui siamo tutti grati per le note conclusive e per i suggerimenti elargiti in occasione delle attività seminariali che stanno dietro questo volume.

Modena, 4 marzo 2015

I Curatori

PARTE PRIMA

LE QUESTIONI APERTE

MARIO MIDIRI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E SVILUPPO ECONOMICO: LA CORNICE ISTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Le norme proconcorrenziali del 2008-2009. – 2. Il referendum del giugno 2011 e le sue conseguenze. – 3. La normativa “minima” del 2012. – 4. La gabbia amministrativa per gli enti locali: un ripensamento. – 5. Come costruire le gare. – 6. Obblighi di servizio universale, energie imprenditoriali, sviluppo.

1. *Le norme proconcorrenziali del 2008-2009*

Il tema dei servizi pubblici locali è la cartina di tornasole di una difficoltà istituzionale: come innovare – con il concorso dei diversi livelli di governo – un settore vitale per lo sviluppo economico¹.

Per limitare la gestione domestica (attraverso società in mano pubblica) si susseguono, tra il 2008 e il 2012, norme di decreto legge. L'art. 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112² richiama i principi del diritto UE e i requisiti sul *controllo analogo*, di produzione giurisprudenziale, e configura l'affidamento diretto quale deroga.

La regola è la gestione del servizio ad opera di un privato imparzialmente selezionato. Si tutela la concorrenza *per il mercato* – che presuppone condizioni di monopolio legale nella gestione del servizio e, pur non realizzando una liberalizzazione, ha valenza pro-concorrenziale³ –

¹ Sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali come misura per stimolare la concorrenza e la crescita economica, v. la lettera della Banca centrale europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, sottoscritta da Trichet, presidente uscente, e Draghi, presidente *in pectore* (*Corriere della sera*, 29 settembre 2011). Sul peso di tale lettera, v. MIDIRI, *Crisi e questione amministrativa*, in *Quad. cost.*, 2014, 465 ss.

² L'art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, è modificato da d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166, ed è abrogato dal referendum del 12-13 giugno 2011, al cui esito d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

³ La concorrenza per il mercato ha valenza pro-concorrenziale perché assicura, attraverso la gara, la contendibilità periodica della concessione dei pubblici servizi o del ruolo di socio delle società miste. L'impresa aggiudicataria opera come monopolista, ma è privata del potere di mercato perché stretta dalle condizioni di gara e dal risultato del confronto concorrenziale. Sulla distinzione tra *competition for the field* e *competition within the field of service*, H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?* in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55, e prima ancora E. CHADWICK, *Results of Different Principles of Legislation in Europe: of Competition for the Field as Compared with Competition within the Field of Service*, in *Journal of the Statistical Society of*

sempre che non si possa sopprimere ogni privativa⁴.

Debbono sussistere, in primo luogo, i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*: la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Teckal* qualifica l'*in house providing* come fattispecie in cui – sussistendo i requisiti del *controllo analogo*⁵ – non si applicano le regole sui contratti pubblici⁶ e i principi del trattato, nella specie, il divieto di

London, 1859, A22, 381. La periodica gara per il mercato è una formula inferiore di concorrenza; un limitato spazio d'erogazione del servizio, peraltro, non raggiunge la dimensione del mercato rilevante: F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 76 ss.

⁴ L'esclusione del diritto di privativa per la gestione del servizio è elemento cardine della liberalizzazione. La liberalizzazione non esclude che persistano atti di regolazione a salvaguardia dell'universalità e dell'accessibilità del servizio: A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss. Sul carattere obiettivo (e vincolato) di eventuali autorizzazioni ove si realizzi la liberalizzazione del servizio pubblico, Cons. Stato, sez. atti norm., parere 11 giugno 2012, n. 2805, su n. 4717/12 (schema del regolamento d'attuazione dell'art. 4, comma 33-ter, d.l. n. 138/2011). Entra qui in gioco il principio di proporzionalità: Corte giust., sentenze 29 novembre 1956, causa 8/55, *Fédéchar*; 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder*; 13 novembre 1990, causa 331/88, *Fedesa*; 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93 e C-362/93, *Crispoltoni*; 4 ottobre 2004, C-36/02, *OMEGA*. In base alla direttiva 2006/123/CE, in tema di libera circolazione dei servizi, i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione devono essere proporzionati; limitazioni e restrizioni sono ammissibili negli stretti limiti in cui siano necessarie per la tutela dell'interesse pubblico: criterio della *necessarietà* della misura, che si aggiunge a quelli della *idoneità* e della *adeguatezza* della medesima. Sull'effetto di *spill over*, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁵ Il controllo esercitato dall'autorità concedente sull'ente concessionario è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e quest'ultimo realizza la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla: Corte giust. 18 novembre 1999, C 107/98, *Teckal*; 11 gennaio 2005, C 26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*; 13 ottobre 2005, C 458/03, *Parking Brixen*, punto 62; 13 novembre 2008, C 324/07, *Coditel Brabant*, punto 26.

⁶ Corte giust., sentenze *Teckal*, cit., punti 49-50; 11 gennaio 2005, causa C 26/03, *Stadt Halle*; 13 gennaio 2005, C 84/03, *Comm./Spagna*, punto 39, e *Parking Brixen*, cit., n. 61, sulla situazione peculiare dell'autorità che svolge i compiti di interesse pubblico «mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne», che giustifica la mancata applicazione – nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi – del principio di parità di trattamento e delle sue specifiche manifestazioni: divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità; artt. 43 CE e 49 CE. Non lontana da questa impostazione è Corte cost., sent. 4 maggio 2009, n. 148: nel dichiarare infondata la questione di legittimità relativa ai commi 27 e 29 legge 24 dicembre 2007, n. 244, sottolinea che essi rafforzano la distinzione tra l'esercizio della attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l'esercizio di compiti tipici dell'ente) e l'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici, mirando ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto p.a. Si veda anche Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

discriminazione in base alla nazionalità⁷, le libertà di circolazione, di stabilimento, di prestazione dei servizi⁸. L'importante è che il controllo sia effettivo⁹.

L'art. 23 *bis* richiede qualcosa in più: la prova di situazioni eccezionali. L'ente locale che intenda gestire il servizio *in house* deve dimostrare che il contesto territoriale non permette l'efficace ed utile ricorso al mercato. Le determinazioni degli enti locali sono poste sotto il vaglio preventivo, seppur non vincolante, dell'Agcm, che l'art. 21 *bis*, legge 10 ottobre 1990, n. 287 – introdotto dall'art. 35, d.l. n. 201/2011, convertito in l. 214/2011 – dota della legittimazione ad impugnare gli atti che «violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» e dunque anche quelli che dispongono illegittimamente l'affidamento *in house*. L'azione non vale solo per la tutela *ex post* della concorrenza, ma è strumento di garanzia in senso ampio del mercato (promozione della concorrenza)¹⁰.

⁷ Art. 12 TCE = 18 TFUE. Il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni valgono nel caso di affidamento ad un terzo; le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi non si applicano quando l'autorità pubblica utilizzi propri strumenti, senza far ricorso a soggetti esterni (Corte giust., sentenza *Stadt Halle*, punto 48).

⁸ Articoli 18 TCE = 21 TFUE; 43 TCE = 49 TFUE; 49 TCE = 56. I requisiti che legittimano l'*in house* sono di stretta applicazione; segue l'inammissibilità di interpretazioni estensive; l'onere di dimostrare la sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene: oltre alla sentenza *Stadt Halle*, punto 46, Corte giust. 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*, punti 23-26.

⁹ L'accento della Corte di giustizia – sentenze cit. – è sulla deroga alle libertà economiche, ammessa solo se sussistano i requisiti di cui sopra. Conf. Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, sulla gestione *in house* come deroga ai principi del diritto comunitario e in part. alla tutela della concorrenza che qui vale come apertura alla concorrenza, da assicurare anche nell'ambito dei servizi pubblici (Corte giust., 13 settembre 2007, C-260/04; 13 ottobre 2005, C-458/03). V. anche Cons. Stato, II, 18 aprile 2007, n. 456; VI, 3 aprile 2007, n. 1514, che si fondano su Corte giust., 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*.

¹⁰ L'Agcm si è avvalsa dell'ampia formula dell'art. 21 *bis* (tutela della concorrenza e del mercato) per censurare il mancato rispetto delle condizioni *Teckal* sull'affidamento *in house* e anche la violazione delle norme sugli aiuti di Stato (artt. 107 e ss., Trattato), che mirano a tutelare – sottolinea l'Autorità – il corretto funzionamento concorrenziale del mercato interno. Ha contestato (assumendo a parametro il divieto di aiuti di Stato: AS 1017 del 1° febbraio 2013: *Roma capitale - affidamento ad Atac s.p.a. del servizio di trasporto pubblico 2013-2019*) la mancata indicazione degli obblighi di servizio pubblico e del valore delle relative compensazioni, che secondo la giurisprudenza *Altmark* (Corte giust., 24 luglio 2003, C-280/00) deve essere calcolato sulla base dei costi di un'azienda media gestita in modo efficiente, in modo da non superare l'importo corrispondente all'effetto finanziario netto equivalente alla somma delle incidenze, positive o negative, dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico sulle spese o sulle entrate dell'operatore (*infra*, alla nota 78). Il Comune di Roma non ha ottemperato ai rilievi dell'Autorità, che ha fatto ricorso al Tar. Sarà il g.a. a sciogliere i dubbi che sono sorti

Attraverso la promozione della concorrenza si mira a:

- valorizzare la capacità dei soggetti economici: il patrimonio delle competenze imprenditoriali è strumento della crescita economica¹¹;
- rimediare ai casi di mala gestione: non poche società *in house* (soprattutto nel Mezzogiorno, dove il *gap* infrastrutturale da colmare era invero più ampio) non seguono logiche industriali e registrano deficit di *performance*, in part. nei servizi a rete e per la mobilità;
- contrastare la spinta alla *rent extraction* dall'attività delle imprese pubbliche: sullo sfondo, si affaccia la questione degli effetti della proprietà di beni pubblici sulla conformazione delle *élites* politico-amministrative¹².

sulla legittimazione dell'Agcm a impugnare atti amministrativi assumendo a parametro il divieto di aiuti di Stato. La comunicazione della Commissione del 2009 sull'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U. C 85 del 9 aprile 2009, 1, stimola l'attenzione dei giudici nazionali per l'applicazione nei rapporti tra privati della disciplina sugli aiuti di Stato, in part. per le azioni risarcitorie proposte dai terzi che si ritengano lesi da aiuti di Stato illegittimi e le azioni di recupero degli aiuti dichiarati illegittimi. L'Agcm si ritiene legittimata a impugnare sulla base di tale parametro del diritto UE provvedimenti in contrasto con la disciplina sugli aiuti. Ma vi è una difficoltà: la competenza volta a stabilire se un aiuto sia compatibile con la libera concorrenza e con le regole di buon funzionamento del mercato interno è ancorata in capo alla Commissione e non è previsto per gli aiuti un sistema di decentramento delle competenze come quello disciplinato dal regolamento n. 1/2003 a proposito degli illeciti *antitrust*.

¹¹ Sulle valenze dinamiche della tutela della concorrenza per il libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, Cass. civ., III, 8 febbraio 2013, n. 3080 (che richiama Corte cost., sentenze nn. 270 e 45/2010, 160/2009, 430 e 401/2007): il principio concorrenziale conforma l'ordinamento e interagisce con le norme codicistiche sull'autonomia negoziale e sul controllo di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente. Sul mercato quale *luogo di competizione* e al tempo stesso di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207. Sulla potenzialità delle liberalizzazioni di aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati permettendo ad un maggior numero di operatori economici di competere "valorizzando le proprie risorse e competenze", Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200, *diritto*, n. 7.4.

¹² Sulla *rent extraction* da parte degli operatori politici e sul rischio di pratiche clientelari con cattiva gestione del personale e carente conduzione aziendale, D. MÜLLER, *Public Choice III*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2003. Sul *neo patrimonialismo*, G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale*, in *Amministrare*, 2006, n. 1-2, 277: il controllo da parte degli enti locali di società di servizi pubblici che operano sul mercato e che tendono ad acquisire nuovi spazi è strumento di *conquista della proprietà*, utilizzata dalla classe politica per sostenersi, con intreccio di compiti pubblici e attività economiche e possibile l'inquinamento di entrambi i processi. In generale, sul peso degli interessi autoreferenziali, S.N. EISENSTADT, *Paradossi della democrazia: verso democrazie illiberali?* (1999), trad. it., Bologna, Il Mulino, 2002. Sul malfunzionamento delle imprese affidatarie di servizi pubblici in regioni del Mezzogiorno, R. RASSU, G. SAPORITO, *I servizi pubblici nel Mezzogiorno*, in BANCA D'ITALIA, *Mezzogiorno e politiche regionali*, atti del convegno 26-27 febbraio 2009, 383 ss.; ID., *La qualità dei servizi pubblici in Italia* (a cura di F. BRIPI, A. CARMIGNANI, R. GIORDANO), in *Questioni ec.*

Considerato l'assetto delle attribuzioni delineato dal titolo V Cost., il successo di questo disegno richiede una conforme azione amministrativa degli enti locali e soprattutto dei comuni, cui spetta espletare le gare: l'organizzazione dei servizi *di ambito comunale* – ferme le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni – è una loro funzione fondamentale¹³.

Per assicurare l'effettività delle norme che pongono come regola la gara *per* il mercato, la riforma del 2008-09 affidava all'Autorità garante della concorrenza una funzione consultiva obbligatoria¹⁴.

Soffrono di questa stretta amministrativa¹⁵ i comuni, che rivendicano la missione dei servizi pubblici locali, riconosciuta dall'Unione europea come strumento della coesione sociale e territoriale¹⁶. Avvertono come una morsa il vaglio dell'Autorità, che non si accontenta dell'acquisizione di meri preventivi

finanza, n. 84 (2011), 23 ss., in *www.bancaditalia.it*. Motivo di sofferenza delle società in *house* è la politica «sanguinosa» dei dividendi imposta alle società (effetto a sua volta della stretta finanziaria sui bilanci degli enti locali), che deprimono gli investimenti; di qui la spinta ad aggregare le *utilities* – sul modello della tedesca RWE – diluendo le quote di controllo dei comuni.

¹³ Si veda – richiamando le funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lettera p), Cost. – art. 14, comma 27, decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, modificato da art. 19, decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135. L'Agcm, fin dalla relazione annuale sul 2006, in *www.agcm.it*, ha denunciato i vantaggi concessi all'impresa pubblica da atti di imperio comunali o da leggi regionali, ipotizzando revoche o rettifiche provvedimenti su impulso dell'Autorità per rimediare agli squilibri originati dal *factum principis*.

¹⁴ In questa nuova funzione dell'Autorità si intravede una valenza regolatoria: F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra Antitrust e regolazione*, in *20 anni di antitrust*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, Torino, Giappichelli, 2010, II, 775, 795: «L'Autorità potrebbe tentare di rivendicare questo ruolo nei confronti degli enti locali anche al di fuori della specifica ipotesi prevista dall'art. 23 bis».

¹⁵ All'indomani della riforma si rimprovera al legislatore di avere aggravato, con l'art. 23 bis, gli adempimenti procedurali degli enti locali nel caso di affidamenti *in house*, senza alcuna sicurezza di effetti pro-concorrenziali e di accresciuta efficienza: L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'art. 23 bis*, in MCR, 2009, 355, 368.

¹⁶ Art. 14 TFUE, prot. n. 26. Fra i valori dell'Unione rientrano la garanzia di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento, la promozione dell'accesso universale; si riconoscono le esigenze che discendono da situazioni geografiche e sociali diverse: D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale e europeo*, in *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, Giappichelli, 2010, 11 ss. L'art. 14 TFUE, peraltro, fa salvo l'art. 106 (*ex* 86 TCE): gli Stati membri non possono emanare a favore delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme dei trattati; valgono le regole della concorrenza anche per le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della loro missione.

e richiede un vero e proprio invito al mercato¹⁷. Segue una sfilza di pareri contrari¹⁸ di cui è incerto il seguito nella prassi degli enti.

Era dunque prevedibile una reazione contro la riforma, che supera quasi indenne il giudizio di legittimità costituzionale¹⁹, ma non la prova referendaria.

2. Il referendum del giugno 2011 e le sue conseguenze

Il voto del giugno 2011 catalizza diffuse preoccupazioni sulle modalità di gestione del servizio idrico e determina l'integrale abrogazione della riforma del 2008-09. L'attenzione si era invero focalizzata, durante la campagna referendaria, soprattutto sul servizio idrico («l'acqua bene comune»), recependo

¹⁷ Agcm, pareri 3 settembre 2009, 29 aprile 2009, 10 febbraio 2010, 8 luglio 2010, in *www.agcm.it*.

¹⁸ L'ente locale, previa analisi di mercato, deve dimostrare la sussistenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono l'*efficace ed utile* ricorso al mercato: art. 23 *bis*, commi 3 e 4, d.l. n. 112/2008; art. 2, comma 1, d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, regolamento sui SPL di rilevanza economica. Nel corso del 2009, in 64 casi gli enti non sono riusciti a giustificare l'*in house* attestando le caratteristiche del contesto territoriale; in 11 casi non sussistevano i requisiti *Teckal*; in altri 15 mancavano elementi idonei a verificare l'efficacia della deroga, non risultando sufficienti le generiche indicazioni di carattere qualitativo fornite dagli enti. Sempre nel 2009, in altri 4 casi l'Autorità ha negato la possibilità di procedere a un affidamento diretto poiché: *i*) si trattava di un affidamento simultaneo di più servizi, ammissibile ai sensi di legge soltanto previo espletamento di una gara; *ii*) l'affidamento riguardava una società a capitale misto e, pertanto, la gara doveva caratterizzarsi per il c.d. doppio oggetto; *iii*) vigeva un vero e proprio divieto ai sensi del comma 9 (relazione sull'anno 2009, in *www.agcm.it*). Anche nel 2010 il *trend* è negativo: 25 pareri contrari; 3 favorevoli stante l'esito infruttuoso della gara previamente espletata dall'ente locale. In altri casi (15) non sussistevano i presupposti per applicare l'art. 23 *bis* perché non si configuravano SPL di rilevanza economica. In 3 casi, i servizi risultavano «inidonei a incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato». Negativi gli altri pareri resi (*Relazione 2010*, pubblicata come atto parl. XVI leg., doc. XLV n. 4, 229 ss.).

¹⁹ Corte cost., sentenza 17 novembre 2010, n. 325, su ricorso delle regioni, dichiara illegittimo l'art. 23 *bis* nella sola parte in cui rimette alla potestà regolamentare dello Stato l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno: l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze nn. 284 e 237/2009, 267/2006), di competenza legislativa concorrente, e non esclusiva statale per la quale soltanto, ex art. 117, 6° comma, Cost., lo Stato ha potestà regolamentare: sent. n. 325/2010, *diritto*, n. 12.6. La Corte ha rigettato tutte le altre censure. Per il quadro normativo anteriore alla riforma del 2008-09, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.

l'istanza di tutela rafforzata dei beni a proiezione intergenerazionale²⁰. Ma richiesta referendaria è atto privo di motivazione: l'intento referendario si desume dalla finalità incorporata nel quesito, ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza sul quadro normativo di riferimento: L'accoglimento del quesito determina l'abrogazione dell'intero art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008; non rileva l'intento soggettivo del Comitato referendario: così la Corte costituzionale, nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 24²¹.

Ha scarso respiro la reintroduzione di tali norme ad opera del decreto legge di «salvezza finanziaria» 13 agosto 2011, n. 138, il cui art. 4 – tentando di bilanciare i vincoli europei e l'esito del referendum – ripropone la normativa proconcorrenziale con l'importante eccezione del servizio idrico²², limita i diritti di esclusiva e impone agli enti locali di verificare – previo parere dell'Agcm – se sia realizzabile la concorrenza nel mercato²³. La Corte costitu-

²⁰ U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007 e il rapporto della Commissione Rodotà sui beni pubblici, nominata dal Ministro della giustizia il 14 giugno 2007 (e *ivi* la previsione della categoria dei beni comuni come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»). Già nel marzo del 2003, S. Cassese, A. Gambaro, U. Mattei, E. Reviglio, avevano presentato al Ministro dell'economia un memorandum sulla nuova disciplina dei beni pubblici, considerati i punti di criticità della normativa codicistica, su cui V. CERULLI IRELLI, *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. pubbl.*, 1990, 523 ss. Sul nesso di funzionalità dei beni pubblici rispetto al soddisfacimento degli interessi collettivi, Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

²¹ Sono irrilevanti le dichiarazioni rese dai promotori (sentenze nn. 24/2011, 16 e 15/2008, 37/2000, 17/1997). La *ratio* del quesito accolto nel giugno 2011, così obiettivata, era quella di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 *bis*, che limitano rispetto al diritto comunitario le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico), consentendo, di conseguenza, l'applicazione diretta della normativa comunitaria. L'intento referendario si è quindi tradotto – all'esito del voto popolare – nell'abrogazione dell'intera normativa del 2008-09.

²² L'art. 4, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 6 agosto 2011, n. 148, eccettua il servizio idrico assieme alla distribuzione del gas, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale, alla gestione delle farmacie comunali: si veda la rubrica di detto art. 4: «adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea». La Corte cost., sentenze nn. 325/2010 e 24/2011, esclude che l'art. 23 *bis*, comma 2, d.l. n. 112/2008, abbia un contenuto comunitariamente vincolato: «l'abrogazione referendaria non comporterebbe alcun inadempimento degli obblighi comunitari».

²³ L'art. 4, d.l. n. 138/2011, e succ. modificazioni, limita i diritti di esclusiva all'ipotesi in cui l'iniziativa economica privata non garantisca un servizio rispondente ai bisogni della comunità; l'ente locale individua, previa analisi di mercato, i settori sottratti alla liberalizzazione; evidenza in una delibera – sottoposta al parere non vincolante dell'Agcm – i benefici che la comunità locale trarrà mantenendo il regime di esclusiva del servizio; il valore economico del ser-

zionale, investita dalle regioni, infligge un duro colpo al disegno proconcorrenziale: con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, dichiara illegittimo l'art. 4, d.l. n. 138/2011, comprese le modificazioni successive²⁴, perché ripristina e rende addirittura più severa la normativa abrogata, così violando l'art. 75 Cost.²⁵.

La declaratoria d'incostituzionalità colpisce anche la parte dell'art. 4 che promuove la concorrenza nel mercato (comma 1)²⁶ con l'obiettivo di ridefinire i confini della presenza pubblica secondo il nesso di rigorosa strumentalità al fine pubblico perseguito²⁷.

Sull'intero art. 4, nel testo vigente al momento del giudizio, e dunque anche sulla norma suddetta, pesa però la valutazione di elusione del vincolo referendario, non soltanto per la riproposizione di buona parte delle norme abrogate, ma per l'aggravamento dei vincoli posti agli enti locali; aggravamento

vizio *in house* non può comunque superare una rigida soglia di valore, non derogabile (900.000 euro annui, poi abbassati a 200.000). Vengono così aggravati i c.d. requisiti *Teckal*. La Conferenza delle regioni ha osservato nel corso della conversione in legge del d.l. 1/2012 (atto Sen. n. 3110) che il limite di valore per la gestione *in house*, non previsto dal diritto comunitario (e neanche dall'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008), pone una difficoltà costituzionale.

²⁴ L'art. 4, d.l. n. 138/2011 è modificato da l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012), d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2012, n. 214, c.d. salva Italia, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, disposizioni per la concorrenza e la competitività.

²⁵ L'art. 4, d.l. n. 138/2011 non modifica i principi ispiratori della disciplina preesistente ed è "in palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo".

²⁶ Questa norma riprende il testo suggerito dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di regolamento attuativo del vecchio art. 23 *bis* (v. sez. atti normativi, parere 24 maggio 2010, n. 2692/10 su affare 2415/2010): il diritto di esclusiva deve essere motivato all'esito di una istruttoria che illustri, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale. La "preferenza" per la liberalizzazione troverebbe fondamento – secondo il Consiglio di Stato – nel principio di sussidiarietà orizzontale, secondo una indicazione espressa già da A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009, che richiama J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 75 ss.

²⁷ Cons. Stato, ad. plen., 2 maggio 2011, n. 10: è espressione di un principio generale che ha fondamento nell'ordinamento UE la norma di legge che impone specifico divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi *non strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, o di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (art. 3, comma 27, legge n. 244/07), e ciò al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato. Si obietta che il diritto UE serba un atteggiamento di neutralità tra proprietà pubblica o privata delle imprese ed impone soltanto che l'impresa pubblica non goda di ingiustificati privilegi: A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *www.giust.amm.it*. Ma la missione d'interesse generale non può divenire strumento per eludere i principi generali (giurisprudenza della Corte del Lussemburgo cit. *supra*).

non compensato dall'esclusione del servizio idrico. L'art. 4 rende «ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi»²⁸.

La Corte ha forse trascurato che in sede di preliminare analisi di mercato l'ente locale avrebbe potuto concludere la verifica nel senso di mantenere il regime di esclusiva del servizio, senza escludere necessariamente *l'in house*, sussistendone le condizioni; lo stesso parere dell'Agcm sulla delibera quadro dell'ente era obbligatorio, ma non vincolante²⁹. Ci si può dunque chiedere perché la Consulta non abbia esplorato la strada dell'illegittimità costituzionale parziale. Due sono le presumibili ragioni:

a) sul piano formale, la norma sulla concorrenza nel mercato (art. 4, comma 1, d.l. n. 138/2011) ha un antecedente nel comma 10 dell'art. 23 *bis*, lettera g), che pone i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare *ex art.* 17, comma 2, legge 23 agosto 1988, n. 400, e nel conseguente regolamento del 2010³⁰; una volta identificato l'intento referendario nella volontà di abrogare le norme dell'art. 23 *bis* che limitano rispetto al diritto comunitario le ipotesi di

²⁸ Sent. n. 199/2012, *cons. diritto*, n. 5.2.1: l'art. 4, d.l. n. 138/2011 non solo limita l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originario; 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) esclude la possibilità di affidamenti diretti.

²⁹ La legge di stabilità per il 2012, n. 183/2011, integra il testo dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 al fine di realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali attraverso la piena concorrenza nel mercato. Ma il processo di liberalizzazione è subordinato alla garanzia dell'universalità ed accessibilità del servizio. Nella delibera quadro l'ente locale avrebbe potuto evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

³⁰ L'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008, comma 10, lettera g), pone fra i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, il seguente: «limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale». Il regolamento conseguente (d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, art. 2, comma 1) prevede che gli enti locali circoscrivano l'attribuzione di diritti di esclusiva ai soli casi in cui – in base ad un'analisi di mercato – l'iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità; l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio (l'inserimento del comma è proposto dal Cons. Stato, sez. atti normativi, parere 24 maggio 2010 n. 2692: «l'impulso proveniente dall'Unione europea è di favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi pubblici valorizzando, in caso di inefficacia, le istanze più vicine ai cittadini, gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi»).

affidamento diretto (sent. n. 24/2011), anche il comma 1 dell'art. 4, che richiedeva la verifica preliminare sul regime di esclusiva, è travolto dal complessivo giudizio negativo sull'art. 4: esso riproduce «la medesima *ratio* di quella abrogata» e in taluni punti la aggrava;

b) anche sul piano temporale la Corte ravvisa un segno dell'elusione del vincolo referendario (“*a distanza di meno di un mese* dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia”). Giova un'osservazione: il vincolo referendario ha natura negativa ed è limitato nel tempo. Il divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare non preclude affatto al legislatore di intervenire nella materia oggetto di *referendum*; non vi sono, al riguardo, limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata. Nel sindacato di costituzionalità della normativa di ripristino (reputato ammissibile da ord. n. 9/1997, sentenze nn. 468/1990, 32 e 33/1993), la Corte si riserva di ponderare se non si siano verificati, successivamente all'abrogazione referendaria, un mutamento del quadro politico o fatti nuovi tali da giustificare la reintroduzione della normativa abrogata. Esclude che vi siano fatti nuovi, tali da giustificare siffatta reintroduzione.

Ma in questa storia vi era un invitato di pietra: la Banca centrale europea, con la lettera del 5 agosto 2011, di risposta alla richiesta italiana di sostegno sul mercato dei *bond*³¹. L'art. 4, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 ne recepisce le indicazioni pur senza menzionarla nel preambolo (la lettera non è stata comunicata alle Camere). Silente il Governo nel corso del giudizio, si può ritenere che l'emergenza dell'agosto 2011 e le prescrizioni della famosa lettera non hanno determinato, agli occhi del giudice costituzionale, un mutamento del quadro ordinamentale tale da giustificare la riproposizione della normativa abrogata dal referendum.

La sentenza n. 199/2012 censura quella che a molti era apparsa una forzatura – la riproposizione della normativa abrogata dopo soltanto 23 giorni – seppur giustificata dalle travagliate cronache istituzionali e finanziarie dell'agosto 2011. Ma il divieto di ripristino è un vincolo necessariamente delimitato, in ragione del suo carattere negativo³². La Corte rivendica un potere

³¹ Le misure richieste dalla Bce nella lettera del 5 agosto 2011 – tra cui la “piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali attraverso privatizzazioni su larga scala” – condizionavano il rinnovo degli interventi di sostegno sul mercato dei *bond*.

³² V. sul punto M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. Foro it., 2005, il quale sottolinea che l'abrogazione è il precipitato di considerazioni di mera opportunità, la cui mutevolezza mal si concilia con la rigida fissazione di rigidi limiti giuridici.

di apprezzamento in base ai dati offerti dallo sviluppo ordinamentale in cui l'abrogazione viene a collocarsi. Come ricorda in altra sentenza, nell'organizzazione costituzionale non vi sono luoghi o sedi in cui la sovranità popolare abbia ad insediarsi esaurendovisi (Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106).

3. La normativa "minima" del 2012

Dopo la sentenza n. 199/2012 sono applicabili, nel loro svolgimento giurisprudenziale, i principi comunitari che pongono le regole concorrenziali minime per l'affidamento della gestione del servizio (Corte cost., sentenze nn. 24 e 320/2011). Sono le corti a distillare requisiti concreti e vicini all'esperienza pratica, tali da aumentare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie³³.

Cosa resta a livello di legislazione di settore?

Vi è l'art. 3 *bis*, d.l. n. 138/11, inserito da art. 25, d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012, sulla riorganizzazione dei spl a rete in ambiti o bacini territoriali ottimali, volta a conseguire economie di scala e di differenziazione³⁴. È caduta la norma, collegata alla ridefinizione dei bacini territoriali, che ammet-

³³ Sul concetto di controllo analogo la Corte del Lussemburgo ha svolto un'opera preziosa per salvaguardare l'effettività del diritto europeo senza compromettere le specificità ordinamentali degli Stati membri: C. JENNERT, *Das Urteil Parking Brixen*, in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau) 2005, 625 s., a commento della sentenza *Parking Brixen*. Sulla elaborazione di questi principi v. le *Conclusioni* dell'Avvocato generale nella causa C 324/07, *Coditel Brabant*.

³⁴ La definizione di ambiti o bacini territoriali ottimali assicura affidamenti con gara più efficienti (si estende il perimetro del mercato). Non sempre la dimensione comunale configura infatti una dimensione di mercato: non è detto che la sfera in cui si muovono i poteri comunali (si pensi alla frammentazione del nostro assetto comunale) costituisca un'area nella quale le imprese possano agire in concorrenza. La mediazione raggiunta in sede di conversione del d.l. n. 1/2012 (legge n. 27/2012) consente alle regioni di individuare bacini di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza (art. 3 *bis*, d.l. n. 138/2011, conv. in l. 148/2011, *ivi* inserito dal d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012). Gli enti che costituiscono tali ambiti o bacini acquisiscono un elemento di virtuosità ai fini del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 20, comma 2, decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111. Sul mercato rilevante come discrimine per l'applicazione dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento, v. le *Conclusioni* dell'Avv. gen. Stix-Hackl nella causa C-532/03, *Comm./Irlanda* (14 settembre 2006) dove, richiamata la giurisprudenza *Coname*, si pone l'onere della prova a carico della Commissione. La Corte, grande sezione, 18 dicembre 2007, causa cit., ha respinto il ricorso della Commissione: la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi non implica che le prestazioni dei servizi stessi rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici soggetta alle norme del Trattato; la Commissione non si può basare su presunzioni.

teva in via transitoria l'affidamento *in house* a società sorta dall'integrazione di preesistenti gestioni³⁵.

In questa situazione – che non è propriamente di vuoto, ma di rarefazione normativa – il decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, art. 34, introduce tre disposizioni:

a) la pubblicità e l'obbligo di motivazione delle decisioni assunte degli Enti locali;

b) un termine certo per la scadenza degli affidamenti in atto;

c) lo svolgimento di gare d'ambito per la gestione dei servizi pubblici a rete.

a) La sentenza n. 199/2012 non esime dal rispetto dei requisiti *Teckal*. Il decreto-legge esplicita l'obbligo di motivare la scelta operata per garantire adeguata informazione alla collettività, indicando gli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, nonché le compensazioni economiche, se previste. Si è mossa l'obiezione che, in tale modo, riemerge un trattamento giuridico di sospetto nei confronti dell'*in house*, mentre non vi è onere di motivazione per la decisione di indire la gara per l'affidamento del servizio. Ma si è visto che la giurisprudenza europea qualifica l'*in house providing* come fattispecie di stretta interpretazione. Posto che il vincolo comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile, il legislatore nazionale può introdurre oneri e vincoli ulteriori sulle modalità di tale affidamento – e quindi specifici obblighi di motivazione – al fine di favorire l'assetto concorrenziale (Corte cost., sentenza n. 325/2010).

b) Per innescare un processo di trasparenza e di controllo diffuso, l'art. 34, d.l. n. 179/2012 obbliga gli enti locali ad inserire nel contratto di servizio – e negli altri atti che regolano il rapporto – un termine di scadenza, ove esso non risulti già da detti atti. Il fine della norma è chiaro: si vuole scoraggiare una proroga a tempo indeterminato e le proroghe tacite. È prevista, come sanzione in caso di comportamenti omissivi, la cessazione dell'affidamento³⁶.

c) Si è già detto dell'art. 3 *bis*, d.l. n. 138/2011, che richiede la gestione in ambiti o bacini territoriali ottimali dei SPL in rete, in nome di esigenze di efficienza ed economicità del servizio. Tutte le funzioni di organizzazione – e

³⁵ Art. 25, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, che modifica art. 4, comma 32, d.l. n. 138/2011. Si intendeva favorire il passaggio a nuovi aggregati industriali, in grado di assicurare maggiore efficienza gestionale in un mercato allargato e di affrontare le future gare d'ambito una volta realizzata la liberalizzazione: C. PASSERA, ministro dello sviluppo economico, *Repubblica*, 7 febbraio 2012.

³⁶ Il termine di cui all'art. 34, comma 21, d.l. 179/2012, conv. in l. 17.12.2012, n. 221, è stato prorogato al 31 dicembre 2014 dal d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in l. 27 febbraio 2014, n. 15, c.d. "mille proroghe".

quindi anche la scelta della forma di gestione e il relativo affidamento, nonché la determinazione delle tariffe – sono esercitate dagli enti di governo degli ambiti o bacini ottimali, cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente; in caso di inerzia interviene in via sostitutiva la regione³⁷.

Chi tende a vedere il bicchiere mezzo vuoto, arriverà alla conclusione che si tratta di un intervento veramente minimo: lo sforzo ambizioso che era stato perseguito per promuovere la concorrenza *nel* mercato, liberalizzando ove possibile (e restringendo di conseguenza le riserve di esclusiva) non trova riscontro nelle norme che abbiamo esposto. E non va trascurata la deroga per gli affidamenti diretti alle società a partecipazione pubblica, assentiti alla data del 1° ottobre 2003, che risultino quotati in Borsa a tale data. Detti affidamenti cessano fisiologicamente alla scadenza prevista nel contratto di servizio e – se non è fissata scadenza – al 31 dicembre 2020. Prosegue così la tendenza legislativa a porre un trattamento speciale per le società quotate: ma sul fondamento di questo indirizzo bisognerebbe riflettere, e verificare se l'essere quotati in Borsa (e dunque contendibili) giustifichi – e fino a che punto – la deroga.

Realisticamente non si poteva chiedere di più da un intervento d'urgenza, fin quando non vi pongano le basi per una rinnovata cooperazione tra Stato, regioni ed enti locali che eviti nuovo contenzioso e consenta un'adeguata ponderazione degli interessi in gioco.

4. *La gabbia amministrativa per gli enti locali: un ripensamento*

Il referendum del 2011 ha interrotto l'indirizzo legislativo affermatosi a partire dal 2001 con il divieto di gestione diretta del servizio mediante azienda speciale o in economia³⁸ e ha riaperto il dibattito sulle ragioni ispiratrici della

³⁷ Secondo quanto precisato dall'art. 1, commi 609 ss., legge 23.12.2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che introduce modifiche all'art. 3-*bis* d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 (l'art. 3-*bis* è introdotto dall'art. 25, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27).

³⁸ Artt. 35, comma 8, legge 28 dicembre 2001, n. 448, e 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, modificativo dell'art. 113 testo unico enti locali. Su tale indirizzo e sulla sua continuità, prima del referendum, Corte cost., sent. n. 325/2010. Si è ipotizzata l'abrogazione implicita del divieto della gestione diretta per effetto del referendum, che avrebbe mutato il contesto normativo; tuttavia gli artt. 35, comma 8, l. n. 448/01 e 14, d.l. n. 269/03 non sono stati inclusi nel quesito e non sono oggetto dell'abrogazione referendaria. Altri prospettano un regime speciale per il servizio idrico argomentando dalla *ratio* politico-istituzionale del referendum; ma per la Corte sono irrilevanti le dichiarazioni rese dai promotori; l'intento referendario si desume dalla finalità incorporata nel quesito, obiettivamente ricava-

rimodifica del 2008-09 e della sua riedizione del 2011 (art. 4, decreto legge n. 138), che così possono riassumersi:

a) un modello tendenzialmente universale, valevole – salvo eccezioni – per tutti i SPL di rilevanza economica³⁹;

b) l'imposizione di adempimenti amministrativi a carico degli enti locali, con l'ulteriore rigidità di una soglia di valore per l'*in house providing*, non richiesta dal diritto UE⁴⁰;

c) il ruolo di monitoraggio dell'Agcm, titolare di una funzione consultiva preventiva, benché non vincolante, e del potere d'impugnativa innanzi al g.a. ex art. 35, decreto legge n. 201/2011, introduttivo dell'art. 21 *bis*, legge n. 287/1990 (e qui compare il giudice amministrativo quale organo di chiusura per dare tutela effettiva al principio concorrenziale).

Erano emersi dubbi – già prima del referendum – su questa stretta amministrativa⁴¹.

bile in base alla sua formulazione ed all'incidenza sul quadro normativo (Corte cost., sentenze nn. 24/2011, 16 e 15/2008, 37/2000, 17/1997). Dopo il referendum è riemersa – per la gestione del servizio idrico – la figura dell'azienda speciale (Napoli: azienda Abc, Acqua bene comune), con i problemi messi in luce da G. CAIA, *Affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 02, 663. Dopo il referendum, la Corte cost. ha dichiarato illegittima la legge della regione Puglia che costituiva l'azienda Acquedotto pugliese, ad essa trasferendo il personale della s.p.a. Acquedotto pugliese, per violazione della riserva di competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie dell'ordinamento civile e della tutela della concorrenza e dell'ambiente: sent. 21 marzo 2012, n. 62, *diritto*, n. 4, che richiama le sentenze nn. 187/2011, 128/2011, 325/2010, 142/2010, 307/2009, 246/2009.

³⁹ Ma con le eccezioni già richiamate: il servizio idrico assieme alla distribuzione del gas, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale, alla gestione delle farmacie comunali (art. 4, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011).

⁴⁰ Per una ricognizione di quanto è comunitariamente vincolante in questo ambito, Corte cost., sentenza n. 325/2010.

⁴¹ L'indirizzo legislativo teso a contrastare il ricorso all'*in house* e a favorire il processo di liberalizzazione è stato però avallato da Corte cost. n. 325/2010. Scettico sulla effettiva capacità proconcorrenziale dell'art. 23 *bis* è ARNAUDO, *Servizi pubblici, antitrust*, cit. Sulla sent. 325/2010 convergono le critiche di E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, n. 1, 143, 173 ss. e di A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni sulla sent. 325/10*, in *www.rivistaaic.it*: per il primo, la sent. n. 325 non è sorretta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'*in house*; per il secondo, l'art. 23 *bis* non lascia margine al *regime dell'eccezione* che è parte sostanziale del modello delineato dall'art. 106, comma 2, TFUE; la sent. 325 ignora la *preemption* comunitaria e il suo effetto preclusivo bidirezionale. Può obiettarsi che la *preemption* vale nel solo caso in cui la norma comunitaria esaurisce l'area di intervento normativo con regole esaustive, che precludono qualsiasi intervento statale: Corte giust. 8 settembre 2009, C 478/07. Ora, l'art. 106, comma 2, TFUE e il protocollo n. 26 non pongono una disciplina esaustiva, ma prefigurano un bilanciamento degli interessi rilevanti che non si esaurisce una volta per tutte. La Corte, nella sent.

L'imposizione di una "gabbia procedurale" per le determinazioni organizzative degli enti locali rende difficile la considerazione delle peculiarità situazionali. Il timore è che l'enfasi sulle forme competitive di affidamento ponga in ombra la garanzia dei destinatari dei servizi⁴², che è il vero motivo conduttore della vicenda referendaria del 2011.

Nell'attuazione dell'art. 23 *bis* era affiorato, invero, un divario allarmante tra il disegno riformatore e la prassi, spia di una difficoltà di parte del sistema locale ad attuare il disegno proconcorrenziale. È significativo che i pareri espressi dall'Agcm in base all'abrogato art. 23 *bis* siano quasi tutti negativi. Si è rivelata impegnativa, in particolare, la previsione relativa all'espletamento dell'analisi di mercato sulle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono l'efficace ed utile ricorso al mercato. Non meno faticosa si sarebbe rivelata per gli enti locali di piccole dimensioni la norma volta a promuovere la concorrenza nel mercato (art. 4, comma 1, d.l. n. 138/2011).

Pesano le difficoltà operative degli enti locali e l'instabilità normativa.

Per le prime, è in atto un processo per superare la frammentazione comunale: dopo la normativa introdotta con i decreti legge del periodo 2010-2012⁴³, la legge 7 aprile 2014, n. 56 (art. 1, commi 105 ss.) modifica la disciplina delle

325, riconosce che la disciplina dei SIEG e quella interna dei SPL divergono sulle condizioni per l'affidamento diretto *in house*, essendo le norme introdotte dell'art. 23 *bis* più rigorose (F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1073 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto UE*, Milano, Giuffrè, 2010 e R. CARANTA, *Il diritto UE sui SIEG*, in *Le Regioni*, 2011, 1175 ss.), ma esclude che questo scostamento determini una incompatibilità con il diritto UE, il quale consente – ma non impone – agli Stati membri la gestione diretta, fermo in ogni caso il rispetto delle condizioni *Teckal*; lo Stato italiano – conclude la Corte – ha usufruito del margine di scelta per vietare, di regola, la gestione diretta dei SPL.

⁴² M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi*, cit., 127, 139. Sulla rilevanza dei servizi d'interesse economico generale ai fini della coesione sociale, v. art. 14 TFUE e protocollo n. 26 sui servizi d'interesse generale. In generale, E. OSTROM, *The Challenge of Common-Pool Resources*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 2008, 50, 4, 8 ss.; ID., *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, in *Am. ec. rev.*, 2010, 100, 3, 641 ss.

⁴³ Sull'unione coattiva con unificazione degli esecutivi v. l'art. 16, d.l. 138/2011, che lascia aperta la strada della convenzione solo con il *placet* del Ministero dell'interno; i comuni tra 1000 e 5000 abitanti hanno libertà di scelta tra l'unione e la convenzione; art. 14, commi 25-31, d.l. n. 78/2010, convertito in l. 122/2010, modificato da d.l. 138/2011; art. 19, d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012, c.d. *spending review*, novella parzialmente l'art. 16, d.l. n. 138/2011, sull'esercizio in forma associata dei SPL o mediante unione dei comuni o mediante convenzione ai sensi dell'art. 30 Tuel. La legge n. 56/2014, art. 1, comma 104, ha abrogato i commi 4, 5 e 6 dell'art. 19 del decreto-legge n. 95/2012, e i commi da 1 a 13 dell'art. 16 del decreto-legge n. 138/2011: v. la nota che segue.

formule associative per la gestione congiunta e rivede l'unione dei comuni, anticipando sul piano funzionale un processo evolutivo che dovrebbe consentire il passaggio dall'associazione alla fusione⁴⁴.

Quanto all'instabilità della disciplina in tema di servizi pubblici locali⁴⁵, la sentenza n. 199/2012 porta ad una pausa nel vortice di aggiustamenti normativi degli ultimi anni, e suggerisce di sperimentare diversi e concorrenti strumenti al fine di aumentare il grado di trasparenza e l'assunzione di responsabilità da parte dei diversi attori istituzionali⁴⁶.

Vi è, innanzitutto, la responsabilità politica degli amministratori locali: per funzionare, ha però bisogno della trasparenza delle scelte organizzative e del riscontro dei risultati della gestione. È utile – ma non sufficiente – l'obbligo previsto dalla normativa del 2012 di motivare le determinazioni sulle modalità di gestione dei SPL, specificando gli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale e le compensazioni economiche⁴⁷. Vi è poi il pericolo dei conflitti di interesse: la responsabilità politica degli amministratori di per sé non li previene. Anche la giurisprudenza conferma gli effetti a danno degli utenti provocati dalla commistione di ruoli⁴⁸. A ragione si insiste quindi sulla qualità del-

⁴⁴ Com'è noto, la legge n. 56/2014 interviene anche sul livello istituzionale di "area vasta" (città metropolitane, istituite dalla legge stessa; trasformazione della provincia in ente di secondo grado), dopo che la normativa di riforma del biennio 2012-2013 è stata annullata dalla sentenza della Corte cost. n. 220/2013: v. su questo M.P. GUERRA, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale*, in questo volume, *infra*.

⁴⁵ Un allarme sull'instabilità della disciplina dei SPL già in F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990. Sul diritto amministrativo di breve durata, Y. GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'ALBERTI, Bologna, Il Mulino, 2010, 115, 134 ss., sulle *lois expérimentales* e sull'uso della legge come *instrument de communication politique*. Richiamano l'attenzione sui costi per gli operatori economici delle norme "che vivono soltanto sui giornali", M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in *Quad. cost.*, 2010, 817.

⁴⁶ Un assestamento della prassi ridurrebbe le tensioni ancora in atto e potrebbe favorire l'adozione di norme proconcorrenziali per singoli settori su cui Agcm, segnalazione 2 ottobre 2012, AS 988, e il rapporto della Commissione presidenziale sulle riforme dell'aprile 2013, cit.

⁴⁷ Art. 34, d.l. n. 179/2012: *supra*, par. 3.

⁴⁸ Si veda ad es. Cons. Stato, VI, 27 ottobre 2011, n. 5788, che riforma TAR Toscana, II, n. 6863/10. Il Tar aveva negato al CO.VI.RI. (Comitato vigilanza risorse idriche) il potere di impartire prescrizioni nell'esercizio della funzione di controllo *ex art.* 161 d.lgs. n. 152/06. Questa la vicenda: l'Autorità di ambito riconosce al gestore una somma a titolo transattivo imputandolo a tariffa; il Comitato dispone che l'A.A.T.O. recuperi detta somma perché il concetto di servizio idrico integrato ricomprende le attività necessarie al trasferimento della risorsa idrica dal luogo di captazione all'utente e ogni altra attività tecnica, gestionale e amministrativa che renda fruibile il servizio; le attività oggetto di transazione già rientravano nel s.i.i. e al gestore non andava riconosciuto – a danno dell'utenza – alcun margine di guadagno ulteriore a quanto stabilito dal metodo normalizzato. Il Consiglio di Stato sottolinea che vi è un conflitto d'interessi immanen-

la regolazione in tutti i servizi pubblici locali⁴⁹.

Un compito delicato spetta in questa fase all'Autorità garante della concorrenza. Essa può far uso dei suoi poteri – contestando ad es. l'abuso di posizione dominante – per delimitare in senso restrittivo il perimetro della privativa comunale, garantendo la liberalizzazione anche di singoli segmenti di mercato⁵⁰. È agevolata dalle denunce che le trasmettono i privati per sollecitare l'apertura di un'istruttoria⁵¹.

Frequente è l'esercizio da parte dell'Autorità del potere di segnalazione nei confronti degli enti locali, richiamati al rispetto dei requisiti *Teckal* e degli obblighi di trasparenza e di motivazione espressamente posti dalla normativa del 2012⁵². Si è pure ventilata la possibilità di ravvisare una responsabilità per illeciti antitrust dell'ente che controlla la società *in house* (abuso di posizione dominante; intese tra gli enti locali controllanti): si fa leva sul carattere economico dell'attività per cercare di superare il diaframma giuridico tra il soggetto pubblico controllante e la società *in house*⁵³.

te: le parti dell'atto transattivo sono controllate dagli stessi enti territoriali comunali; l'astrattezza della causa giuridica connotante le attribuzioni patrimoniali scaturenti da un accordo transattivo «rende difficile verificare la natura reale – anziché fittizia (o parzialmente fittizia) – di una vertenza dichiarata, non ancora formalizzata».

⁴⁹ Sul rischio di cattura del regolatore, BANCA D'ITALIA, *La qualità dei servizi pubblici locali*, paper, gennaio 2012, n. 84; F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA, a cura di, *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, ed. Sole 24-Ore, 2002.

⁵⁰ V., ad es., l'atto di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, l. n. 287/1990, A444, del 12 dicembre 2012, e le segnalazioni AS550 del 1° luglio 2009, AS 696 del 26 maggio 2010, AS879 del 15 settembre 2011, sui limiti della privativa dei comuni nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani, che l'Agcm nega possa estendersi al recupero dei rifiuti solidi urbani e assimilati; così è interpretato l'art. 198, comma 1, d.lg. n. 152/2006 (testo unico ambientale).

⁵¹ Non si trascuri l'impatto dei poteri ispettivi dell'Autorità, esercitati attraverso il Nucleo speciale tutela dei mercati della Guardia di finanza: artt. 10, comma 4, 14, comma 3, l. n. 287/1990, art. 54, comma 4, l. n. 52/1996, art. 3, d.lg. n. 68/2001. Di rilievo anche le richieste di partecipazione al procedimento di imprese diverse da quella che ha fatto la segnalazione iniziale. L'arricchimento del procedimento istruttorio può allungare i tempi della decisione finale, ma arricchisce certamente il numero e l'attendibilità delle informazioni acquisite e sorregge la decisione in caso di impugnazione innanzi al g.a.

⁵² V. Agcm, 25 ottobre 2013, AS1092, *Monza e Brianza, servizio idrico integrato secondo il modello in house*, in www.agcm.it.

⁵³ La responsabilità antitrust è delle imprese. Ma si osserva che la nozione d'impresa è funzionale, si correla alla natura delle attività svolte ed è indifferente a quella dell'operatore. Essendo basilare il profilo economico delle attività, è possibile sfilare attività d'impresa da un *bundle* di competenze di una autorità pubblica per ascrivervi specifiche responsabilità antitrust (Corte giust., dalla causa *Höfner a Selex*). Nel caso di gestione di SPL posta in essere da società interamente controllata dall'ente locale, l'attività d'impresa sarebbe da ricondurre non alla società strumentale, bensì direttamente al controllante pubblico: ARNAUDO, *I servizi pubblici*, cit., 368 ss.

Con prudenza, l'Agcm ha esercitato infine il potere d'azione *ex art. 21 bis*, legge n. 287/1990⁵⁴: ha impugnato atti di affidamento diretto carenti dei requisiti *Teckal*, utilizzando l'ampia formula dell'*art. 21 bis* – «violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato» – per censurare la mancata indicazione degli obblighi di servizio pubblico e del valore delle relative compensazioni⁵⁵.

In un contesto ordinamentale che interiorizza come principio costituzionale la tutela della concorrenza e salvaguarda al tempo stesso il principio di coesione, questi strumenti – coniugandosi con l'azione svolta dal regolatore di settore⁵⁶ – possono delineare una posizione di responsabilità dell'ente locale.

Riconoscere uno spazio di autodeterminazione dell'amministrazione per le modalità di fornitura del servizio (e la scelta del gestore) non esclude quindi la previsione di rimedi ed anche di sanzioni in caso di violazione dei principi a

⁵⁴ V. le relazione annuali dell'Agcm 26 giugno 2012 e 18 giugno 2013, in *www.agcm.it*. Nel corso del 2012 ha emesso 18 pareri ed ha promosso soltanto 4 ricorsi dinanzi al g.a., ai sensi dell'*art. 21 bis*. Interessante anche il seguito dato alle segnalazioni dell'Agcm su leggi regionali anticoncorrenziali (art. 4, d.l. n. 1/2012): nel 2012 sono stati resi al Presidente del Consiglio 18 pareri su leggi regionali sospettate d'incostituzionalità. La sent. n. 27/2013 è la prima pronuncia d'incostituzionalità di una legge regionale, di cui l'Autorità aveva suggerito un anno prima l'impugnativa. Inquadra il nuovo potere d'azione nella composita serie di attribuzioni dell'Autorità, Corte cost., sent. n. 20/2013: l'*art. 21 bis* non introduce un nuovo controllo di legittimità; conferisce un potere il quale si ricollega a quelli conoscitivi, consultivi e di segnalazione di cui agli artt. 21 ss., legge n. 287/1990. Sulla sent. 20/2013 v, se si vuole, MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2013, 342.

⁵⁵ Agcm, 1 febbraio 2013, AS 1017 (*Atac*). Ma qui sorge la difficoltà che la competenza volta a stabilire se un aiuto sia compatibile con la libera concorrenza e con le regole di buon funzionamento del mercato interno è ancorata in capo alla Commissione e non è previsto per gli aiuti un sistema di decentramento delle competenze come quello disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003 a proposito degli illeciti *antitrust*; sulla problematica ammissibilità di un motivo di ricorso per violazione del divieto di aiuti di Stato di cui all'*art. 107* e ss. trattato v. *supra*.

⁵⁶ Sul rafforzamento delle attribuzioni dell'Autorità energia, ora estese alla regolazione del servizio idrico, art. 21 (*soppressione enti e organismi*), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214. Per il servizio idrico si è in un primo tempo istituita un'Agenzia nazionale volta a garantire l'osservanza dei principi del d.lg. n. 152/2006 (art. 10, comma 11, d.l. n. 70/2011, convertito in l. n. 106/2011), al posto della Commissione per la vigilanza sulle risorse idriche (art. 161, d.lg. n. 152/2006). L'*art. 21*, d.l. n. 201/2011, sopprime la neonata Agenzia trasferendo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo del servizio idrico, esercitate con i poteri attribuiti dalla legge n. 481/95; funzioni individuate con dPCM su proposta del Ministro dell'ambiente. Gli enti incorporanti le funzioni dell'agenzia soppressa sono due: l'Autorità energia e il Ministero dell'ambiente, che mantiene una funzione di coordinamento preliminare alla definizione dei costi: dPCM. 20 luglio 2012. Questo assetto organizzatorio a più d'uno appare barocco: la duplicazione di soggetti potrebbe complicare i processi decisionali.

tutela della concorrenza, di inadempimenti nei rapporti con gli utenti o di accertata insostenibilità economica del servizio.

Un ruolo di chiusura sarà assolto dal giudice amministrativo, chiamato al delicato bilanciamento tra libertà economiche e missione d'interesse generale⁵⁷. Vi è il rischio che il g.a. si trovi sospinto nella posizione impropria di arbitro tra interessi pubblici contrapposti⁵⁸. Si pensi a come si è conclusa la discussione parlamentare sul servizio taxi comunale, affidando l'ultima parola al g.a., adito dall'Autorità per i trasporti, sull'adequazione della disciplina comunale (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) rispetto alle esigenze dei contesti urbani⁵⁹. Gli sviluppi della giurisprudenza amministrativa, che sono alla base del

⁵⁷ Sulle operazioni di bilanciamento nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, v. , di recente, le sentenze *Sea* e *Coditel Brabant* (Corte giust., 10 settembre 2009, C-573/07; 13 novembre 2008, C-324/07) che riconoscono il valore istituzionale della cooperazione – e degli accordi – tra autorità pubbliche, senza che vi sia *bisogno* di creare un nuovo soggetto giuridico: il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica (quale un organismo di diritto pubblico) per svolgere in comune le funzioni di servizio pubblico. Tuttavia la cooperazione tra autorità pubbliche non può mettere in questione la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza in tutti gli Stati membri: Corte giust., grande sez., 9 giugno 2009, C-480/06, *Comm. c. Germania*, punti 45 ss.; v. anche la giurisprudenza cit. sulla distinzione tra *aiuti di Stato* e *compensazioni*. In generale, sulla valutazione della proporzionalità delle misure amministrative con le quali i pubblici poteri regolano i mercati, e sul rilievo assunto dal giudice amministrativo nell'opera di bilanciamento tra libertà economiche e interessi pubblici, M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Mulino, 2008.

⁵⁸ Attraverso il sindacato sull'eccesso di potere il g.a. potrebbe spingersi sulla soglia del merito: M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, 115, il quale propende per sedi non giurisdizionali titolate a risolvere i conflitti tra autorità amministrative (e fa l'esempio di un'impugnazione dell'Antitrust contro atti di autorità di regolazione come l'ISVAP o la Banca d'Italia).

⁵⁹ Art. 36, d.l. n. 1/2012, modificativo dell'art. 37, d.l. n. 201/2011, lettere *m*), *n*): i comuni e le regioni nell'ambito delle proprie competenze, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti, adeguano il servizio dei taxi (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) alle esigenze dei contesti urbani, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, garantendo il diritto di mobilità degli utenti; l'Autorità può ricorrere al Tar Lazio. È aperto il dibattito sulla ricaduta di dette innovazioni legislative e sulla emersione, che esse rivelerebbero, di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo a tutela di interessi generali primari (non soltanto la concorrenza, ma anche l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione a ricorrere (cfr. F. CINTIOLI e M.A. SANDULLI, relazioni al convegno *Il potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm*, Roma, 31 maggio 2012, e R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2012). La premessa di queste considerazioni è l'esistenza di lacune nella garanzia di giustizia nell'azione amministrativa dopo l'abolizione dei controlli amministrativi sugli atti degli enti territoriali minori e sugli atti amministrativi statali, che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile. Si rileva l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati: G.

nuovo Codice del processo⁶⁰, fanno invero da contrappeso al temuto prevalere di una considerazione strumentale del diritto – e del giudice che lo applica – come «massimizzatore» del bene protetto, anziché come sede istituzionale per la soluzione dei conflitti intersoggettivi⁶¹.

5. Come costruire le gare

Si scelga la strada del regime concorrenziale o, motivando, l'*in house providing*, sono indispensabili regole chiare sulla gestione e sul regime contrattuale, per evitare nel corso del rapporto con l'affidatario rinegoziazioni «alla cieca»⁶².

GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit del sindacato di legittimità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 705 ss. Echi di queste riflessioni si rinvencono nella giurisprudenza amministrativa. Tar Lazio, n. 2720/13, esclude che l'art. 21 *bis* introduca una ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, che porrebbe problemi di compatibilità con l'art 103 Cost. Il legislatore ha conferito all'Agcm un potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate. L'interesse sostanziale, alla cui tutela è finalizzato detto potere d'azione, è il corretto funzionamento del mercato, luogo nel quale trova esplicazione la libertà economica privata.

⁶⁰ Prende posizione sul carattere del processo amministrativo quale *giurisdizione soggettiva* la relazione finale al Codice (luglio 2010): *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, Dike, 2010, 1845; *Commento al Codice del processo amministrativo*, a cura di G. LEONE, L. MARUOTTI e C. SALTELLI, Padova, Cedam, 2010, 909. Sulla sincronizzazione del meccanismo di tutela con i caratteri della posizione soggettiva lesa, Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15: il giudizio amministrativo è «giudizio sul rapporto regolato dall'atto amministrativo»; mira a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, fatta salva la non sostituibilità delle attività discrezionali riservate alla p.a. È disattesa l'indicazione della Commissione affari cost. Senato, parere 16 giugno 2010 sullo schema del Codice del processo amministrativo, atto del Governo n. 212, volta ad integrare l'art. 120 CPA conferendo all'Autorità di vigilanza sui contratti e lavori pubblici la legittimazione a impugnare gli atti illegittimi delle procedure di appalto, perché siffatta legittimazione avrebbe comportato «la surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, incompatibile con la natura strutturale di quest'ultimo che è di giurisdizione soggettiva»: relazione al Codice cit.

⁶¹ Sulla tutela piena ed efficace della pretesa sostanziale del ricorrente e sul cambio di paradigma che ne consegue, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (2007), trad. it., Milano, Giuffrè, 2010. Sulla composizione in sede giudiziaria del conflitto fra portatori di interessi divergenti, L. FISHER, *Constitutional Dialogues. Interpretation as political Process*, Princeton, 1988, 36 ss., 229; J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*², Glasgow, Fontana, 1981; J. BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, 1983; V. DENTI, *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, 173 ss. Sull'accezione strumentale del diritto come «massimizzatore di qualcosa», F. DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori: due fini confliggenti?* in MCR, 2009, 389.

⁶² Autorità contratti e LL.PP., segnalazione 3 giugno 2010. Sul nodo delle regole di gestio-

Non basta postulare con norma di principio la concorrenza *for the field*. Affinché questa abbia successo, è necessario un adeguato disegno delle condizioni di gara e delle clausole contrattuali⁶³. Compito impegnativo se il servizio è complesso e quando siano da definire congiuntamente la gestione corrente del servizio e gli aspetti legati agli investimenti infrastrutturali⁶⁴.

Se il bando è mal costruito, può vincere la gara l'impresa che offre livelli qualitativi peggiori, i costi effettivi superano quelli preventivati, o non si procede agli investimenti richiesti dal bando. Più aumenta la complessità dell'oggetto messo a gara, maggiore è la discrezionalità tecnica della commissione di gara, e il rischio di contestazioni e di contenzioso.

Se poi si guarda all'esecuzione del rapporto, in presenza di bandi di gara (e quindi di contratti) incompleti e di servizi complessi sono frequenti le rinegoziazioni, con maggiori costi per gli utenti⁶⁵.

ne, C. VOLPE, *Appalti pubblici e servizi pubblici: dall'art. 23 bis al decreto legge agosto 2011*, in *www.giust-amm.it*. (ottobre 2011). Sul controllo di *performance*, D. PARKER, J. WILLNER, *The performance of public and private enterprise under conditions of active and passive ownership and competition and monopoly*, in *Journal of Economics*, 2007, 221 ss.

⁶³ L'efficacia della gara per il mercato richiede altresì la partecipazione di un numero significativo di imprese qualificate che operino in modo non collusivo: DEMSETZ, *Why regulate utilities?* cit., 58; W.M. CRAIN e R.B.JR EKELUND, *Chadwick and Demsetz on Competition and Regulation*, in 19 *Journal of Law and Economics*, 1976, 149; A.W. DNES, *The Scope of Chadwick's Bidding Scheme*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1994, 150, 524 ss.; ID., *Franchising, Natural Monopoly and Privatization*, in *Regulators and the Market*, a cura di C. VELJANOVSKI, London, Inst. Economic Affairs, 1991.

⁶⁴ Sulle condizioni da rispettare affinché la concorrenza per il mercato goda delle proprietà ottimali messe in luce da Demsetz (1968), O.E. WILLIAMSON, *Franchise Bidding for Natural Monopolies: in general and with Respect to CATV*, in *Bell Journal of Economics*, 1976, 7, 1, 73 ss.: occorre procedere alla specificazione delle clausole contrattuali; ciò richiede che il servizio non sia eccessivamente complesso (come accade invece per le imprese *multioutput* e allorché la qualità del servizio non si presti ad essere misurata in pochi parametri verificabili), che la dinamica della tecnologia e della domanda sia prevedibile, che non siano previsti ingenti investimenti nel periodo di affidamento. Occorre indicare in dettaglio le condizioni di svolgimento del servizio, le modalità di risoluzione delle controversie, le clausole di *risk sharing*, i rapporti esistenti tra imprese vincitrici e azionisti (si ricordano le vicende della metropolitana di Londra: uno dei consorzi manutentori del *network* era costituito da imprese integrate verticalmente alle quali sono stati affidati lavori; ha avuto minore incentivo il consorzio a contenere i costi; nel 2010, la risoluzione anticipata del contratto).

⁶⁵ Per ovviare a queste difficoltà si prospetta la scomposizione della filiera industriale in componenti più semplici o la possibile separazione di rete e produzione del servizio. Ma lo spaccettamento potrebbe generare importanti costi di transazione e far perdere economie di scopo: P. BAJARI, R. McMILLAN e S. TADELIS, *Auctions vs Negotiation in Procurement: an Empirical Analysis*, in *NBER Working Paper Series*, 2008, w12051; L. CHEVER, S. SAUSSIER, A. YVRANDE-BILLON, *The Law of Small Numbers: Investigating the Benefits of Restricted Auctions for Public Procurement*, paper (2011).

Per gestire bene una gara – già dalla fase iniziale della raccolta e della elaborazione delle informazioni sulla specificità del bacino di utenza – occorre dunque un *capable procurement*, tanto più ove siano in gioco investimenti infrastrutturali⁶⁶. Da qui l'idea di demandare ad istanze tecniche di livello nazionale la predisposizione degli schemi di gara (specialmente per le procedure ad evidenza pubblica più impegnative, e cioè quelle che hanno ad oggetto sia la gestione corrente del servizio che gli investimenti infrastrutturali) e la verifica, attraverso un sistema di *auditing*, degli scostamenti rispetto ai piani di investimento e delle eventuali responsabilità (così l'Autorità di vigilanza sui contratti nella segnalazione 3 giugno 2010). E ancora, si raccomanda di affidare il controllo sulla gestione a soggetti in posizione di terzietà, sufficientemente lontani dagli operatori per non esserne catturati⁶⁷.

Queste idee hanno trovato una parziale traduzione in interventi legislativi recenti (in tema di gestione del servizio idrico e di trasporti), che puntano sull'esercizio dei poteri sostitutivi per garantire l'effettività della normativa organizzativa⁶⁸. Inoltre, la legge di stabilità per il 2015 riconferma il principio

⁶⁶ V., su questo, l'art. 7, decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, che inserisce nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. testo unico in materia ambientale) l'art. 149-bis, di cui v. il comma 2-bis: «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 idrico integrato «includono appositi capitolati con la *puntuale indicazione delle opere* che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio».

⁶⁷ Banca d'Italia, *La qualità dei SPL* (2012), cit., 25: «Gli enti regolatori si sono dimostrati troppo deboli – in quanto non attrezzati a gestire l'applicazione di una normativa molto complessa – e troppo locali, caratteristiche che li hanno resi più facilmente soggetti a fenomeni di cattura da parte dei potenziali gestori»; hanno contribuito alle difficoltà di attuazione delle riforme proconcorrenziali anche i soggetti colpiti dalle medesime (nella specie, i lavoratori) «la cui opposizione ai processi di liberalizzazione avrebbe potuto essere evitata attraverso meccanismi di compensazione delle perdite subite». Sulle criticità che derivano dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, e sulla esigenza di realizzare un assetto organizzatorio che assicuri la distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati, v. altresì Corte cost., sent. n. 41/2003.

Ammette l'esistenza di un problema di «costi sociali» conseguenti alle misure di liberalizzazione, che dovrebbero essere accompagnate da interventi diretti a garantire l'equità sociale, Agcm AS901, 5 gennaio 2012, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in www.agcm.it.

⁶⁸ V. le funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti sui criteri di determinazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi (art. 37, comma 2, lettera b), decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, modificato dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27), sulla definizione degli schemi dei bandi di gara e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni (comma 2, lettera f), cit.), senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, secondo quanto chiarito da Corte cost., sent. n. 41/2003. Ancora, con riguardo alla nomina delle commissioni giudicatrici, l'Autorità stabilisce i criteri per la nomina, salve restan-

dello svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, tali da massimizzare l'efficienza del servizio. Si precisa che gli enti locali partecipano obbligatoriamente a detti ambiti o bacini e in caso di inerzia interviene in via sostitutiva la regione⁶⁹. La legge di stabilità 2015 pone inoltre alle regioni e alle autonomie locali l'obiettivo dell'accorpamento e della razionalizzazione delle società partecipate e affida alle sezioni regionali della Corte dei conti un compito di monitoraggio⁷⁰. Il contenuto delle razionalizzazioni e delle aggregazioni è dunque rimesso alla ponderazione delle auto-

do le competenze delle amministrazioni locali sulle modalità di scelta dei componenti, decisioni che rientrano nella materia dell'organizzazione amministrativa spettante alle Regioni *ex art.* 117, quarto comma, Cost. (Corte cost., sentenze n. 43/2011 e n. 401/2007). Siffatte funzioni, attribuite ad Autorità di regolazione, non alterano i criteri costituzionali di riparto delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali (Corte cost., sentenza n. 88/2009, sulle direttive tecniche dell'Autorità energia e gas; sent. n. 41/2003, cit., sull'Autorità regolazione trasporti).

Da segnalare, inoltre, sulla gestione del servizio idrico integrato, il ruolo conferito all'AEEGSI dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164 che, novellando l'art. 172, d.lgs. n. 152/2006 (v. i commi 3-*bis* e 4), affida all'Autorità una funzione di monitoraggio e di conseguente informazione alle Camere sul rispetto delle prescrizioni in tema di: a) costituzione degli enti di governo dell'ambito (livello di competenza regionale); b) affidamento del servizio idrico integrato (competenza degli enti di governo dell'ambito); c) partecipazione agli enti di governo dell'ambito e affidamento in concessione d'uso gratuito delle infrastrutture ai gestori affidatari del servizio (competenza degli enti locali). Il d.l. 133/2014 attribuisce al Presidente della Regione poteri sostitutivi in caso di inadempienza dell'ente di governo dell'ambito, avviando entro trenta giorni le procedure di affidamento. Qualora il Presidente della Regione non provveda nei termini stabiliti, l'Autorità segnala l'inadempienza al Presidente del Consiglio, che nomina un commissario *ad acta*.

⁶⁹ V. l'art. 1, commi 609 ss., legge 23.12.2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che modifica l'art. 3-*bis* d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011.

⁷⁰ V. la legge n. 190/2014, cit.: al fine di promuovere i processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, si prevede che regioni, enti locali, camere di commercio, università, autorità portuali procedano entro il 31 dicembre 2015 alla razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, secondo i seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) aggregazione delle società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali. I soggetti pubblici di cui sopra approvano a tal fine un piano operativo di razionalizzazione definendo modalità, tempi di attuazione e risparmi da conseguire e lo trasmettono alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Invieranno altresì a detta sezione regionale, entro il 31 marzo 2016, una relazione sui risultati conseguiti.

nomie locali e regionali. La nuova normativa non lo dice espressamente, ma è chiaro che nell'ipotesi di inadempienza (e di mancati risparmi di spesa) potrà attivarsi la Procura regionale della Corte dei conti per far valere l'eventuale responsabilità contabile.

6. *Obblighi di servizio universale, energie imprenditoriali, sviluppo*

La normativa recente richiama le autonomie locali a decidere la forma di affidamento della gestione del servizio rispettando i requisiti previsti dal diritto europeo. La decisione deve trovare fondamento con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio⁷¹. L'*in house* non è pregiudizialmente escluso, ma deve essere motivato, in un disegno capace di assicurare gli obblighi di servizio universale e di valorizzare le energie imprenditoriali.

L'attività d'impresa che produce profitto è in grado di produrre valore sociale. Oggi, è proponibile una rilettura dell'art. 41, terzo comma, Cost., depurata da connotazioni dirigistiche, che riqualifichi l'intervento pubblico come determinazione delle regole e delle sanzioni atte a garantire il corretto ed efficiente funzionamento del mercato, e non a sostituirlo con uno strumentario di vincoli e controlli amministrativi⁷².

⁷¹ V. le norme della legge di stabilità per il 2015, n. 190/2014, prima richiamate.

⁷² L'abbandono della lettura dirigistica dell'art. 41 si impone alla luce delle libertà economiche salvaguardate dai trattati europei, costituzionalmente rilevanti alla luce dell'art. 11 (come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale) e ora dell'art. 117, primo comma Cost. Non vi è dubbio che il Costituente aveva ben presente lo strumentario dirigistico introdotto dalla legislazione: si pensi alla fissazione autoritativa di beni e servizi, che si inserivano *ope legis* nei contratti privati anche in sostituzione delle clausole difformi pattuite dalle parti (artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ.): M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 175 ss., 216 ss. Sulla possibilità di ricondurre alla clausola generale dell'utilità sociale anche le regole che presidiano l'ordine giuridico del mercato – e segnatamente quelle a tutela della concorrenza – v., sia pure con diversità di premesse sistemiche, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione* (1997), in *Metodo e teoria giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 2011, 73 ss. 101, 103 ss., e F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 72. Verrebbe confermata la "felice ambiguità" delle formule costituzionali in tema di rapporti economici, "che permette di far filtrare in esse contenuti culturali via via diversi": G. AMATO, *La Costituzione economica*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Acc. Lincei, 18-20 dicembre 1997, atti, Roma, 1998, 179 ss., 185. Sulla rivalutazione del primo comma dell'art. 41 v. il *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1999 (che fa seguito al volume di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998) e *ivi* in part. gli interventi di L. ELIA, G. ROSSI, M. DRAGHI, M. LIBERTINI, B. LIBONATI; sui passaggi essenziali del dibattito dottrinale, F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro it., 1982, 11 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 602; A.

Finalità sociali ed obblighi di servizio universale sono la rete di sostegno della comunità di riferimento. Senza una *successful community* è difficile che prosperi l'attività d'impresa.

A sua volta, la comunità ha bisogno di *successful businesses* per svilupparsi, creare posti di lavoro e opportunità per i soggetti che in essa operano⁷³.

Dei servizi pubblici locali usufruiscono cittadini e non cittadini. "L'uomo non attinge più l'acqua dal suo pozzo"⁷⁴.

Tutti hanno il diritto di fruire dei servizi necessari per vivere nelle società tecnologicamente complesse. Sono prestazioni rese nei confronti di una generalità indifferenziata di persone, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Prestazioni necessarie perché dirette a realizzare anche fini sociali⁷⁵.

Da tempo la giurisprudenza costituzionale europea sottolinea che il fruire delle prestazioni essenziali è presupposto di realizzazione dei diritti fondamentali⁷⁶. Non è eccessivo reputare l'universalità del servizio – norma di chiusura dei servizi pubblici – come uno degli elementi fondanti dello Stato democratico.

Il diritto dell'Unione riconosce la dinamica di mercato quale fattore vitale per fornire queste prestazioni. Il principio di coesione (art. 14 TFUE) si lega alla missione dei servizi economici d'interesse generale⁷⁷ e legittima – nel ri-

PACE, *Problematica delle libertà costituzionali p. spec.*², Padova, Cedam, 1992, 457 ss. sulla giurisprudenza recente, una sintesi in MIDIRI, *I rapporti economici nella Cost.*, in G. LEMME, a cura di, *Diritto ed economia del mercato*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2014, 97 ss.

⁷³ Sulla creazione di *shared value* attraverso l'attività imprenditoriale, M. E. PORTER e M. R. KRAMER, *Creating shared Value*, in *Harvard Business Rev.*, 2011: "a business needs a successful community, not only to create demand for its products but also to provide critical public assets and a supportive environment"; fra i *public assets* vi sono i servizi pubblici, le scuole, l'università.

⁷⁴ Allo Stato (nel senso più ampio del termine) sono attribuiti il compito e la responsabilità di provvedere a ciò di cui l'uomo moderno ha bisogno per esistere: E. FORSTHOFF, *Lo Stato moderno e la virtù* (1950), in *Stato di diritto in trasformazione* (1964), trad. it. Milano, Giuffrè, 1973, 22-26, 149 s.

⁷⁵ Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*.

⁷⁶ Nei rapporti tra Stato e soggetto privato, questa istanza assume un peso determinante accanto al postulato originario della garanzia della libertà nei confronti dello Stato: v, in part., Trib. cost. tedesco, I, 18.7.1972 (che muove dalla questione del *numerus clausus*), *BVerfGE* 33, 303, 330. Il concetto di *Daseinsvorsorge* (cura dell'esistenza) compare in E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938 (che da qui muove per postulare un esecutivo forte e dinamico, capace di rispondere a tali domande); ID., *Stato di diritto in trasformazione*, cit. e *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München-Berlin, C.H. Beck, IX ed., 1966, 340; L. MARTÍN RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, in *Revista de Administración Pública*, 1962, n. 38, 35 ss. e F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 68 ss.

⁷⁷ Pongono in relazione l'azione delle imprese in mano pubblica e le esigenze della coesione

spetto dei canoni di trasparenza⁷⁸, di necessità, adeguatezza e proporzionalità⁷⁹ – la corresponsione di compensazioni, sussidi e sovvenzioni per gli oneri imposti dai poteri pubblici a garanzia della universalità e della continuità del servizio⁸⁰.

La garanzia del nucleo essenziale dei diritti⁸¹ può frenare la spinta potente che porta a differenziare gli standard di tutela in base allo sviluppo economico delle singole aree e alle disponibilità della finanza pubblica. Differenziazione, questa, visibile e grave proprio nella sfera dei servizi pubblici locali⁸².

sociale e territoriale, M. FLORIO e F. FECHER, *The Future of Public Enterprises: Contributions to a new Discourse*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2011, n. 4, 361 ss. Per uno sguardo d'insieme sulla legislazione, F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, a cura di, *Persona e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2004; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷⁸ Direttiva 2006/11/CE. Sulla demarcazione tra gli *aiuti di Stato*, vietati dall'art. 107 TFUE e ammessi solo in ipotesi determinate, e le *compensazioni* per l'espletamento di obblighi di diritto pubblico, Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, punti 84, 87-90; sent. 27 novembre 2003, *Enirisorse spa*, C-34/01, 38/01, punti 34-40; Commissione UE, comunicazione 2012/C 8/02 (compensazioni per la prestazione dei SIEG), decisione 2012/21/UE sull'applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE (esenzione dall'obbligo di notifica preventiva di un aiuto in forma di compensazione), comunicazione 2012/C 8/03 (aiuti in forma di compensazione soggetti a notifica); reg. Comm. n. 360/12 del 25 aprile 2012 (aiuti d'importanza minore con soglia *de minimis*).

⁷⁹ La direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123/CE, fa salva la specificità dei SIEG e delle funzioni particolari a essi assegnate, che possono giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento a protezione della sanità pubblica e di obiettivi di politica sociale, fatte salve le condizioni della *non discriminazione*, della *necessità* (imperativo di interesse generale), della *idoneità-proporzionalità* (considerando n. 71, art. 15, § 3).

⁸⁰ G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in MCR, 2009, 381 ss. Un punto di criticità è però quello della delimitazione delle compensazioni alla luce del divieto di aiuti di Stato: v. la giurisprudenza *Altmark* già citata.

⁸¹ Non sfugge lo Stato alla responsabilità per violazione dei diritti fondamentali, attivabile in sede di giustizia europea, per il fatto di aver affidato a terzi lo svolgimento del servizio. Dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo discendono *obbligazioni positive*, in particolare obbligazioni di vigilanza: Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Di Sarno*, su ricorso n. 30765/08, §§ 109 ss. (sulla gestione dei rifiuti e sul diritto a vivere in un ambiente salubre), con riguardo all'art. 8 Convenzione; prima, sentenze 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, §§ 44-58, e 19 febbraio 1998, *Guerra c. Italia*, § 58.

⁸² Sul malfunzionamento delle imprese affidatarie di servizi pubblici in numerose regioni del centro-sud, BANCA D'ITALIA, *Servizi pubblici nel Mezzogiorno*; ID., *Qualità dei servizi pubblici in Italia*, cit.

MICHELE PASSARO

LA STRATEGIA DEL RESILIENTE: LE SANZIONI DELL'AEEGSI
TRA ILLECITO 'REGOLATORIO' E ILLECITO 'COMUNITARIO'^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa: le tipologie di reazioni amministrative dell'Autorità. – 2. Le sanzioni amministrativo-pecuniarie e l'illecito 'puramente' regolatorio. – 3. Le eccezioni alla regola: l'illecito non regolatorio. L'obbligo di acquisto di certificati verdi... – 4. *Segue* ... e l'obbligo di acquisto di certificati bianchi. – 5. Il recupero ministeriale. – 6. Una diversa strategia: dalla c.d. Robin Hood tax alle sanzioni in materia di incentivi elettrici e termici. – 7. La tendenza delle direttive di terza generazione: marginalizzazione dell'illecito 'regolatorio' o intreccio con l'illecito 'comunitario'? – 8. Le sanzioni poste a tutela dei consumatori. – 9. Le sanzioni a presidio dell'efficienza energetica. – 10. Conclusioni: una bussola per il futuro.

1. *Premessa: le tipologie di reazioni amministrative dell'Autorità*

L'effettività di un sistema giuridico è tradizionalmente assicurata dalla capacità di quel sistema di prevenire o reprimere deviazioni od alterazioni del sistema di valori, dei modelli di comportamento e dell'ordine da esso prefigurato. Qualora i soggetti che operino all'interno di quel sistema spontaneamente non adottino modelli di comportamento *compliant* il sistema attiva un meccanismo di reazione volto a ripristinare, o quanto meno a riparare, la lesione inferta a quell'ordine.

Astrattamente l'ordine giuridico leso può essere ripristinato con una misura reale o con una misura simbolica. Il primo è il caso delle misure risarcitorie (o ripristinatorie o esecutive) che ripristinano lo stato delle cose esistente prima della trasgressione. Nel secondo, specie quando la restaurazione dello *status quo ante* non è possibile, si tende a riaffermarlo in maniera simbolica colpendo il soggetto che ha trasgredito con una misura che incide sul suo patrimonio o su alcune sue facoltà¹.

Questa *summa divisio* è presente anche nell'impianto repressivo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (da ora anche solo Autorità o AEEGSI)² delineato dalla sua legge istitutiva, la legge 14 novembre

^(*) L'Autore è Direttore della Direzione sanzioni e impegni dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico. Le considerazioni contenute nel presente scritto sono esclusivamente personali e non coinvolgono l'ente di appartenenza.

¹ R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 461 ss..

² L'art. 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modifica-

1995, n. 481. Ed invero l'Autorità – salvo i casi di particolare urgenza che giustificino addirittura l'adozione di misure cautelari³ – può ordinare di por fine alla violazione, da un lato, con misure di tipo inibitorio, facendo cessare comportamenti lesivi di diritti degli utenti o con misure di tipo ripristinatorio, imponendo un indennizzo automatico a favore dell'utente (art. 2, comma 20, lett. d), legge n. 481/1995) e, dall'altro, *ex art. 2, comma 20, lett. c)* della stessa legge, con misure che sanzionino il trasgressore, o con provvedimento di tipo punitivo (sanzione pecuniaria che colpisce il suo patrimonio), o di carattere interdittivo, colpendo temporaneamente o definitivamente il suo diritto di in-

zioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante “*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*” ha trasferito all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici (sopprimendo l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua) che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla sua legge istitutiva (legge 14 novembre 1995, n. 481). Il successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 20 luglio 2012, recante “*Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'articolo 21, comma 19 del decreto-legge del 6 dicembre 2011 n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214*”, ha precisato le finalità e i principi ispiratori della regolazione del settore idrico (art. 2), individuando le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità (art. 3) e riconoscendo al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'esercizio delle funzioni in materia di servizi idrici non trasferite all'Autorità (art. 1). L'art. 13, comma 13, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, recante “*Interventi urgenti di avvio del piano 'Destinazione Italia', per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per l'internalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015*”, ha modificato la denominazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico.

³ L'art. 45, comma 6 *bis*, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, inserito dall'art. 58, comma 1, lett. b), del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*”, prevede che, nei casi di particolare urgenza, l'Autorità possa “*d'ufficio, deliberare, con atto motivato, l'adozione di misure cautelari, anche prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio*”. L'art. 9 della deliberazione 14 giugno 2012, 243/2012/E/com, recante “*Adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni*”, circoscrive la portata di questa misura cautelare consentendone l'adozione solo nei casi di sommaria constatazione della sussistenza di violazioni il cui accertamento è di competenza dell'Autorità ed imponendone un termine di efficacia (non prorogabile né rinnovabile) che deve essere espressamente indicato nel provvedimento di adozione della misura stessa e che comunque non può essere superiore a centottanta giorni (atteso che la misura cautelare cessa automaticamente in caso di mancato avvio del procedimento sanzionatorio entro il termine, di contestazione della violazione, cui all'art. 45, comma 5, del decreto legislativo n. 93/2011 che è appunto di centottanta giorni). Peraltro il destinatario della misura cautelare può presentare istanza di riesame entro il termine di quindici giorni dalla notifica del provvedimento di adozione della misura stessa.

trapresa (provvedimento di sospensione dell'attività di impresa fino a sei mesi ovvero proposta al Ministro di sospensione o decadenza della concessione)⁴.

⁴ L'Autorità ha fatto uso di questo ultimo potere molto raramente. A solo titolo esemplificativo si ricorda il provvedimento adottato nei confronti di una società di vendita di gas naturale, per la quale l'Autorità, con deliberazione VIS 4/09, ha proposto al Ministero dello Sviluppo Economico di dichiarare la decadenza dalla autorizzazione alla predetta vendita, ai sensi dell'articolo 8, comma 5, del decreto ministeriale 24 giugno 2002, dato che tale società, pur autorizzata dal suddetto Ministero nel luglio 2003, non aveva mai svolto, quanto meno fino a tutto il dicembre 2007, l'attività di vendita, abusivamente svolta dalla impresa distributrice controllante che ne aveva la totale partecipazione.

Più recentemente con deliberazione 490/2013/E/gas l'Autorità ha proposto al Ministero dello Sviluppo Economico la revoca, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, del decreto ministeriale 26 settembre 2001, delle autorizzazioni rilasciate ad una società di vendita di gas naturale, in ragione di alcune condotte abusive nella gestione dei prelievi di gas da riserva strategica nell'anno termico 2010-2011 (omesso pagamento da parte della società del gas prelevato non seguito dalla riconsegna di alcun quantitativo dello stesso).

La parsimonia nell'utilizzo di questo strumento, peraltro azionato non sulla base delle previsioni della legge n. 481/1995 ma di specifici decreti ministeriali, risiede nel fatto che il provvedimento interdittivo rappresenta la misura di maggiore valenza afflittiva adottabile dall'Autorità in caso di accertamento di illeciti di sua competenza. Ciò per due ragioni.

Nel sistema della legge n. 481/1995 l'adozione di misure che privino il trasgressore del diritto o della capacità di svolgere, per un certo tempo o definitivamente, una certa attività vengono generalmente adottate a seguito della precedente irrogazione [per altri fatti] di sanzioni meramente pecuniarie (che invece si limitano a colpire il trasgressore decurtandone il patrimonio). Infatti l'art. 2, comma 20, lett. c) della legge n. 481/95, dopo aver richiamato le sanzioni pecuniarie prevede che *“in caso di reiterazione delle violazioni [l'Autorità] ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”*. È evidente che, nella graduazione delle misure di reazione amministrativa disponibili all'Autorità, la misura interdittiva è più grave perché presuppone la precedente irrogazione di sanzioni meramente pecuniarie e viene solitamente adottata a seguito di recidiva (*“reiterazione delle violazioni”*). Ciò è confermato dall'art. 28 dell'Allegato A del regolamento sanzioni (deliberazione 14 giugno 2012, 243/2012/E/com) che, in caso di reiterazione della violazione, prevede che l'Autorità possa *“proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti”*.

La seconda ragione è ontologicamente connaturata al tipo di misure di cui si discute: non c'è evidentemente niente di più afflittivo e di più squalificante per un soggetto sanzionato che essere colpito nella sua capacità di impresa, piuttosto che nel suo patrimonio, perché la prima misura, a differenza della seconda, oltre al danno economico e di immagine priva totalmente il soggetto dell'esercizio dell'attività imprenditoriale, assorbendo al massimo livello tutte le connesse finalità di prevenzione generale e speciale insite nei meccanismi sanzionatori. A riprova di tale argomentazione basti considerare, ad esempio che il decreto legislativo n. 231/2001 relativo alla *“Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300”*, prevede all'articolo 78 che in caso di riparazione delle conseguenze del reato *“l'ente che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'articolo 17, entro venti giorni dal-*

Le prime due sono misure reali (o sanzioni in senso lato) perché ripristinano oggettivamente l'ordine giuridico leso o inibendo la continuazione di quella trasgressione o ristorando il terzo danneggiato con una prestazione pecuniaria compensativa della lesione subita, erogata senza bisogno dell'intervento del giudice. Queste misure hanno in sostanza un ruolo di riequilibrio patrimoniale a favore del danneggiato, senza alcuna funzione affittiva nei confronti del trasgressore.

Le seconde sono misure simboliche (o sanzioni in senso stretto), perché, di per sé, nessuna delle due è in grado di ripristinare l'interesse pubblico violato o di ristorare il danneggiato, ma colpiscono il trasgressore, decurtandone il patrimonio o considerandolo inidoneo allo svolgimento di una certa attività e pertanto privandolo, per un certo periodo o definitivamente, del diritto o della capacità di svolgerla⁵.

Si tratta tuttavia di una concettualità all'evidenza astratta: se le misure del secondo tipo dovessero limitarsi inesorabilmente a colpire il trasgressore la sanzione pecuniaria avrebbe un significato puramente affittivo, senza alcuna considerazione della personalità del trasgressore o del suo eventuale ravvedimento. E, in quest'ottica, la sanzione interdittiva dovrebbe essere praticata ogni qualvolta si verificassero significative deviazioni dai modelli positivi di comportamento portando all'emarginazione di chi sistematicamente infrange regole generalmente condivise. Naturalmente né l'una né l'altra delle affermazioni sono vere. La sanzione pecuniaria, come è noto, tiene conto, oltre che della personalità dell'agente, anche dell'opera da lui svolta per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione⁶. La sanzione interdittiva di sospensione o cessazione dell'attività di impresa si può irrogare solo qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti.

Anche nelle misure che apparentemente si limitano a sanzionare il soggetto c'è quindi un'ampia considerazione di aspetti oggettivi volti a valorizzare la

la notifica dell'estratto della sentenza, può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in sanzione pecuniaria".

⁵ Su questo sia consentito il rinvio a M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, a cura di M. Fratini, Padova, Cedam, 2011, 965.

⁶ Art. 11 legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*", che è la legge che contiene i principi generali delle sanzioni amministrative. L'Autorità ha sempre tenuto conto degli aspetti soggettivi e ripristinatori in forza del suo regolamento adottato prima con deliberazione 2 ottobre 2008 – ARG/com 144/2008, recante *Linee Guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481* (vedi in particolare articoli 5 e segg.) e poi con la già citata deliberazione 243/2012/E/com (vedi in particolare articoli 27 e 29).

reintegrazione dell'ordine violato. Quando questa reintegrazione non sia immediatamente possibile nel corso del procedimento sanzionatorio, la sanzione può comunque svolgere una funzione promozionale, intercettando *"iniziative"* o *"impegni"* da parte delle imprese comunque utili al più efficace perseguimento degli interessi pubblici affidati alla cura dell'Autorità⁷. La considerazione della loro funzionalità verso il ripristino o la promozione degli interessi pubblici lesi dalla violazione allontana pure le misure pecuniarie dalla loro origine puramente affittiva o punitiva. Questa estrema duttilità spiega la loro centralità negli strumenti di *enforcement* della regolazione dell'Autorità⁸. Nel resto della trattazione focalizzeremo pertanto l'analisi sulle sanzioni pecuniarie

⁷ Cfr. l'art. 6, comma 2, dell'Allegato A alla deliberazione ARG/com 144/2008. Le *"iniziative meritevoli di apprezzamento"* potevano portare alla riduzione della sanzione di un valore non superiore alla metà. Si tratta all'evidenza di una sanzione premiale, in cui il premio, dato dalla riduzione della sanzione, è legato al compimento dell'attività positivamente apprezzata dal regolatore. Non soltanto la funzione sanzionatoria, ma la stessa regolazione può contenere sanzioni premiali: basti pensare ad esempio al sistema di incentivi e penalità che premia (o penalizza) l'impresa qualora superi (o non raggiunga) gli obiettivi di miglioramento della qualità di servizi elettrici fissati dal regolatore.

Gli *"impegni"* sono un istituto che trova il suo fondamento normativo nell'art. 45, comma 3, del decreto legislativo n. 93/11, ai sensi del quale *"entro trenta giorni dalla notifica dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio, l'impresa destinataria può presentare all'Autorità per l'energia elettrica e il gas [e il sistema idrico] impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati"*. Le modalità procedurali per la valutazione degli impegni sono state disciplinate dall'Autorità con la deliberazione 243/2012/E/com ed allegato regolamento, il cui Titolo terzo (artt. 16-19) è dedicato proprio agli *"impegni"*.

Gli *"impegni"* del decreto legislativo n. 93/2011 sono tuttavia qualcosa di diverso e di più rigoroso delle iniziative meritevoli di apprezzamento. Di diverso perché, a differenza delle *"iniziative meritevoli di apprezzamento"*, non si limitano a consentire una riduzione, sia pure consistente, della sanzione, ma consentono di chiudere il procedimento *"senza accertare l'infrazione"*. Di più rigoroso perché, oltre a essere sottoposti a limiti anche temporali di ammissibilità (l'impresa ha trenta giorni di tempo dalla notifica dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio per presentarli) che non esistevano per le iniziative meritevoli, a differenza di queste non possono avere un oggetto indefinito che copre tutto lo spettro delle competenze dell'Autorità (miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati e più efficace perseguimento degli interessi affidati all'Autorità), ma dovranno essere attinenti alla tutela degli interessi che il procedimento sanzionatorio intende presidiare (*"interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati"*).

⁸ Le sanzioni amministrative pecuniarie sono un vecchio arnese degli Stati di polizia, la cui duttilità le ha consentito di passare indenne negli ordinamenti liberali e democratici, assumendo un significato *polifunzionale*, che le ha portate a trasformarsi da strumento di mera repressione degli illeciti a mezzo di moderna prevenzione e, adattandosi alla nuova sensibilità, a fattore della più evoluta funzione promozionale del diritto.

dell'Autorità, considerate lo strumento principale della sua reazione amministrativa.

2. *Le sanzioni amministrativo-pecuniarie e l'illecito 'puramente' regolatorio*

Fino all'emanazione del decreto legislativo n. 93/2011⁹ le sanzioni pecuniarie dell'Autorità, tranne puntuali previsioni normative di cui daremo conto nel corso della trattazione, trovavano la loro (quasi) integrale disciplina nell'articolo 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/1995. In base a questa norma l'Autorità può sanzionare in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di inottemperanza a richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero in caso di produzione di documenti o informazioni non veritieri.

A parte gli altri problemi che questa disposizione lasciava aperti¹⁰, la laconicità della norma che attribuiva il potere sanzionatorio all'Autorità non consentiva di individuare immediatamente la tipologia di illeciti regolatori, poiché questi per definizione erano lasciati solo all'Autorità che, nel corso della sua attività, avrebbe deciso cosa *'provvedere'* e quali *'informazioni'* richiedere. La scelta della legge istitutiva è stata quella di tipizzare progressivamente il precepto, in ragione della crescita e sedimentazione di un corpo di norme e regole dettate dall'Autorità: solo nel tempo, con un certo grado di maturità della regolazione, si sarebbe potuto avvertire il bisogno di interventi correttivi volti a garantire l'effettivo rispetto delle norme da parte degli operatori¹¹. La scelta della legge n. 481/1995 era quella di una sorta di *'bomba a orologeria'*, in cui solo quando la *'temperatura regolatoria'* fosse stata sufficientemente elevata avrebbe potuto provocarsi l'innescio e quindi la reazione amministrativa¹².

⁹ Decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, di *"attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica"*.

¹⁰ Problemi essenzialmente riconducibili a tre: non chiara individuazione dei *soggetti* possibili destinatari della sanzione, mancata individuazione della *procedura* e dei termini preordinati a comminare la stessa, assenza dei *parametri* volti a guidare l'Autorità nella quantificazione della sanzione medesima.

¹¹ Si tratta di una tecnica normativa "a cascata", in cui la legge demanda alla normazione secondaria la configurazione dell'illecito. La dottrina amministrativistica ritiene ammissibili le norme sanzionatorie in bianco: cfr. G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, 214; G. BERLIRI, *Sanzioni amministrative e principi costituzionali della potestà punitiva penale*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1980, Milano, Giuffrè, 1982, 293.

¹² M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 998.

Questo spiega perché nella storia dell'Autorità, tranne pochi marginali casi, è a partire dal 2004, e quindi a quasi dieci anni dalla legge istitutiva, che i procedimenti sanzionatori iniziano a farsi significativi¹³.

La struttura dell'art. 2, comma 20, *cit.*, lasciava dunque all'attività dell'Autorità la definizione delle tipologie di 'illeciti regolatori'.

Occorre dunque riferirsi all'attività sanzionatoria dell'Autorità, che da oltre due lustri ha assunto una dimensione progressivamente crescente, per individuare le violazioni contestate con maggior frequenza e le 'tipiche' condotte devianti, e dunque risalire induttivamente ai 'macroprofili' ai quali queste siano riconducibili. Analizzando la struttura organizzativa e scorrendo le stesse *relazioni* dell'Autorità (presentate annualmente al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi della legge n. 481/1995), questi ultimi, che rappresentano gli 'interessi generali' sottesi alle norme la cui violazione ha costituito presupposto per l'avvio dei vari procedimenti sanzionatori, possono essere ricondotti a due sotto-insiemi (regolazione dei mercati energetici e regolazione delle infrastrutture energetiche e idriche), a loro volta articolate in diverse categorie: sicurezza del sistema, accesso ed erogazione dei servizi di rete, promozione e tutela dei mercati, trasparenza tariffaria, tutela commerciale dei consumatori finali¹⁴.

Quello posto dalla legge n. 481/1995 isolatamente considerata, per quanto laconico, è un quadro figlio di un'epoca in cui il modello regolatorio segnava

¹³ A questa considerazione, che spiega il fisiologico periodo di tempo che occorre al regolatore prima di poter sanzionare, va aggiunto l'effetto perverso di un orientamento giurisprudenziale che aveva considerato l'istituto dell'oblazione di cui all'art. 16 della legge n. 689/1981 compatibile coi procedimenti sanzionatori dell'Autorità (Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2004, n. 6901; confermato da parere del Consiglio di Stato reso in sede consultiva: cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 novembre 2004, n. 10658). Questo istituto, che consente di estinguere il procedimento sanzionatorio con il pagamento del doppio del minimo edittale (e quindi, nel caso degli illeciti previsti dalla legge n. 481/1995, con un importo all'epoca corrispondente a poco più di 51.000 euro) aveva sostanzialmente vanificato l'esercizio della potestà repressiva dell'Autorità, che avrebbe potuto sanzionare con somme ben più rilevanti, fino al massimo di 154.000.000 euro. Opportunamente l'articolo 11 *bis* del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, ha escluso l'applicazione di questo istituto ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità. Non è un caso che molti dei procedimenti da essa avviati con riferimento a violazioni consumate prima dell'entrata in vigore della legge n. 80/2005 si sono conclusi col pagamento in misura ridotta da parte delle imprese sottoposte a procedimento.

¹⁴ Vedi l'assetto organizzativo dell'Autorità, da ultimo rinveniente nella deliberazione 124/2014/A (in particolare punto 2.4 del suo Allegato B), che prevede l'articolazione della Direzione Sanzioni e impegni (cui è intestata la responsabilità della predisposizione degli atti relativi alla sequenza dei procedimenti volti alla irrogazione di misure sanzionatorie) in due Unità: Unità violazioni della regolazione dei mercati energetici (VRM) e Unità violazioni della regolazione delle infrastrutture energetiche e idriche (VRI).

la distanza dalle influenze politiche anche nella definizione delle attività di *enforcement*. Se la scelta dell'articolo 2, comma 20, *lett. c*), della legge n. 481/1995 è stata non solo di non tipizzare il fatto illecito, ma di lasciarlo alla determinazione dell'Autorità che applica la sanzione (è l'Autorità che adotta i provvedimenti, la cui inosservanza costituisce illecito amministrativo, o che decide quali informazioni richiedere o quali documenti acquisire dai soggetti esercenti il servizio, la cui inottemperanza costituisce parimenti infrazione) è evidente che la politica sanzionatoria è integralmente lasciata al regolatore.

In sostanza in questa fase la politica di *enforcement* della regolazione è ancora largamente influenzata dal '*modello regolatorio puro*', inteso come separazione e 'piena autonomia' dall'esecutivo. D'altra parte questa etero-integrazione normativa del precetto primario era per certi versi una conseguenza pressoché inevitabile per organismi posti a presidio di settori o segmenti di mercato in continua evoluzione, che pertanto sfuggono ad una cristallizzazione o ad una precisa individuazione delle ipotesi che costituiscono deviazione dai corretti modi di comportamento dei relativi operatori. Se il legislatore non può individuare una volta per tutte un catalogo degli illeciti è naturale che lo faccia il regolatore, che possiede gli appropriati strumenti di flessibilità organizzativa e di precisione tecnica¹⁵. Quindi, come è frequente in altre autorità indipendenti, anche l'AEEGSI partecipa alla produzione del precetto il cui rispetto essa stessa presidia con l'applicazione della sanzione: funzioni normative e funzioni c.d. paragiurisdizionali si sommano in capo ad un unico organismo¹⁶.

¹⁵ F. MERUSI, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi - F. Merusi, in *Il mercato dei valori mobiliari*, Milano, Giuffrè, 1993, 178. Anche negli Stati Uniti, quando il Congresso non è sicuro di ciò che la legge dovrebbe prevedere, affida il compito ad un'agenzia amministrativa, dandole poteri di "creazione del diritto": v. M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, il Mulino, 2000, 235 ss..

¹⁶ L'evocativo e spesso abusato termine "paragiurisdizionale" è figlio della tendenza alla giurisdizionalizzazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, tendenza frutto di una evidente influenza del sistema statunitense, ove in base alla legge sul procedimento amministrativo (*Administrative Procedure Act*) l'attività di *adjudication*, anche se non esiste una vera e propria controversia, è modellata sulla falsariga del procedimento giurisdizionale, per cui il privato ha diritto di essere sentito per difendersi e, per ragioni di imparzialità, l'ufficio che decide è diverso da quello che istruisce la pratica. Nel nostro sistema naturalmente l'accostamento alla giurisdizione ha valore solo descrittivo, perché le autorità indipendenti rimangono sempre una pubblica amministrazione ... Sul punto sia consentito rinviare a M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, 24 ss.. Su quanto tuttavia questa figura evocativa possa trovare nuova linfa in base alla giurisprudenza della Corte EDU v. successiva nota 64.

3. Le eccezioni alla regola: l'illecito non regolatorio. L'obbligo di acquisto di certificati verdi...

Le prime eccezioni alla regola (di un potere sanzionatorio posto a tutela della regolazione di settore e delle esigenze conoscitive dell'Autorità) si manifestarono già a partire dal 2003: apposite leggi intestarono all'Autorità la repressione di particolari illeciti che non possono propriamente definirsi regolatori, per la elementare ragione che non è l'attività dell'Autorità che ne definisce fattispecie e struttura. Si tratta di due obblighi di acquisto: di certificati verdi e di certificati bianchi.

Entrambi sono unificati da ragioni di sostenibilità ambientale che sono alla base dei rispettivi obblighi di acquisto e quindi da interessi differenti da quelli che dovrebbero orientare la '*regolazione economica*' dell'Autorità. Forse non è un caso che per illeciti che rispondono ad obiettivi di '*regolazione sociale*', la configurazione strutturale sia affidata al legislatore e non all'Autorità ...

Il meccanismo di incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili (da ora FER) è sviluppato con un complesso apparato normativo e amministrativo di attuazione delle direttive comunitarie, sia in generale relative al mercato elettrico (art. 11 d.lg n. 79/1999)¹⁷ che in particolare riferite alla produzione da fonti rinnovabili (d.lg. n. 387/2003¹⁸, d. lg. n. 28/2011¹⁹, decreto 18 dicembre 2008 del Ministero dello sviluppo economico e, da ultimo, decreto 6 luglio 2012 del Ministero dello sviluppo economico²⁰).

In base a tale articolata normativa, dal 2002 gli importatori e i produttori di energia elettrica devono immettere nel sistema elettrico nazionale una certa quota di energia rinnovabile prodotta in impianti entrati in funzione dopo il 1 aprile 1999. Tale quota si applica sulla produzione e sull'importazione dell'anno precedente, quindi a partire da quella del 2001, al netto della cogenerazione, degli autoconsumi di centrale e delle esportazioni, eccedenti i 100 GWh. Lo scopo della norma è evidente: attraverso l'incremento dell'utilizzo (e quindi, 'a monte', della corrispondente produzione) di energia prodotta da

¹⁷ Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, di "*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*".

¹⁸ Decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, recante "*Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*".

¹⁹ Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante "*Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*".

²⁰ Decreto Ministero dello sviluppo economico 6 luglio 2012, di attuazione dell'articolo 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici.

FER, si intende ridurre l'impiego di combustibili fossili (fonti non rinnovabili), con conseguente riduzione delle emissioni di anidride carbonica e miglioramento delle condizioni ambientali.

Il controllo del rispetto della norma era affidato al Gestore della rete di trasmissione nazionale e ora al Gestore dei servizi energetici (GSE), cui va provato di aver ottemperato all'obbligo mediante consegna di certificati verdi²¹. Ove la verifica del GSE fosse negativa il soggetto obbligato è tenuto a compensare la differenza tramite acquisto sul mercato dei certificati verdi residui²². In caso di mancato adempimento il GSE comunica all'Autorità i nominativi dei soggetti inadempienti e l'entità delle inadempienze ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative di cui alla legge n. 481/1995.

E' evidente che l'Autorità non sanziona per violazione della sua regolazione, ma per violazione di un obbligo di acquisto, posto da una normativa primaria e accertata con un procedimento amministrativo di verifica e controllo attribuito alla responsabilità di un altro soggetto (il GSE), che comunica all'Autorità i nominativi dei soggetti inadempienti²³.

²¹ Gli operatori soggetti all'obbligo ex art. 11 del d.lg. n. 79/99 e art. 4 del d.lg. n. 387/2003 sono tenuti a trasmettere al Gestore dei servizi energetici (GSE) entro il 31 marzo di ogni anno, l'autocertificazione attestante l'energia (importata e prodotta) da fonte non rinnovabile sulla quale calcolare la quantità di energia da fonti rinnovabili da immettere nel sistema elettrico nell'anno successivo (cfr. art. 8, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008). Entro il 31 marzo dell'anno successivo, i soggetti obbligati devono trasmettere al GSE certificati verdi equivalenti all'obbligo di immissione relativo all'anno precedente (cfr. art. 13, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008). Il GSE, sulla base dei dati ricevuti, verifica l'ottemperanza all'obbligo ex art. 11 del d.lgs. n. 79/99 nei successivi mesi di aprile e maggio.

²² L'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 79/99 prevede infatti che i soggetti *"possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori, purché immettano l'energia da fonti rinnovabili nel sistema elettrico nazionale, o dal gestore della rete di trasmissione nazionale (ora GSE). I diritti relativi agli impianti di cui all'articolo 3, comma 7, della legge 14 novembre 1995, n. 481 sono attribuiti al gestore della rete di trasmissione nazionale (ora GSE)"*. Ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008 il Gestore del mercato di cui all'art. 5 del d.lg. n. 79/99 organizza e gestisce, nell'ambito della gestione economica del mercato elettrico, una sede per la contrattazione dei certificati verdi, che peraltro possono essere oggetto di libero scambio anche al di fuori di questa sede (contrattazione bilaterale).

²³ Il decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 ha riformato il sistema di incentivazione delle FER basato sui certificati verdi prevedendo che esso venga gradualmente sostituito da un incentivo tariffario fisso (*feed-in tariff*). In base al nuovo sistema, a partire dal 2013, i nuovi impianti riceveranno una tariffa fissa relativamente all'energia prodotta, sulla base di criteri generali che assicurino un'equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio. Cfr. art. 24 d.lg. n. 28/2011 e art. 20 decreto Ministero dello sviluppo economico 6 luglio 2012.

4. Segue ... e l'obbligo di acquisto di certificati bianchi

In coerenza con gli impegni assunti con il protocollo di Kyoto²⁴, lo Stato italiano ha stabilito degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e di miglioramento dell'efficienza degli usi finali dell'energia, sul presupposto che la conseguente riduzione delle emissioni di gas a effetto serra tuteli l'ambiente. Come nel caso dei certificati verdi, anche qui direttive comunitarie settoriali si sommano e si sovrappongono a direttive comunitarie generali, già nel frattempo trasposte con strumenti nazionali, dando vita ad una stratificazione normativa fluttuante.

Il sistema dei certificati bianchi, fondato sui d. lg. nn. 79/99²⁵ e 164/00²⁶, è stato delineato in tutti i suoi principali aspetti (obiettivi nazionali, soggetti obbligati e volontari²⁷, modalità di scambio dei titoli, criteri generali per meccanismi di rimborso e sanzionatori, compiti dell'Autorità e del Gestore dei Mercati Energetici - GME) dai decreti ministeriali gemelli 24 aprile 2001, aggiornati dai decreti ministeriali 20 luglio 2004, poi rivisti dal decreto ministeriale 21 dicembre 2007²⁸.

In buona sostanza il sistema creato dalle fonti normative sopra richiamate fa gravare sui distributori elettrici o del gas naturale gli obiettivi di risparmio e di efficienza negli usi finali di energia, individuando il loro contributo nel rapporto tra la quantità di energia elettrica o di gas naturale distribuita ai clienti finali connessi alla loro rete e la quantità di energia elettrica o gas naturale complessivamente distribuita sul territorio nazionale. In particolare le

²⁴ Recepito nell'ordinamento nazionale con legge 1 giugno 2002, n. 120.

²⁵ L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo n. 79/99 individua gli elementi essenziali delle concessioni di distribuzione dell'energia elettrica e dispone che esse contengano "tra l'altro, misure di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia secondo obiettivi quantitativi determinati con decreto del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro dell'ambiente entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

²⁶ L'art. 16, comma 4, del decreto legislativo n. 164/2000 individua, tra gli obiettivi di servizio pubblico a carico dei distributori di gas, "il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili" per il raggiungimento di obiettivi quantitativi nazionali definiti in coerenza con gli impegni del protocollo di Kyoto.

²⁷ Si tratta delle c.d. ESCO, *Energy Service Companies*.

²⁸ Vedi decreto del Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 21 dicembre 2007, recante "Revisione e aggiornamento dei decreti 20 luglio 2004, concernenti l'incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia, il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili". Questo decreto ha innalzato gli obiettivi 2008-2009 e ne ha definito di nuovi fino al 2012, ha esteso l'insieme dei soggetti obbligati e di quelli volontari, ha modificato il meccanismo sanzionatorio ed è intervenuto per aumentare la trasparenza degli scambi.

imprese di distribuzione soggette all'obbligo perseguono i loro obiettivi attraverso progetti che si adeguano a misure e interventi ricadenti in alcune tipologie prestabilite e dai quali effettivamente conseguano riduzioni dei consumi di energia primaria, verificati un tempo dall'Autorità (e ora, come vedremo, di competenza del GSE) e quindi convertiti in titoli di efficienza energetica (TEE) emessi dal GME (c.d. "certificati bianchi"), il cui valore corrisponde a detta riduzione di consumi.

Vale la pena segnalare che i decreti ministeriali del 2001 attribuivano all'Autorità il potere di verificare che ciascun distributore possedesse titoli corrispondenti all'obiettivo annuo a ciascuno di essi assegnato e, in caso di inottemperanza, di applicare sanzioni proporzionali e comunque superiori all'entità degli investimenti necessari a compensare inadempienze²⁹.

La previsione, ripresa testualmente nei successivi decreti del 2004, ha incontrato delle resistenze (per la verità comprensibili) presso i giudici amministrativi che ne hanno dichiarato l'illegittimità, poiché in assenza di una specifica attribuzione legislativa, conferiva all'Autorità un potere sanzionatorio diverso rispetto a quello stabilito dalla legge n. 481/95, consistente appunto nel comminare sanzioni multiple di un determinato valore e non solo sanzioni comprese tra un minimo e un massimo edittale³⁰.

Probabilmente all'esito di tale pronuncia giurisprudenziale, il decreto ministeriale 21 dicembre 2007, pur confermando il potere dell'Autorità di verificare il possesso da parte di ciascun distributore dei titoli corrispondenti all'obiettivo annuo assegnatogli e di irrogare le relative sanzioni, non prevede più che queste siano "proporzionali e comunque superiori all'entità degli investimenti necessari a compensare inadempienze".

Successivamente la verifica di riduzione dei consumi è diventata di competenza del GSE³¹, per effetto del trasferimento dell'attività di gestione, valutazione e certificazione dei risparmi disposto – in attuazione dell'art. 29, comma

²⁹ Art. 11 decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro dell'Ambiente 24 aprile 2001.

³⁰ TAR Lombardia, sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 5625.

³¹ In attuazione dell'art. 29, comma 1, lett. b) del decreto legislativo n. 28/11 e dell'art. 5, comma 1, del d.m. 28 dicembre 2012, il trasferimento al GSE dell'attività di gestione, valutazione e certificazione dei risparmi correlati ai progetti di efficienza energetica presentati nell'ambito del meccanismo dei TEE è divenuto operativo il 2 febbraio 2013, cioè, ai sensi dello stesso art. 5, comma 1, del d.m., "*entro trenta giorni dall'entrata in vigore*" dello stesso d.m. (entrato in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ossia il 3 gennaio 2013). Gli accessi al precedente *Sistema Efficienza Energetica* dell'Autorità sono stati sospesi dal 17 gennaio 2013 per consentire il trasferimento di cui sopra, ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2, dello stesso d.m. 28 dicembre 2012 (in questo senso la deliberazione dell'Autorità 10 gennaio 2013, 1/2013/R/efr).

1, lett. b) del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 – dall'art. 5, comma 1, del decreto ministeriale 28 dicembre 2012³².

Rimaneva il problema della debole base normativa del potere sanzionatorio in materia, affidato ad un decreto ministeriale, che nel frattempo il legislatore risolveva innalzando il livello della fonte normativa attributiva di detto potere: con appunto un atto avente forza di legge, il decreto legislativo n. 115/08. In quell'occasione il legislatore ha voluto allargare il contenuto di questo potere oltre che al caso del mancato raggiungimento dell'obiettivo, anche al caso del mancato "rispetto delle regole" (a garanzia del corretto funzionamento del meccanismo)³³.

La previsione è assai rilevante nella prospettiva dell'evoluzione del potere sanzionatorio dell'Autorità in parte sganciato dal rispetto della propria regolazione, perché chiarisce che l'Autorità può sanzionare per il mancato raggiungimento degli obiettivi di efficienza energetica nonché per il mancato rispetto delle regole poste nei decreti ministeriali. La nuova disposizione consente quindi espressamente all'Autorità di sanzionare il mancato rispetto di tutte le norme poste a tutela del buon funzionamento del mercato dei titoli di efficienza energetica, indipendentemente da quale sia il soggetto che quelle norme ha posto³⁴.

³² Decreto del Ministro dello sviluppo economico 28 dicembre 2012 recante *"Determinazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico che devono essere perseguiti dalle imprese di distribuzione dell'energia elettrica e il gas per gli anni dal 2013 al 2016 e per il potenziamento del meccanismo dei certificati bianchi"*.

³³ L'art. 7, comma 4, del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115, di attuazione direttiva 2006/32/CE, dispone che *"l'Autorità (...) verifica il rispetto delle regole ed il conseguimento degli obblighi da parte dei soggetti di cui al comma 1, lettere a) e b), applicando, salvo che il caso costituisca reato, le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481"*.

³⁴ Peraltro, come detto, ai sensi dell'articolo 13 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 28 dicembre 2012 entro il 31 maggio di ciascun anno, a partire dal 2014, i soggetti obbligati trasmettono al GSE i certificati bianchi relativi all'anno precedente, posseduti ai sensi dell'art. 10 dei decreti ministeriali 20 luglio 2004, dandone comunicazione al Ministero dello sviluppo economico e al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il GSE verifica che ciascun soggetto obbligato possieda certificati corrispondenti all'obbligo annuo a ciascuno di essi assegnato maggiorato di eventuali quote aggiuntive derivanti dalle compensazioni, informandone l'Autorità (comma 2). Per gli anni 2013 e 2014, qualora il soggetto obbligato consegua una quota dell'obbligo di propria competenza inferiore al 100%, ma comunque pari o superiore al valore minimo del 50%, può compensare la quota residua nel biennio successivo senza incorrere nelle sanzioni di cui al comma 4. Per gli anni 2015 e 2016 tale valore minimo è fissato al 60% dell'obbligo di competenza, ferma restando la possibilità di compensare la quota residua nel biennio successivo senza incorrere nelle sanzioni di cui al comma 4. Ai soggetti obbligati che conseguano percentuali di realizzazione inferiori a quanto indicato nei periodi precedenti si applicano le sanzioni di cui al comma 4, fermo restando l'obbligo di com-

5. *Il recupero ministeriale*

L'assetto di un precetto regolatorio lasciato all'esclusiva normazione posta dalla stessa Autorità subisce una consistente alterazione allorché la politica alimenta una certa tendenza nel recupero dei suoi tradizionali ambiti di intervento e di composizione sociale. Ne è testimone, fra tutti, la legge n. 239/2004³⁵ che contiene, tra l'altro, alcune previsioni suscettibili, da un lato, di modificare i rapporti tra il Governo e l'AEEGSI e, dall'altro, di alterare il modo di intendere l'autonomia della seconda.

Diverse disposizioni contenute in quella legge di riordino possono essere lette ed interpretate nella cennata direzione: quelle relative al coinvolgimento dell'Autorità nella determinazione degli obiettivi generali di politica energetica, quelle volte al recupero di obiettivi di politica industriale che assurgono al rango di principi generali, quelle che attribuiscono all'Autorità compiti impropri per un organismo di regolazione o che ne ridimensionano la rilevanza della propria attività consultiva, quelle volte a rafforzare il potere di direttiva ministeriale nei confronti dell'Autorità, quelle infine dirette ad introdurre un potere sostitutivo del Ministro dello sviluppo economico in caso di inerzia dell'Autorità³⁶.

Queste norme segnano il passaggio dalla autonomia come separatezza (quella per cui per l'Autorità come per tutte le autorità indipendenti nessun Ministro può essere chiamato a rispondere in Parlamento per il loro operato) alla autonomia come interdipendenza funzionale (in cui il Governo recupera una certa influenza).

Al di là della forte valenza istituzionale di questo passaggio legislativo, il cedimento della nozione di autonomia intesa come separatezza e l'abbrivio lungo i sentieri dell'ibridazione funzionale pone le basi per un successivo percorso legislativo in cui non è solo la regolazione dell'Autorità a doversi 'com-

pensazione della quota residua (comma 3). In caso di conseguimento degli obblighi inferiore alle percentuali minime indicate al comma 3, l'AEEGSI applica sanzioni per ciascun titolo mancante, ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, comunicando al Ministero dello sviluppo economico, al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, al GSE, all'ENEA e alla regione o provincia autonoma competente per territorio le inottemperanze riscontrate e le sanzioni applicate (comma 4). Ai sensi del comma 4 dello stesso art. 13 l'Autorità, inoltre, "definisce e rende note le modalità di calcolo delle sanzioni".

³⁵ Legge 23 agosto 2004, n. 239 recante "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia".

³⁶ Sia consentito rinviare a M. PASSARO, *I rapporti tra Governo e Autorità per l'energia elettrica e il gas alla luce della legge di riordino in materia energetica: dalla separazione all'assetto dinamico delle competenze*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, 945 ss..

promettere' con quella ministeriale ma è la sua stessa attività di *enforcement* a perdere il proprio baricentro originariamente confinato nel nucleo della regolazione economica dell'Autorità e a riscoprirsi *'asservito'* al rispetto di regole poste *aliunde*. I paragrafi successivi daranno conto delle principali tappe di questo percorso legislativo in cui i sentieri della regolazione sembrano quasi divaricarsi da quelli dell'*enforcement* e quindi non sempre il regolatore è messo in condizioni di perseguire con coerenza le proprie strategie di ricomposizione del tessuto regolatorio, vulnerato dalle possibili violazioni.

6. Una diversa strategia: dalla c.d. Robin Hood tax alle sanzioni in materia di incentivi elettrici e termici

Questa accennata tendenza dell'evoluzione del sistema di *enforcement* che si stacca dall'originario nucleo funzionale alle esigenze della sola regolazione posta dall'Autorità, viene anzitutto confermata dai poteri di controllo attribuiti all'AEEGSI in materia di c.d. *Robin Hood tax*: sul rispetto del divieto di traslazione sui prezzi al consumo dell'onere derivante da una maggiorazione d'imposta³⁷.

Si tratta solo di poteri di vigilanza e non anche strettamente sanzionatori, salvo quelli che derivino dal mancato adempimento degli obblighi informativi, previsti dalla regolazione dell'Autorità, funzionali all'attività di vigilanza, sugli operatori economici interessati, del divieto di traslazione in parola³⁸. Infatti

³⁷ Vedi art. 81, comma 16, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge n. 133/08 che ha stabilito, in considerazione "dell'andamento dell'economia e dell'impatto sociale dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico", che l'aliquota dell'imposta sul reddito delle società (I.R.E.S.), di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 917/1986, sia applicata con un'addizionale di 5,5 punti percentuali per i soggetti che abbiano conseguito nel periodo di imposta precedente un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro e che operino nei settori della ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi, della raffinazione del petrolio, della produzione o commercializzazione di benzine, petroli, gasoli per usi vari, oli lubrificati e residuati, gas di petrolio liquefatto e gas naturale, nonché della produzione e commercializzazione di energia elettrica (l'importo della maggiore aliquota è stato aumentato sino al 6,5 per cento dall'art. 56, comma 3, della legge 23 luglio 2009, n. 99). L'art. 81, comma 18, del decreto-legge n. 112/2008 – come modificato dalla legge di conversione – ha introdotto il divieto di traslazione dell'addizionale, prevedendo che è fatto divieto agli operatori economici cui si applica l'ulteriore aliquota "di traslare l'onere della maggiorazione di imposta sui prezzi al consumo". L'Autorità vigila "sulla puntuale osservanza" del divieto di traslazione e presenta "entro il 31 dicembre 2008, una relazione al Parlamento relativa agli effetti delle disposizioni di cui al comma 16".

³⁸ Si tratta degli articoli 3, 4 e 7 della deliberazione VIS 109/08, la cui legittimità è stata confermata dai giudici (vedi successiva nota 40). Successivamente l'Autorità è intervenuta in

una previsione – che imponeva agli operatori di dichiarare di aver adottato misure gestionali per evitare la traslazione – è stata annullata dai giudici amministrativi che hanno ritenuto che l'Autorità abbia solo “*un potere di vigilanza di portata meramente conoscitiva e funzionalizzato alla presentazione della relazione al Parlamento*”, e non possa adottare “*misure dirette a prevenire o reprimere fenomeni traslativi dell'imposta*”³⁹.

La giurisprudenza ha tuttavia chiarito che gli obblighi di informazione gravanti sugli operatori a beneficio dell'Autorità sono finalizzati ad individuare le imprese sulle quali condurre un'indagine più approfondita al fine di accertare l'eventuale violazione del divieto di traslazione dell'addizionale d'imposta sui prezzi al consumo. Ciò conferma la legittimità del metodo di analisi adottato dall'Autorità, in quanto congruente con i compiti di vigilanza che il legislatore le ha riconosciuto con il decreto-legge 112/08⁴⁰.

materia dapprima con la deliberazione 27 settembre 2012, 394/2012/E/RHT, applicabile nei confronti degli operatori “*sottoposti a vigilanza a partire dall'esercizio 2011*” (art. 10, comma 1), e da ultimo con la deliberazione 17 aprile 2014, 176/2014/E/RHT, oggi vigente, il cui art. 10, comma 1, ha disposto in via transitoria l'applicabilità della precedente deliberazione 394/2012/E/RHT “*con esclusivo riferimento alle verifiche contabili e agli obblighi informativi relativi agli esercizi precedenti al 2013*”. L'ultimo intervento di revisione regolatoria è stato giustificato anche dal fatto che il legislatore era in precedenza intervenuto con l'art. 11, comma 14, decreto-legge n. 101/2013, convertito con modifiche dalla legge n. 125/2013, riscrivendo l'ambito dei poteri di vigilanza dell'Autorità, i quali oggi si esercitano “*mediante accertamenti a campione*” e “*nei confronti dei soli soggetti il cui fatturato è superiore al fatturato totale previsto dall'articolo 16, comma 1, prima ipotesi, della legge 10 ottobre 1990, n. 287*” (c.d. soglia Antitrust, annualmente rivalutata, pari a euro 489.000.000 – delibera Autorità garante della concorrenza e del mercato 10 marzo 2014, n. 24818).

³⁹ Con le sentenze nn. 4043/2009, 4045/2009, 4047/2009, 4049/2009, 4050/2009 e 4052/2009 del TAR Lombardia, passate in giudicato, la deliberazione VIS 109/08 è stata parzialmente annullata, nella parte in cui, all'art. 2, imponeva agli operatori assoggettati al potere di vigilanza dell'Autorità ex decreto-legge 112/2008, di inviare all'Autorità medesima, entro il 15 marzo 2009, una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante e dagli organi societari di controllo, attestante di aver adottato e attuato decisioni e disposizioni gestionali dirette ad escludere la possibilità di traslazione sui prezzi al consumo della detta maggiorazione di imposta, di averle portate a conoscenza del personale funzionalmente interessato e di non aver accertato casi di violazione delle medesime da parte del suddetto personale. Detto annullamento è stato operato sulla base del rilievo dell'esorbitanza, dai confini del potere di vigilanza attribuito all'Autorità, di portata meramente conoscitiva e funzionalizzato alla presentazione di una relazione al Parlamento.

⁴⁰ Il sistema degli indicatori individuato dall'Autorità non impone la fissazione di un determinato livello di prezzo né il suo superamento potrebbe costituire la prova dell'avvenuta violazione del divieto, costituendo piuttosto un mero indice dell'opportunità di approfondire le attività di verifica nei confronti di una più ristretta cerchia di operatori. In altri termini l'obbligo di motivazione, in caso di variazione del margine di contribuzione semestrale, non si risolve in una presunzione di violazione del divieto di traslazione, ma costituisce solo un primo criterio di

Le evoluzioni normative e giurisprudenziali confermano quindi che il legislatore del 2008 ha inteso coinvolgere l'Autorità in compiti di *enforcement* (quanto meno di *controllo c.d. referente*) che nulla hanno a che fare con la regolazione economica dell'Autorità⁴¹.

Figlio di questa medesima tendenza sembra essere il già citato d. lg. n. 28/2011, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che ancora una volta attribuisce all'AEEGSI poteri sanzionatori sganciati da esigenze di *enforcement* della regolazione di settore ed in questo caso afferenti al rispetto della normativa in materia di incentivi elettrici e termici.

Si tratta della materia dell'erogazione di incentivi nel settore elettrico e termico di competenza del GSE, che verifica, anche per il tramite degli enti da esso controllati, i dati forniti dai soggetti che presentano istanza, sia mediante una verifica documentale (controlli *ex ante*), ossia con un controllo sulla documentazione trasmessa dall'istante, sia mediante controlli a campione sugli impianti (controlli *ex post*), controlli che potranno svolgersi anche senza

selezione delle imprese su cui effettuare accertamenti più approfonditi. Per queste ragioni l'Autorità non ha introdotto un sistema di prezzi amministrati, finalizzato al controllo/calmieramento dei prezzi ma ha reso effettiva la scelta di politica fiscale del decreto-legge 112/2008, volta "a monitorarne le possibili violazioni" attraverso più approfondite "indagini sulle scelte economiche rilevanti". Così Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388.

⁴¹ Secondo la giurisprudenza la vigilanza sul rispetto del divieto di traslazione è stata attribuita all'Autorità dall'art. 81, comma 18, decreto-legge n. 112/08 "attraverso un sistema di controllo 'referente', che ha come misura finale la presentazione di una relazione annuale al Parlamento in ordine agli effetti economici della maggiorazione I.R.E.S. sui prezzi al consumo e sui profitti delle imprese che ne sono soggette". L'Autorità non può quindi adottare misure preventive o repressive, condizionare direttamente le scelte delle imprese, bloccare i prezzi o sanzionare l'aumento dei prezzi ricollegabili alla traslazione della maggiorazione dell'onere fiscale, ma "può, invece, acquisire tutte le informazioni aziendali necessarie a comprendere i fattori che influenzano in concreto la formazione dei prezzi praticati da ciascuna società e valutarle al fine di verificare se eventuali scostamenti siano giustificabili in base alle ordinarie dinamiche del mercato (aumento dei costi, strategie aziendali etc.), oppure appaiano riconducibili all'aggravio derivante dall'applicazione dell'addizionale I.R.E.S. prevista dal d.l. n. 112/08". A tal fine, l'Autorità può esercitare tutti i poteri istruttori, di indagine e di verifica "che le sono conferiti dalla legge 1995 n. 481" nei confronti delle imprese assoggettate all'addizionale IRES, anche di quelle che non vendono direttamente ai consumatori ma operano in fasi a monte della filiera. I giudici hanno peraltro puntualizzato che solo da un eventuale inadempimento alle richieste istruttorie (dati, documenti, motivazioni relative alle variazioni dei margini, etc.) dell'Autorità "possono scaturire conseguenze sanzionatorie o accertamenti ispettivi".

Pertanto, i giudici hanno annullato l'art. 2 della delibera 109/08 perché con esso l'Autorità avrebbe imposto agli operatori di adottare misure gestionali preventive, ingerendosi indebitamente nella loro sfera di autonomia, laddove la funzione di vigilanza attribuitale dal decreto-legge n. 112/08 "è meramente "conoscitiva" e non ha natura regolatoria del mercato". Cfr. Tar Lombardia, Sez. III, con tredici sentenze del 17 giugno 2009, nn. 4041, 4042, 4043, 4044, 4045, 4046, 4047, 4048, 4049, 4050, 4051, 4052, 4053 del 2009.

preavviso da soggetti preposti dal GSE che, per l'occasione, rivestiranno la qualifica di pubblici ufficiali e che hanno ad oggetto, in particolare, *“la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica”*⁴².

Ebbene, nel caso in cui i controlli diano esito negativo e consentano di riscontrare delle violazioni *“rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi”*, oltre a misure ripristinatorie disposte dal GSE – che dispone il rigetto dell'istanza (ad esito di controlli documentali *ex ante*) ovvero la decadenza dagli incentivi e il recupero delle somme già erogate (presumibilmente ad esito di controlli a campione sugli impianti) e talvolta pesanti inibizioni all'attività di impresa⁴³ – lo stesso Gestore trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/1995. A tal fine, le amministrazioni e gli enti pubblici, deputati ai controlli relativi al rispetto delle autorizzazioni rilasciate per la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili, fermo restando il potere sanzionatorio loro spettante, trasmettono tempestivamente al GSE l'esito degli accertamenti effettuati, nel caso in cui le violazioni riscontrate siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi (art. 42, comma 4)⁴⁴.

Il d.lg. n. 28/2011 attribuisce quindi all'Autorità il potere di sanzionare le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi elettrici e termici che emergano nel corso delle verifiche sui dati forniti dagli istanti e sugli impianti.

È interessante notare il riflesso del decreto legislativo 28/2011 nella materia del risparmio ed efficienza energetica.

A fronte della conferma in capo all'Autorità del potere sanzionatorio

⁴² Peraltro in questa materia, precisa l'art. 42 del decreto legislativo n. 28/2011, *“restano ferme le competenze in tema di controlli e verifiche spettanti alle amministrazioni statali, regionali, agli enti locali nonché ai gestori di rete”*, nonché i controlli sulla provenienza e tracciabilità di biomasse, biogas e bioliquidi sostenibili eseguiti da AGEA (Agenzia per le erogazioni in Agricoltura).

⁴³ Sulla condizione ostativa alla percezione degli incentivi per la durata di dieci anni, per coloro per i quali le autorità competenti abbiano accertato che, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi, abbiano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero abbiano reso dichiarazioni false o mendaci, prevista dall'art. 23, comma 3, decreto legislativo n. 28/11, il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli articoli 3, 76 e 117, comma 1, della Costituzione, per avere il citato art. 23 sostanzialmente introdotto una sanzione interdittiva disciplinando un oggetto privo di copertura da parte della legge di delegazione n. 96 del 2010 (Consiglio di Stato, (ord.), 27 agosto 2014, n. 4352).

⁴⁴ L'art. 42 del decreto legislativo n. 28/2011 è stato attuato dal decreto del Ministero dello sviluppo economico 31 gennaio 2014 recante appunto *“Attuazione dell'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici S.p.A.”*.

assegnatole dall'art. 7, comma 4, del d. lg. n. 115/08, ossia quello di verificare il rispetto delle regole, nonché il conseguimento degli obiettivi da parte dei soggetti obbligati all'acquisto dei certificati bianchi, diventano di competenza del GSE i controlli sui dati forniti dal privato nella sua istanza e sugli impianti e quindi sulla "bontà" dell'erogazione degli incentivi a cui si aggiunge l'attività di valutazione e certificazione dei risparmi⁴⁵. Il che evidenzia che il ridimensionamento dei poteri dell'Autorità nella gestione del meccanismo sia bilanciato dal rafforzamento del suo potere sanzionatorio. Circostanza che, da un punto di vista istituzionale, può leggersi come espressione della tendenza che vede il potere di regolazione – di una autorità di regolazione ... – recessivo rispetto ai suoi poteri di *enforcement* e questi posti al servizio dell'effettività di regole poste *aliunde*.

7. La tendenza delle direttive di terza generazione: marginalizzazione dell'illecito 'regolatorio' o intreccio con l'illecito 'comunitario'?

Le direttive comunitarie settoriali (in materia di FER e di TEE) già derogano alla regola generale della perimetrazione dell'illecito affidata al regolatore, individuando specifiche violazioni direttamente nella legge. Le direttive di terza generazione estendono questa deroga, al punto da individuare un nuovo filone nell'attribuzione di poteri sanzionatori alle autorità nazionali di regolamentazione.

L'art. 22 del regolamento CE n. 714/2009⁴⁶ e l'art. 27 del regolamento CE n. 715/2009⁴⁷ demandano agli Stati membri le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni dei regolamenti stessi. Con analoghe previsioni le due direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE stabiliscono che le autorità di regolamentazione hanno il potere di imporre sanzioni "*effettive, proporzionate e dissuasive*" alle imprese elettriche o del gas naturale che non ottemperino agli obblighi ad esse imposti dalle stesse *direttive* o dalle "*pertinenti decisioni*".

⁴⁵ Disposta – in attuazione dell'art. 29, comma 1, lett. b) del d. lg. 3 marzo 2011, n. 28 – dall'art. 5, comma 1, del decreto ministeriale 28 dicembre 2012. Il trasferimento al GSE dell'attività di gestione, valutazione e certificazione dei risparmi correlati ai progetti di efficienza energetica presentati nell'ambito del meccanismo dei TEE è divenuto operativo il 2 febbraio 2013.

⁴⁶ Regolamento CE n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, "*Relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica*".

⁴⁷ Regolamento CE n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, "*Relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale*".

giuridicamente vincolanti” dell’Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell’energia (ACER) nonché dalla stessa “*Autorità di regolamentazione*”⁴⁸.

Sulla scorta della legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009), ed in particolare del suo articolo 17, comma 3, lett. c) e comma 4, lett. o), l’art. 45 del già richiamato decreto legislativo n. 93/2011⁴⁹, fermo restando quanto previsto dalla legge n. 481/95, attribuisce all’Autorità il potere di irrogare sanzioni, oltre che per violazioni di proprie decisioni o di quelle dell’ACER, anche per violazioni di alcune prescrizioni e obblighi puntualmente previsti in *altre* disposizioni del medesimo o di altri decreti legislativi e dettagliatamente richiamati⁵⁰.

⁴⁸ L’art. 37, paragrafo 4, lett. d) – e paragrafo 5, lettera a) e che rimanda al paragrafo 4 – della direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, recante “*Norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica*” stabilisce che le Autorità di regolamentazione hanno il potere di imporre sanzioni “*effettive, proporzionate e dissuasive*” alle imprese elettriche che non ottemperino agli obblighi da esse imposti dalla “*presente direttiva*” o dalle “*pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti*” dell’Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell’energia (ACER) o dalla stessa “*Autorità di regolamentazione*”. L’art. 41, paragrafo 4, lett. d) – e paragrafo 5, lettera a) e che rimanda al paragrafo 4 – della direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, recante “*Norme comuni per il mercato interno del gas naturale*” stabilisce che le autorità di regolamentazione hanno il potere di imporre sanzioni “*effettive, proporzionate e dissuasive*” alle imprese di gas naturale che non ottemperino agli obblighi da esse imposti dalla “*presente direttiva*” o dalle “*pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti*” dell’ACER o dalla stessa “*Autorità di regolamentazione*”.

⁴⁹ Decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, recante *attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, del gas naturale e sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica*.

⁵⁰ L’art. 45, comma 1, del d.lg. n. 93/2011 attribuisce all’Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie “(...) in caso di inosservanza delle prescrizioni e degli obblighi previsti dalle seguenti disposizioni: a) articoli 13, 14, 15, 16 del regolamento CE n. 714/2009 e articoli 36, comma 3, 38, commi 1 e 2, e 41 del presente decreto; b) articoli 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 22 del regolamento CE n. 715/2009 e articoli 4, 8, commi 4 e 5, e articolo 10, commi 1 e 3, e articoli 11, 12, 13, 14, 15, 16, comma 8, 17, commi 4 e 5, 18, 19, 23 e 26 del presente decreto, nonché articolo 20, commi 5bis e 5ter del decreto legislativo n. 164/2000”. Gli elenchi di cui alle predette lettere a) e b) sono esaustivi e non meramente esemplificativi delle fattispecie soggette al potere sanzionatorio dell’Autorità, poiché comprendono numerose disposizioni, di diversa provenienza – regolamento CE n. 714/2009, regolamento CE n. 715/2009, d.lg. n. 93/2011 e d.lg. n. 164/2000 – individuate analiticamente. Si tratta di disposizioni che riguardano sia la materia elettrica (corrispettivi di accesso alle reti elettriche; scambio di informazioni fra gestori del sistema di trasmissione per garantire la sicurezza nelle reti nella gestione delle congestioni (art. 15); risoluzione dei problemi di gestione delle congestioni (art. 16); indipendenza organizzativa e gestionale del gestore del sistema di distribuzione facente parte di un’impresa elettrica verticalmente integrata (art. 38 commi 1 e 2); trasparenza e garanzia di assenza di vantaggi competitivi nelle politiche di comunicazione e di marchio relative alle attività di vendita ai clienti del mercato libero ovvero ai clienti riforniti nella maggior tutela (art. 41)) che la materia gas (sepa-

Sembra che il legislatore nazionale abbia consapevolmente perimetrato la potestà sanzionatoria dell'Autorità a fattispecie significative di illecito che riguardano violazioni relative a norme in materia di *unbundling*, accesso alle reti, scambi transfrontalieri.

Pertanto la novità rappresentata dalle direttive del terzo pacchetto comunitario e dal decreto legislativo di recepimento n. 93/2011 sta nel senso che l'illecito non è più solo lasciato al disegno dal regolatore ma è (anche) direttamente tipizzato dalle direttive comunitarie e dalle leggi di attuazione.

8. Le sanzioni poste a tutela dei consumatori

Il progressivo parziale sganciamento delle sanzioni dell'AEEGSI rispetto alla regolazione da essa stessa posta, inaugurato con gli obblighi di acquisto dei c.d. certificati verdi e dei c.d. certificati bianchi e generalizzato con le direttive di terza generazione, annovera un altro recente episodio nella materia della tutela dei consumatori.

Ad esito, molto probabilmente ancora provvisorio, di un tormentato *iter* giurisprudenziale e legislativo⁵¹, il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 ha attribuito, in via esclusiva, il potere di sanzionare le pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (da ora AGCM)⁵².

razione dei proprietari dai gestori dei sistemi di trasporto e individuazione del gestore di trasporto indipendente (art. 10, commi 1 e 3); beni, identità e personale del gestore di trasporto indipendente (art. 11); investimenti di sviluppo della rete di trasporto (art. 16, comma 8); gestore di sistema indipendente delle imprese proprietarie delle reti di trasporto diverse dall'impresa maggiore (art. 17, commi 4 e 5); separazione dei proprietari dei sistemi di trasporto e dei gestori dei sistemi di stoccaggio (art. 18); separazione dei gestori dei sistemi di distribuzione (art. 23); trasparenza e separazione della contabilità (art. 26)).

⁵¹ Sul travagliato percorso giurisprudenziale e legislativo che ha portato all'attuale testo contenuto nell'art. 27 comma 1 bis del Codice del consumo vedi l'accurata ricostruzione di V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2014, 201 e ss..

⁵² L'art. 67, comma 6, del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 ha inserito nell'art. 27 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo) il comma 1 bis, il quale precisa che "anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di

Almeno ad accedere ad una interpretazione letterale della norma sembrerebbe di capire che la competenza a sanzionare le pratiche commerciali scorrette nei settori regolati spetti *“in via esclusiva”* all'AGCM e poiché *“resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta”*, l'AEEGSI non avrebbe più il potere di sanzionare condotte che violano la *“propria regolazione”* e contestualmente siano configurabili quali pratiche commerciali scorrette.

Peraltro, data l'ampiezza della nozione di *“pratica commerciale scorretta”*⁵³, è assai arduo ipotizzare una violazione della regolazione pro-consumeristica che non configuri anche una pratica commerciale scorretta: dunque è come se il legislatore avesse di fatto sottratto all'Autorità di regolazione il potere di reazione amministrativa per violazioni della (propria) regolazione posta a tutela del cliente finale, residuandogli, in casi del genere, soltanto un potere di segnalazione all'AGCM per i seguiti di sua competenza.

Per quanto questa norma sia frutto di un intervento probabilmente frettoso del legislatore nazionale e sia suscettibile, almeno così letta, di approdare ad una dichiarazione di non conformità al diritto comunitario⁵⁴, non c'è dub-

intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze”.

⁵³ Che la nozione generale di pratica commerciale scorretta sia alquanto ampia si desume dall'art. 20 del c.d. Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206): *“una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*.

⁵⁴ Certamente il diritto comunitario in materia di regolazione dei mercati energetici ma probabilmente lo stesso diritto comunitario in materia di pratiche commerciali sleali.

Sul primo punto si consideri che le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE prevedono che *“gli Stati membri adottano misure adeguate per tutelare i clienti finali”* (il cliente finale è un cliente che acquista energia elettrica e gas naturale per uso proprio (artt. 2 direttive 2009/72/CE) ed assicurano in particolare ai clienti vulnerabili un'adeguata protezione (...). Essi garantiscano un elevato livello di protezione dei consumatori, con particolare riguardo alla *trasparenza delle condizioni generali di contratto* (...). Per quanto riguarda almeno i clienti civili (il cliente civile è quello che acquista gas naturale e energia elettrica per il proprio consumo domestico - artt. 2 direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE), queste misure comprendono quelle che figurano nell'allegato I” (così l'art. 3, comma 7, direttiva 2009/72/CE e l'art. 3, comma 3, direttiva 2009/73/CE). Tali Allegati prevedono che: i contratti specifichino *“informazioni sui diritti dei consumatori”*; *“le condizioni siano eque e comunicate in anticipo ai clienti (...) prima della conclusione o della conferma del contratto”*; i clienti *“ricevano informazioni trasparenti sui prezzi e sulle tariffe vigenti e sulle condizioni tipo per quanto riguarda l'accesso ai servizi di energia elettrica e gas e all'uso dei medesimi”*; *“le condizioni generali devono essere eque e trasparenti, specificate in un linguaggio chiaro e comprensibile”*; *“i clienti sono protetti dai metodi di vendita sleali o ingannevoli”*. Le

bio che, almeno nel suo tenore letterale, dia vita ad un modello di *enforcement* in assoluta controtendenza rispetto a quello prefigurato dalla legge istitutiva dell'Autorità. Se questa si dava cura di assicurare saldamente in capo all'AEEGSI il potere sanzionatorio posto a presidio della propria regolazione, il legislatore del 2014 ritiene, assai sorprendentemente, che le condotte che violino la regolazione settoriale, che tutelino i consumatori da metodi di vendita sleali o da pratiche che possano alterarne il comportamento economico, siano sanzionate dall'Autorità con competenze trasversali (AGCM) e non dall'Autorità di settore.

Siamo, come si vede, distanti anni luce da un modello di *'giustizia domestica'* scolpito dal c.d. *'illecito regolatorio'*, che pure aveva determinato la fortuna dei regolatori settoriali cui erano affidati non solo il compito di posizionamento delle norme ma anche lo strutturale presidio delle loro eventuali violazioni.

È presto per ritenere se questo sia un epilogo definitivo o piuttosto un passaggio a vuoto di un legislatore confuso che insegue frettolosamente soluzioni posticcie dettate da preoccupazioni estemporanee⁵⁵: certo è che questa tappa legislativa segna un ulteriore ed inquietante cedimento di un disegno normativo (quello di un regolatore che detta le regole e ne controlla l'osservanza) che soffre ormai di ripetute eccezioni per potersi ancora considerare un valido modello di riferimento per un coerente e consapevole sistema di *enforcement*. Quel paradigma – secondo cui la sanzione dell'Autorità viene

stesse direttive, dopo aver previsto che ciascuno Stato membro designi un'Autorità di regolamentazione a livello nazionale (art. 35, par. 1, direttiva 2009/73/CE e art. 39, par. 1, direttiva 2009/73/CE), individuano tra i compiti e le competenze dell'autorità di regolamentazione quello di *"garantire, in collaborazione con le altre autorità competenti, che le misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate nell'Allegato I, siano effettive ed applicate"* (art. 37, par. 1, lett. n), direttiva 2009/72/CE e art. 41, par. 1, lett. o) direttiva 2009/73/CE) e prevedono che all'autorità di regolamentazione debba essere conferito, tra gli altri poteri, quello di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive alle imprese che non ottemperano agli obblighi ad esse imposte dalle direttive (art. 37, par. 4, lett. d), direttiva 2009/72/CE e art. 41, par. 4, lett. d), direttiva 2009/73/CE).

Sul diritto comunitario in materia di pratiche commerciali sleali si consideri che lo stesso art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/CE, nel prevedere che *"in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici"*, non sembra giustificare una norma nazionale (come quella di cui al comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo) che attribuisca in via esclusiva (e non sussidiaria) all'AGCM la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette.

⁵⁵ L'obiettivo dell'introduzione del comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo sembrerebbe quello di superare la procedura di infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea il 17 ottobre 2013 – C(2013) 6682 – contro lo Stato italiano sui conflitti di competenza e sulle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Ma sul punto vedi le interessanti considerazioni di V. CARFI, *op. cit.*, 212.

posta a presidio di regole da essa dettate – che già aveva registrato un temperamento con l'introduzione progressivamente strisciante di un modello che vedeva quella sanzione piegata (anche) al rispetto di norme poste *aliunde*, sembra trovare un ulteriore cedimento con la cessione a strumenti sanzionatori attribuiti alla competenza di altri soggetti, del presidio di regole poste dallo stesso regolatore. Ed è assai singolare o forse sintomatico che questa cessione intervenga proprio per l'*enforcement* di un settore, quello della tutela del consumatore, dove si è sedimentata una regolazione se non completa⁵⁶, certamente pervasiva. Il '*divorzio*' tra sistemi regolatori e meccanismi di reazione amministrativa, tra posizionamento del comando e restaurazione dell'ordine, in una parola tra regolazione ed *enforcement*, non potrebbe essere più evidente.

9. Le sanzioni a presidio dell'efficienza energetica

La divaricazione tra sentieri della regolazione e sentieri dell'*enforcement* segna un'ulteriore tappa nell'articolazione del meccanismo sanzionatorio a presidio dell'efficienza energetica di cui al recente decreto legislativo n. 102/2004.

Se la tecnica del legislatore del 1995 era stata quella di delegare stabilmente alla regolazione dell'Autorità l'individuazione del precetto, il legislatore del 2014 ribalta la prospettiva e sceglie di tipizzare, con precisione chirurgica, gli obblighi relativi alla materia dell'efficienza energetica. Questi vanno dalla fornitura di contatori individuali di energia elettrica, gas naturale, teleriscaldamento, teleraffreddamento ed acqua calda per uso domestico (di cui l'AEEGSI dovrà regolare solo le modalità di fornitura ai clienti finali), ai sistemi di misurazione intelligenti (di cui l'Autorità predisporrà le specifiche abilitanti), alla consulenza al cliente finale al momento dell'installazione dei contatori, alla contabilizzazione dei consumi individuali negli edifici serviti da una rete di teleriscaldamento o da un sistema di fornitura centralizzato, alle informazioni contenute nelle fatture emesse nei confronti dei clienti finali presso i quali non sono installati contatori intelligenti, alle informazioni complementari sui consumi storici dei clienti finali, alle modalità con cui queste informazioni sono rese disponibili su richiesta del cliente finale a un fornitore di servizi energetici, alla fatturazione elettronica, al resoconto globale sui costi energetici, al divieto di applicare specifici corrispettivi ai clienti finali per la ricezione di fatture o per l'accesso ai dati relativi ai consumi.

⁵⁶ E' infatti difficile o forse consolatorio ipotizzare un ordinamento settoriale davvero completo, quasi che l'assenza di lacune lo renderebbe insuscettibile di nuovi interventi regolatori a tutela del consumatore. Così V. CARFI, *op. cit.*, 207.

Come si vede si tratta di una serie articolata di obblighi animati dalla necessità di rendere i consumatori informati dei propri consumi, dei costi connessi e delle opportunità di ridurre la propria spesa energetica, inducendone positivi cambiamenti comportamentali (*behavioural changes*), nella consapevolezza che soltanto una gestione attiva della domanda di energia, unitamente allo sviluppo di un'offerta concorrenziale di servizi energetici, possa raggiungere gli agognati obiettivi di efficienza energetica. Tuttavia il commendevole intento di garantire ai clienti finali e a soggetti terzi da essi designati (es. *energy service companies*) l'accesso ai dati di misura sui propri consumi ha reso il legislatore dimentico che molte di queste previsioni sono già da tempo contenute nella regolazione dell'AEEGSI e che grazie a questa regolazione il nostro Paese è ormai all'avanguardia in Europa nel campo dei contatori intelligenti⁵⁷.

Quando si indulge in previsioni di dettaglio si rischia di sovrapporsi a previsioni regolamentari già contenute altrove con il rischio di cristallizzarle, specie quando queste previsioni, disciplinando fattispecie tecniche, sono sottoposte ad una naturale obsolescenza in ragione dell'evoluzione tecnologica e di quella del mercato.

E proprio sul punto questa pedante tecnica normativa presta il fianco ad una critica radicale: non è anche per questo che sono state costituite le autorità indipendenti? Come detto sopra, in settori o segmenti di mercato ormai giunti ad un notevole stadio di maturità e soggetti comunque a continue evoluzioni è naturale che il legislatore rinunci ad una puntuale descrizione dei desiderabili equilibri di mercato, degli assetti ottimali sotto il piano della allocazione delle risorse, in una parola di un ordine precostituito intorno a cui disegnare, per converso ed una volta per tutte, un catalogo degli illeciti che quell'ordine presidi stabilmente: in suo luogo, entro una cornice di legalità, è naturale che lo faccia il regolatore. Di qui l'idea, già sopra accennata, di una tecnica legislativa che richiami a sussidio una etero-integrazione normativa del precetto primario, con ciò evitando una pericolosa quanto inutile cristallizzazione delle ipotesi che costituiscono deviazione dai corretti modi di comportamento degli operatori⁵⁸.

⁵⁷ Si veda Autorità per l'energia elettrica il gas il gas e il sistema idrico, *Memoria sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2012/27/CE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE (Atto del Governo n. 90)*, 8 maggio 2014, 6 ss.

⁵⁸ Su questi temi la letteratura è vasta. Cfr., a solo titolo esemplificativo, T. PADOA SCHIOPPA, *Integrazioni dei mercati e istituzioni finanziarie*, in *Il Mulino*, 1995, 2, 380 ss.; A. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1992, 150; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 335; M. CLARICH, *Il problema del coordinamento tra autorità di vigilanza*, in *Banche e Assicurazioni. Rapporti e prospettive di sviluppo in Italia*, a cura di F. Cesarini - R. Varaldo, Torino,

La tecnica redazionale in cui indulge il decreto legislativo 102/2004 sembra invece ispirarsi ad un dogma della completezza, di impronta illuministica, disegnando degli enunciati normativi che assume sufficienti a prevedere e regolare tutti i possibili casi della concreta esperienza applicativa.

Certo la puntualizzazione del precetto è in alcuni casi affidata all'Autorità: ma lo spazio normativo del regolatore sembra assai residuale e quindi la sanzione viene posta a presidio di un precetto sostanzialmente tipizzato dal legislatore⁵⁹.

10. Conclusioni: una bussola per il futuro

Dove vanno le sanzioni dell'AEEGSI a quasi venti anni dalla sua legge istitutiva e a dieci anni dalla piena operatività della sua attività sanzionatoria?

A meno che non si disponga di poteri di chiaroveggenza istituzionale è impossibile preconizzare gli sviluppi, tanto ricca di implicazioni risulta la vicenda e tanto ambivalenti sono le tracce che il legislatore ha disseminato nel lungo processo di stratificazione normativa. Se è quindi prudente riservare la prognosi, in quanto il quadro è suscettibile di evoluzioni allo stato non ancora prevedibili, alcuni sintomi si possono tuttavia isolare e ricondurre in percorsi di cui è possibile identificare se non gli sviluppi almeno la natura.

Si potrà ancora parlare di *'illecito regolatorio'*? Certamente, almeno finché ci sarà un'autorità di regolazione nel/i settore/i. E siccome questa sembra godere di buona salute come dimostra la stima che la circonda e i riconoscimenti del legislatore che le attribuisce sempre nuove competenze regolatorie estese ad altri settori (nei sistemi idrici, nel teleriscaldamento), è presumibile che ci sarà un apposito apparato sanzionatorio a corredo di quelle regole.

Ma questo scenario è più probabile nei settori ancora da regolare, posto che nei settori ove la regolazione è ormai matura (energia elettrica, gas naturale) è troppo forte il rischio o la tentazione di una sorta di entropia istituzionale, in cui le regole, inizialmente introdotte quale succedaneo di un mercato ancora inesistente, rimanderanno ad un insieme di regole secondarie

Giappichelli, 1992, 41.

⁵⁹ Peraltro i termini previsti per l'adozione del regolamento sanzioni da parte dell'art. 16 del decreto legislativo 102/2014 non risultano coordinati con la tempistica prevista per l'implementazione, in sede regolatoria, della disciplina di cui all'art. 9 (misurazione e fatturazione dei consumi energetici): dodici mesi per il settore elettrico e del gas naturale, ventiquattro mesi per il settore del teleriscaldamento e teleraffreddamento. Si veda anche Autorità per l'energia elettrica il gas il gas e il sistema idrico, *Memoria sullo schema di decreto legislativo*, cit.

che sorreggono l'impalcatura istituzionale e che a loro volta per reggersi ed implementarsi esigono altre regole o semplici comandi amministrativi (primo fra tutti l'obbligo di fornire informazioni) che si rendono conseguentemente necessari. Un sistema di regole su regole che potrebbe spingere il regolatore a smarrire il senso della sua missione (creare un mercato concorrenziale) conducendolo, più o meno inconsapevolmente, allo scopo di difendere il sistema di regole che si è dato⁶⁰.

In questo scenario, salva l'intercettazione di illeciti ancora significativi, la sanzione diventerebbe non uno strumento per ricondurre il mercato a regole di correttezza e di trasparenza, ma per difendere ... il lavoro dell'Autorità. Una sorta di deriva autoreferenziale, che oltre a essere inscritta nella teoria burocratica, potrebbe essere consapevolmente indotta dai nemici dell'Autorità, più interessati a far smarrire silenziosamente il senso della sua missione che a eroderne scopertamente le attribuzioni ...⁶¹.

Per quanto frutto di una scelta dettata da tutt'altre finalità⁶², da questo punto di vista non sembra senza significato che per frenare questa deriva il legislatore abbia affidato l'*enforcement* di settori regolatori ormai maturi (vedi la tutela del consumatore) alla competenza di Autorità trasversali (AGCM). E che le abbia specularmente riconosciuto poteri sanzionatori a presidio della stabilità di regole poste *aliunde*, primo fra tutte quelle affidate al disegno dello stesso legislatore.

L'esito apparentemente paradossale è che, a voler enfatizzare questi sintomi, si potrà prevedere che laddove l'Autorità ha storicamente posto regole ormai sedimentatesi perderà anche i suoi poteri sanzionatori, che viceversa le verranno riconosciuti a presidio di regole poste da altri soggetti (*Robin hood tax*, incentivi elettrici). Un paradosso per un'autorità di

⁶⁰ D'altra parte, se compito precipuo dell'Autorità è quello di operare in modo che gradualmente non ci sia più bisogno della sua stessa attività, attraverso la creazione di condizioni di effettiva apertura del mercato, non si può dimenticare che nemmeno il più alto grado di liberalizzazione vanificherà la necessità di una regolazione volta alla cura degli interessi degli utenti, in termini di accesso ai servizi o di controllo della qualità. Nei servizi di pubblica utilità, la soddisfazione dei bisogni degli utenti non riposa esclusivamente sulla logica allocativa dei mercati: ci sarà sempre un problema di accessibilità della prestazione, di non discriminazione dell'utenza, di continuità ed affidabilità del servizio che richiederà l'imposizione di vincoli agli operatori economici, di obblighi di servizio pubblico e conseguentemente la presenza di un organismo pubblico chiamato a farli rispettare. Su questi temi v. M. PASSARO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, a cura di D. Florenzano e S. Manica, Trento, Università degli studi di Trento, 2009, 104.

⁶¹ M. PASSARO, *Le sanzioni dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 983. Sulla teoria burocratica, il riferimento fondamentale è a M. WEBER., *Economia e società*, vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, Edizioni di Comunità, 1980 (ora Torino, Einaudi, 1999).

⁶² Vedi precedente nota 55.

regolazione il cui sistema sanzionatorio era completamente concentrato sul presidio delle proprie regole. Ma un paradosso solo apparente per chi avverta i rischi che una eccessiva concentrazione di poteri (normativo, paragiurisdizionale) sia la premessa dell'autoreferenzialità se non dell'entropia ...⁶³.

Ed allora se ci si pone in questa ottica di garanzia ordinamentale si capisce perché l'*enforcement* oscilli tra il riconoscimento di poteri di segnalazione e consultivi (per il presidio di regole ormai consolidate e sedimentate) e compiti di polizia amministrativo-economica (per il presidio di regole poste da altri soggetti). In ogni caso poteri di particolare specializzazione tecnica.

Questo aprirà un'incertezza nell'effettività della regolazione? Dipende dalla prospettiva in cui ci si colloca. Se ci si concentra sul ruolo del regolatore forse almeno in parte, specie ove si consideri che il superamento del '*modello regolatorio puro*' – disegnato dalla legge istitutiva in cui l'Autorità regolamentava aliena da condizionamenti o penetranti indirizzi ministeriali – potrebbe aprire un'incertezza sul suo ruolo, una sorta di crisi di identità, nel senso che l'Autorità non sarà più esclusivamente concentrata sull'*enforcement* della propria regolazione ma potrebbe diventare, almeno parzialmente, un terminale di altre amministrazioni (come detto, una sorta di organo di polizia amministrativa, sia pure particolarmente specializzato). Ma se si ha a cuore il rispetto delle regole l'importante è ci sia qualcuno che le presidi e questo qualcuno può ben essere lo stesso regolatore (almeno finché la regolazione non sia matura) ovvero, ove si facciano prevalere principi di civiltà giuridica e con buona pace dei cultori degli efficienti sistemi centripeti, anche un soggetto diverso da quello che le ha emanate⁶⁴.

⁶³ Non c'è dubbio come l'affidamento alle autorità indipendenti di poteri di creazione della "regola" e di applicazione della "sanzione" a protezione di quella regola, abbia aperto interrogativi di politica del diritto e di legittimità costituzionale. Infatti, da un lato, comporta il delinarsi del pericolo che il sistema presidiato dalle Autorità si chiuda intorno alle medesime Autorità, in modo potenzialmente separato e conchiuso in sé stesso. Dall'altro questa scelta potrebbe apparire di dubbia compatibilità con i principi di legalità e di riserva di legge. Osserva S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996, 22, che vi è il rischio che la somma dei poteri normativi e giurisdizionali attribuiti alle Autorità contenga le premesse per la trasformazione dei settori da esse regolati in settori tendenzialmente autosufficienti se non addirittura autoreferenziali. Secondo F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, n. 3, 470, "un elementare principio di civiltà giuridica vorrebbe che il compito di interpretare le regole fosse assegnato a soggetti diversi da quelli che le hanno emanate".

⁶⁴ È opportuno che per le autorità indipendenti in Italia inizi una riflessione sulle eventuali ricadute procedurali ed organizzative della sentenza CEDU 4 marzo 2014 (ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – Grande Stevens e altri c. Italia). Sulla scia di un suo consolidato orientamento (CEDU, 8 giugno 1976 – *Engel* e altri c. Paesi Bassi, 1976, § 82, serie A n. 22; *Menarini Diagnostics* c. Italia, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08) che

In quest'ultima prospettiva ci si accorge che i centri di gravità sono

vuole la sussistenza di "un'accusa in materia penale", ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, essere integrata da tre criteri alternativi e non cumulativi (la qualificazione giuridica dell'illecito in causa nel diritto nazionale, la natura sostanziale dell'illecito stesso e la natura e il grado di severità della sanzione), la Corte di Strasburgo ha stabilito che, per quanto l'illecito previsto dall'art. 187 *ter* del d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 (manipolazione del mercato), sia formalmente amministrativo nel diritto italiano, le circostanze che, da un lato, questo illecito sottenda interessi generali (quali l'integrità dei mercati finanziari, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici) normalmente tutelati dal diritto penale e, dall'altro, che la sanzione assuma tali livelli di gravità e severità (potendo raggiungere un elevato ammontare pecuniario ed essere accompagnata da misure accessorie di carattere interdittivo, quali la perdita temporanea dell'onorabilità dei rappresentanti delle società coinvolte e la loro incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate in borsa) fanno ritenere che la materia sia di natura penale, tale da richiedere l'applicazione delle garanzie di equità, pubblicità ed imparzialità di cui all'art. 6 della Convenzione. Per questi motivi la Corte ha anzitutto ritenuto che il procedimento sanzionatorio seguito dalla Consob per irrogare la sanzione di cui all'art. 187 *ter* del d.lgs. 58/1998 non fosse né equo (sia per la mancata comunicazione ai ricorrenti delle conclusioni istruttorie dell'Ufficio sanzioni della Consob, conclusioni destinate a servire da base alla decisione della Commissione, sia per l'assenza di un'udienza pubblica davanti alla Commissione necessaria per la controvertibilità dei fatti sottostanti alla decisione) né imparziale (per essere l'Ufficio sanzioni e la Commissione mere suddivisioni dello stesso organo amministrativo, agenti sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso Presidente). Peraltro, la natura sostanzialmente penale dell'illecito perseguito dalla Consob e la concorrente attivazione, per fatti riconducibili alla stessa condotta, di un processo penale vero e proprio per la repressione del reato previsto dall'art. 185 del d.lg. 58/1998 (manipolazione del mercato), secondo il "sistema a doppio binario" prefigurato dal d.lgs. 58/1998, ha indotto la CEDU a ritenere che lo Stato italiano si esponga alla violazione del principio *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del protocollo n. 7. Il Consiglio di Stato, con ordinanza 2 ottobre 2014, n. 4491, ha accolto l'istanza cautelare relativamente all'obbligo della Consob di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio ai principi affermati nella citata sentenza CEDU. Più in generale, una possibile via d'uscita per il legislatore nazionale che voglia por mano ad una riforma organica delle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti, potrebbe essere o di costruire un'illecito amministrativo che non superi la "soglia di tollerabilità" del livello di afflittività della sanzione c.d. "penale" come prefigurata dal sistema CEDU ovvero di articolare una maggiore complessità dei procedimenti amministrativi che culminino con l'irrogazione di sanzioni di rilievo per la tutela di beni giuridici di particolare pregio, con effetti paradossali rispetto alle esigenze di semplificazione amministrativa spesso sottese alla previsione normativa di illeciti amministrativi. Sul punto vedi anche Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario (settore penale), *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, rel. n. 35/2014, 8 maggio 2014. La scelta dell'ordinamento francese, che prima di quello italiano si è trovato a far fronte all'attuazione dei principi convenzionali, è stata quella di assicurare una maggiore complessità organizzativa e procedurale delle sue amministrazioni indipendenti. Per ottemperare alla sentenza CEDU 11 giugno 2009 (ric. n. 5242/04 – *Dubus S.A. v. France*) che aveva ritenuto che il sistema repressivo delle violazioni degli istituti di credito

permanenti solo nelle canzoni e le istituzioni devono prima di tutto essere asservite all'interesse generale e quindi avere la capacità di rinnovarsi sviluppando l'unica qualità che le consente di perpetuarsi e di superare crisi vere o soltanto percepite: la resilienza.

Ma a tutto c'è un limite. Ed allora per quanto il legislatore si diverta, come è nelle sue prerogative, a cambiare veste e compiti delle autorità indipendenti non va dimenticato che la disciplina e l'assetto indipendente dell'Autorità si fonda largamente sul diritto comunitario, non disponibile al legislatore nazionale. Leggi che attentassero in misura abnorme alle prerogative dell'Autorità sarebbero probabilmente "disapplicate" dai giudici, perché contrarie alla normativa comunitaria⁶⁵.

non garantisce una adeguata separazione soggettiva tra fase istruttoria e fase decisoria, per essere la prima svolta da organi sostanzialmente serventi rispetto a quelli decisori della Commissione bancaria francese, nel 2010 è stata creata la nuova *Autorité de contrôle prudentiel* – ACPR che controlla l'attività delle banche e delle compagnie di assicurazione in Francia, ove il comitato per le sanzioni a cui la legge ha affidato la funzione sanzionatoria è organicamente indipendente dal Collegio ACPR che esercita le funzioni di pubblico ministero. Si veda anche sentenza CEDU 20 gennaio 2011 (ric. n. 30183/06 – *Vernes v. France*) ove è stato ritenuto che la procedura irrogativa di sanzioni della allora *Commissione des opérations de bourse* (COB) violasse l'art. 6 CEDU per la mancata possibilità per l'accusato di richiedere un'udienza pubblica, necessaria per assicurare il controllo del pubblico su sanzioni particolarmente pregiudizievoli, lacuna procedimentale non compensata dalla facoltà del successivo ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato (con relativa udienza pubblica) avverso il provvedimento finale. Si veda anche sentenza CEDU 30 giugno 2011 (ric. n. 25041/07 – *Messier v. France*), ove la violazione dell'art. 6 CEDU da parte del regolamento COB era stata rinvenuta per lesione del principio della parità delle armi, sotto il profilo dell'obbligo per le autorità inquirenti di comunicare alla difesa tutte le prove a carico e a discarico in loro possesso e dell'obbligo di formazione degli elementi di prova davanti all'accusato in una udienza pubblica che assicuri un contraddittorio orale. La giurisprudenza costituzionale francese ha fatto propria l'impostazione della Corte di Strasburgo, ritenendo che persino l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 debba essere letto alla luce dell'art. 6 CEDU e quindi che il principio di imparzialità ed indipendenza imponga una separazione tra accusa e organo decidente nei procedimenti sanzionatori delle Autorità amministrative indipendenti: cfr. *Conseil Constitutionnel*, 2 dicembre 2011, n. 2011-200 in materia di Commissione bancaria e 5 luglio 2013, n. 2013-331 in tema di sanzioni dell'Autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche e delle poste.

⁶⁵ Già le direttive comunitarie di seconda generazione rafforzano l'indipendenza del regolatore energetico: cfr. direttiva 2003/54/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e direttiva 2003/55/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale. Le direttive comunitarie di terza generazione 2009/72/CE e direttiva 2009/73/CE la rafforzano ancora di più. Sul legame tra autorità indipendenti e diritto comunitario cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, il Mulino, 2005, 38; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 47-48; M. PASSARO, *I rapporti tra Governo e Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 966-968. Con particolare riferimento al settore dell'energia e al Gruppo europeo dei regolatori dell'energia elettrica (ERGEG) v. L. AMMAN-

Ma proprio se si rivolge lo sguardo all'Europa la prospettiva assume contorni più tranquillizzanti, e si constata quanto ormai all'Autorità venga riconosciuto – malgrado certe resistenze del legislatore nazionale – il potere sanzionatorio per inosservanza di obblighi previsti dalla normativa comunitaria. E allora si penserà piuttosto che la categoria dell'illecito 'regolatorio' si arricchirà di nuovi contenuti, certo eterodeterminati, ma, almeno nella visione del legislatore comunitario, funzionali all'integrazione dei mercati interni dell'energia (dando vita ad un vero e proprio 'illecito comunitario')⁶⁶.

Ed in questa prospettiva l'Autorità potrà recuperare una capacità di elaborazione di una coerente politica di *enforcement*, in cui il presidio della stabilità e quindi della certezza delle regole, in parte poste dallo stesso regolatore in parte derivanti da direttive comunitarie, la porranno, nel tempo, in condizione di elaborare una autonoma politica sanzionatoria (una vera e propria *policy* intesa come una serie di azioni repressive e promozionali articolate e coerenti in vista dell'obiettivo di una stabilità desiderabile) incentrata nella selezione dei casi di più rimarchevole devianza dai comportamenti desiderabili.

Ed infatti, oltre al presidio del rispetto di norme e assetti comunitari (separazione dei proprietari dai gestori dei sistemi di trasporto, individuazione di gestori di trasporto indipendenti, scambio di informazioni tra gestori di sistemi di trasmissione, sicurezza nelle reti nella gestione delle congestioni), l'Autorità sarà il terminale sanzionatorio di decisioni giuridicamente vincolanti dell'ACER e potrà incoraggiare una prospettiva premiale e non meramente repressiva nella sua politica sanzionatoria, grazie all'introduzione dei c.d. "impegni" utili al "più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati" (art. 45, comma 3, d.lgs. n. 93/2011)⁶⁷ che le

NATI, *La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas*, in *Monopolio e regolazione pro-concorrenziale nella disciplina dell'energia*, a cura di Ammannati, Milano, Giuffrè, 2005, 311 ss.; F. DI PORTO, *Il coordinamento tra le autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni a livello europeo: spunti da una comparazione*, in *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance reticolare multilivello* a cura di Bilancia-Ammannati, Milano, Giuffrè, 2008, II, 229 ss.; F. SCUTO, *La governance del settore energia e gas attraverso la "rete" europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 267 ss.

⁶⁶ In questa tendenza vanno probabilmente iscritte le competenze anche sanzionatorie riconosciute all'AEEGSI dall'art. 22 della legge 30 ottobre 2014, n. 161, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis" al fine di assicurare l'applicazione del regolamento (UE) n. 1227/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso.

⁶⁷ Non a caso l'art. 45, comma 3, del d.lg. n. 93/2011 prevede che qualora il procedimento sanzionatorio "sia stato avviato per accertare violazioni di decisioni dell'ACER, l'Autorità valuta

imprese coinvolte in procedimenti sanzionatori potranno presentare e che l'Autorità medesima, valutatane l'idoneità, potrà rendere obbligatori per l'impresa proponente, concludendo il procedimento senza accertare l'infrazione, come già succede nella legislazione *antitrust*⁶⁸ o per le violazioni in materia di fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica perseguite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁶⁹.

l'idoneità degli impegni, sentita l'ACER".

⁶⁸ Si tratta dell'istituto previsto dall'art. 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, introdotto dall'art. 14, comma 1, del decreto-legge 223/2006 convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. In questo caso l'AGCM se ritiene che gli impegni, presentati da un'impresa sottoposta ad un'istruttoria formale, siano idonei a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria stessa, può renderli obbligatori e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

⁶⁹ Cfr. art. 12 *bis* delibera n. 136/06/CONS, recante regolamento in materia di procedure sanzionatorie dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

ENRICO GIOVANNETTI

LA SOSTENIBILITÀ COME *BENCHMARK* DELL'ATTIVITÀ REGOLATORIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ambiguità della scelta del modello di concorrenza perfetta come *framework* dell'azione regolatoria. – 3. L'interazione adattiva tra regolatore e soggetto regolato. – 4. La necessità di un diverso modello valutativo. – 5. Implicazioni.

1. *Introduzione*

I temi proposti sono tre, logicamente distinti ma in relazione funzionale.

Il primo è la determinazione dello spazio istituzionale delle *Authorities* e l'opportunità/coerenza della loro azione, in relazione al modello economico di riferimento.

Il secondo è l'interazione adattiva tra scelte del regolatore e azioni del soggetto regolato, quindi la responsabilità diretta dell'*Authority*, non solo come istituzione di controllo, ma anche in quanto agente economico in senso stretto.

Il terzo è la ricerca di uno *standard* per la valutazione – e per un'eventuale azione sanzionatoria – fondato su un criterio di difesa del bene comune, quindi oltre i confini raggiungibili dell'azione privata e nell'ipotesi che questa non riesca da sola a raggiungere quegli obiettivi.

2. *Le ambiguità della scelta del modello di concorrenza perfetta come framework dell'azione regolatoria*

Esiste un'ambiguità nella definizione degli ambiti di competenza che diventa evidente nel momento che l'*Authority* si trova ad intervenire su due diverse materie, corrispondenti a diverse unità d'analisi: l'intervento sul funzionamento dei mercati, come nel caso della regolazione delle transazioni delle fonti energetiche, e la definizione dei confini delle imprese, come nel caso di regolazione delle tariffe dei servizi idrici. In altri termini: l'*Authority* ha compiti diversi quando interviene sulle regole dello scambio, oppure quando entra nel merito della gestione dei processi produttivi e, dunque, nell'allocazione delle risorse.

I temi richiamati nella relazione del convegno prospettano il problema dell'autonomia giuridica dell'*Authority*, a fronte di un condizionamento cre-

scente delle politiche nazionali ovvero la necessità di avere come unico riferimento i criteri regolatori sovraordinati dalla legislazione comunitaria. L'obiettivo sembra essere quello di seguire dei punti di riferimento "fissi", non soggetti alla variabilità della regolazione domestica soprattutto sotto la spinta delle passioni, anche molto accese nel nostro Paese, del dibattito politico corrente. I temi che propongo sono però precedenti e riguardano i *fundamentals* stessi dell'attività regolatoria, sia locale, sia sovraordinata ai diversi livelli.

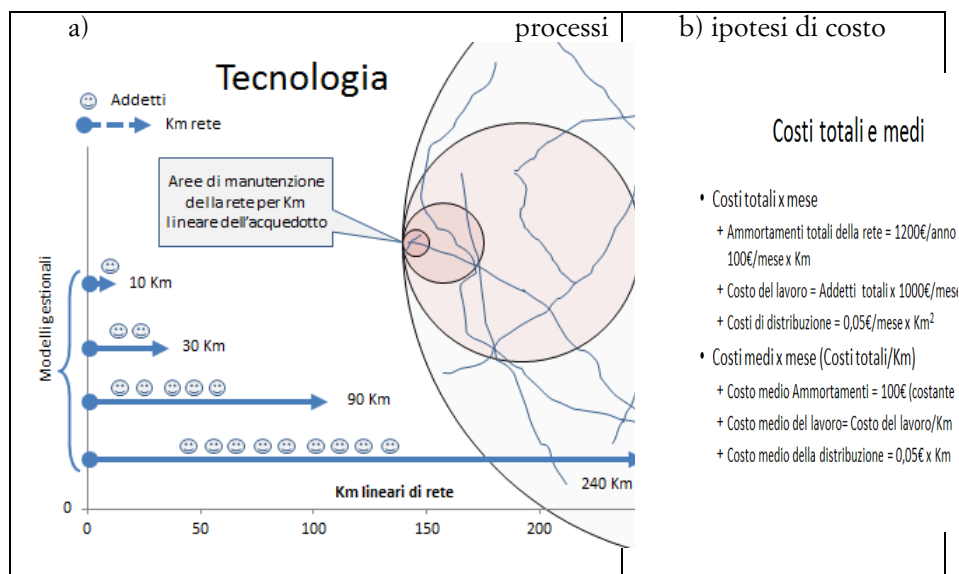
Non dovrebbe essere mai dimenticato che i modelli dell'economia positiva – ammettendo una loro coerenza interna – sono "veri" solo all'interno dello spazio delle ipotesi semplificative su cui si fondano. Proprio per questo, il loro valore "normativo" sarà inversamente correlato al grado di semplificazione delle ipotesi stesse. Ad esempio, il ruolo delle *Authorities* può essere riferito alla vigilanza sull'equità degli scambi un'economia di mercato. Cosa ben diversa è definire quel ruolo all'interno dell'ipotesi particolare, e molto forte, che il mercato di concorrenza perfetta sia in grado di raggiungere l'efficienza paretiana: la condizione ottimale in cui nessuno può migliorare la propria condizione senza peggiorare le condizioni di qualcun altro. Nel primo caso, l'*Authority* sarebbe legittimata a porsi anche domande scomode del tipo: sono eque le condizioni attuali dello scambio sul mercato del lavoro italiano? Nel secondo caso, l'*Authority* sarebbe legittimata ad intervenire solo nel caso di evidenti condizioni/comportamenti ostativi al pieno raggiungimento delle condizioni ottimali previste dal modello stesso. Il "monopolio naturale", di cui mi occuperò tra breve, è tipicamente una di queste *evidenti* circostanze.

Pochi sembrano sfiorati dall'idea che le stesse *Authorities* – agendo direttamente sulla definizione dei diritti d'uso e, quindi, sulla natura economica delle risorse (Coase 1988; p. 155) – possano giocare un ruolo paragonabile a quello di una "innovazione" tecnica e, dunque, interagire direttamente con la formazione delle scelte allocative delle imprese stesse, modificandone assetto e sentiero di sviluppo. Ad esempio, nel caso di "monopolio naturale" la definizione del *fair price* è strettamente legata alla struttura della funzione di costo, ipotizzata dalla teoria economica *standard*; ma tale funzione – a sua volta – è determinata anche da quello che l'*Authority* può stabilire in termini di oneri (costi fissi) che l'impresa si troverà ad "internalizzare" (ad esempio, gli oneri di pubblicità, continuità del servizio, ampiezza del bacino, interventi di manutenzione, garanzie di sicurezza, acquisizione di certificati ambientali, ecc.).

Il punto è importante e merita un approfondimento che liberi il campo da un concetto contraddittorio e fuorviante quale quello di "monopolio naturale", contrapposto idealmente a quello di concorrenza pura. Procederemo con un esempio numerico, semplice, ma in grado di mostrare tutte le contraddizioni interne del modello che sostiene logicamente il concetto.

Si immagini che la tecnologia disponibile per erogare i servizi idrici sia quella riportata nella figura 1a.

Figura 1 - Un esercizio per dimostrare l'inconsistenza del concetto di "monopolio naturale": ipotesi sulla tecnologia



La lettura della figura è semplice: si ipotizzano quattro modelli gestionali associati alla diversa scala della rete: a) un solo addetto riesce a gestire fino a 10 km lineari di rete; b) due addetti arrivano a coprire i servizi necessari per la gestione di una rete fino a 30 km lineari; c) per coprire fino a 90 km lineari di rete sono necessari 5 addetti; infine, d) 9 addetti gestiscono fino a 240 km lineari. Ma la rete si sviluppa in aree territoriali sempre più vaste, immaginiamo ad esempio, in relazione quadratica con i km lineari della rete, così come è stilizzato in figura. Inoltre, gli utenti sono distribuiti in modo regolare lungo la rete e, dunque, c'è una relazione diretta e proporzionale tra lunghezza della rete e quantità d'acqua erogata. Se queste sono le condizioni tecniche alternative con cui si possono svolgere i processi necessari per l'erogazione del servizio, è possibile simulare i costi associati ai diversi assetti gestionali. Le ipotesi dell'esercizio relativamente alle funzioni di costo totale e medio vengono riasunte nella Figura 1b.

La simulazione dei costi che stiamo proponendo ha anche un'altra importante finalità: chiarire la grave confusione concettuale tra *economie di scala* e

incidenza del *grado di utilizzo degli impianti* sui costi fissi medi (Motta e Polo 2005; p. 56). Una confusione che è assai facile rintracciare nelle discussioni su questa forma di monopolio e costituisce la radice stessa del termine *naturale*. L'idea è che esista una tecnologia ottimale caratterizzata da rendimenti di scala sempre crescenti e che tale condizione renda "naturale" la crescita continua dell'impresa e, dunque, presto o tardi, l'espulsione progressiva dal mercato dei *competitors* più piccoli e – inevitabilmente – il raggiungimento della condizione di monopolio. L'altra ipotesi implicita è che – naturalmente – il costo dei fattori impiegati sia regolato da un mercato di concorrenza e, dunque, sia un dato *fisso* dell'analisi.

Il nucleo dell'errore teorico, alla base di tutte le confusioni concettuali appena ricordate, è spiegato da Ronald Coase: *"Non è difficile capire ciò che è sbagliato nella teoria della dimensione ottima dell'impresa così come viene presentata in economia. In primo luogo non si tratta soltanto di determinare la dimensione ottima dell'impresa (presumibilmente diversa da un settore industriale all'altro), ma di elaborare una teoria che si interessi della distribuzione ottima delle attività, cioè delle funzioni, fra le imprese. In secondo luogo, quella teoria, nel trattare la dimensione dell'impresa, non intende l'ampiezza delle attività svolte, ma la dimensione del livello della produzione. Inoltre, anche in questo ambito la teoria attuale si riferisce solamente all'output di particolari prodotti, oppure a un prodotto generico, e non alla gamma dei prodotti dell'impresa."* (Coase 1995, p. 167).

In altri termini, l'impresa non è la mera applicazione di una tecnologia ottima che determina, a sua volta, una dimensione ottimale degli impianti; al contrario, l'impresa è l'integrazione funzionale di diversi processi, non necessariamente omogenei, e non necessariamente utilizzabili in modo tecnicamente ottimale (Stigler 1951): nel nostro esempio la gestione dell'impianto (captazione e depurazione), la sua manutenzione, la distribuzione dell'acqua nel territorio e la commercializzazione. Quindi, come vedremo tra un attimo – figura 2 – non è il livello assoluto di produzione che conta (cioè m³ di acqua erogata per km di rete) ma la relativa dimensione economica di *tutte* le attività svolte.

3. L'interazione adattiva tra regolatore e soggetto regolato

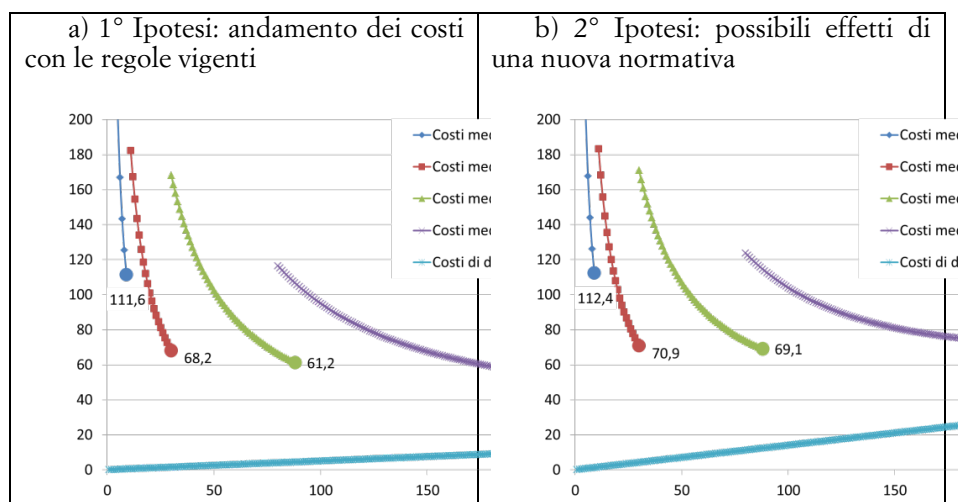
La figura 2a riporta l'andamento dei costi in relazione al modello organizzativo adottato¹. Come si vede, paragonando i diversi assetti organizzativi, so-

¹ Per semplicità non sono stati sommati i costi di ammortamento mensile: essendo *in media* costanti e identici per ogni tipologia d'impianto e livello di produzione, sono stati trascurati perché privi di effetti discriminanti sull'andamento dei costi medi.

no presenti economie di scala: le etichette indicano il minimo dei costi che può essere raggiunto, *ceteris paribus*, da uno specifico modello organizzativo. In particolare, l'esistenza delle economie di scala sono evidenti – non per la forma delle varie curve² – ma per la *posizione*, via, via, più in basso delle diverse curve di costo al crescere della scala di produzione: la rete di 10 Km può raggiungere un costo medio di 111,6€ /Km; e così via fino al valore minimo di 49,7€/Km, raggiungibile dalla rete di 240 Km se pienamente utilizzata.

La forma delle curve fornisce un'altra informazione: l'andamento dei costi medi fissi in relazione al grado di utilizzo delle potenzialità dell'impianto di cui si dispone. Ad esempio, è vero che l'acquedotto da 240 km è il più conveniente, ma solo se non c'è siccità o se la crisi economica non porta alla riduzione del numero degli allacci. In questi casi, potrebbe darsi la situazione che un impianto “più piccolo” può rivelarsi più conveniente, soprattutto per l'andamento dei costi di distribuzione che – allargandosi progressivamente l'area servita – crescono mediamente in modo lineare, all'aumentare della dimensione dell'acquedotto.

Figura 2 - Un esercizio per dimostrare l'inconsistenza del concetto di “monopolio naturale”: effetti della regolazione



² Queste rappresentano, infatti, l'andamento della curva dei costi fissi medi sempre uguale – un numero costante diviso per un numero sempre crescente – e dunque perfettamente prevedibile.

L'esercizio continua formulando una seconda ipotesi: l'*Authority* impone un contratto di servizio che prevede una penalità per una eventuale interruzione dell'erogazione. Il rischio è quindi proporzionale ai tempi di durata dell'interruzione della fornitura del servizio idrico e al numero di utenti interessati. Si rendono dunque opportuni investimenti per creare una rete ridondante: ogni utenza deve essere interna ad un anello che, nel caso di rottura in un qualsiasi punto, consente di alimentare la rete, o attraverso il ramo "sinistro" o, viceversa, dal ramo "destro". Tale accorgimento implica però un raddoppio degli impianti fisici, l'introduzione di impianti di telecontrollo, una più sofisticata organizzazione della logistica e delle squadre di manutenzione, ecc. Dunque, inevitabilmente, la nuova normativa comporterà un aumento dei costi di distribuzione: ad esempio, con un'incidenza pari a quella immaginata nella figura 2b, in grado anche di azzerare i vantaggi dei rendimenti di scala dell'impianto maggiore.

Più in generale, le due ipotesi sulla diversa struttura di costo simulano un possibile effetto della variazione dei "costi transattivi" prodotti dall'azione istituzionale sulle imprese e, dunque, sull'assetto dell'intera filiera. Tali effetti sono appunto riassunti nella figura 2b dove, a *parità* delle tecniche impiegate, per le conseguenze delle nuove regole sui costi di distribuzione – e con la buona pace del modello *standard* del monopolio naturale – le economie di scala sono sparite e i "piccoli" impianti, distribuiti nel territorio, portano a risultati non diversi da quelli raggiunti ad una scala impiantistica più elevata. L'esercizio potrebbe continuare, aggiungendo nuovi processi (ad esempio il processo di depurazione dell'acqua) e, ancora, si potrebbero registrare effetti diversi e contrastanti nella riduzione o nell'aumento dei costi medi, a scale diverse di produzione, sempre in relazione all'azione di regolazione delle diverse competenze e degli oneri relativi.

Naturalmente l'esempio è costruito *ad hoc*, ma è in grado di rappresentare in modo molto preciso il punto analitico di Coase, ricordato prima, sull'impossibilità di determinare *ex-ante* la dimensione ottimale dell'impresa. Infatti, non c'è nulla di "naturale" in un contratto di servizio, così come non c'è nulla di "naturale" nelle decisioni sull'assetto della filiera dell'acqua. In particolare, non c'è un modo "naturale" di organizzare la captazione, la sanificazione dell'acqua (ammesso che esista una parte terza in grado di controllare); come immetterla in rete e gestire la manutenzione, come distribuirla e a quale tipo di utenza; come depurare le acque reflue (ancora ammesso che esista una terza parte in grado di controllare) e infine, quanto più possibile, reimmettere la sola H₂O in natura. In sintesi, non c'è nulla di "naturale" nella definizione istituzionale dei diritti di proprietà, e dei limiti al loro esercizio nell'uso delle risorse.

L'impossibilità logica di determinare il "mercato di riferimento" è l'esatta immagine speculare delle considerazioni appena fatte.

Il vero problema dell'apparente mancanza di contendibilità del "monopolio naturale" non è nell'impossibilità – o che non sia "conveniente" – un eventuale ingresso di un nuovo *competitor* ovvero che il problema consista nella definizione geografica del mercato stesso o nella conta dei numero dei soggetti economici concorrenti. Il problema è nell'ambiguità dell'informazione disponibile che si determina nel momento che l'attività di regolazione determina i costi di accesso alle risorse – e dunque il valore delle risorse stesse – e gli effetti di tali costi nella definizione del perimetro dell'impresa e, dunque, negli assetti organizzativi dell'intera filiera.

4. La necessità di un diverso modello valutativo

Ci si trova, dunque, di fronte ad un potenziale dilemma: da un lato, è fondamentale cercare dei *benchmark* a cui far riferimento nell'azione regolatoria, dall'altro, è logicamente indispensabile trovare dei criteri di valutazione non tautologici, cioè indipendenti dagli effetti prodotti della stessa regolazione.

La prima proposta è di modificare la prospettiva teorica dal concetto di "efficienza" – fortemente condizionato dall'assetto istituzionale della produzione in cui la stessa *Authority* è un attore economico – al concetto di "sostenibilità" nella sua primitiva e più semplice accezione: "*Sostenibile è un sistema in grado di riprodurre/rigenerare tutte le risorse impiegate nei processi economici che lo caratterizzano, rispettando i tempi naturali necessari alla loro rigenerazione, in modo da mantenere o aumentare le capacità delle risorse stesse*".

La seconda proposta è la richiesta di una *accountability* coerente ai criteri di sostenibilità a tutti gli operatori del settore regolato – indipendentemente dalla loro natura giuridica pubblica o privata – e trasparente nei confronti dei consumatori.

L'obiettivo delle due proposte è la convergenza dell'informazione pubblica sull'effettiva sostenibilità nell'uso di risorse comuni (acqua, energia, rifiuti), in termini di gestione delle infrastrutture, grado di integrazione verticale e efficacia delle soluzioni gestionali, livello dei costi amministrativi, ampiezza degli investimenti di protezione e risparmio della risorsa, ecc. Il risultato sperato è la progressiva definizione di buone pratiche, lo stimolo continuo all'assunzione di responsabilità da parte di tutti gli attori (non ultime le amministrazioni pubbliche) – dunque – la determinazione *bottom-up* di *standard* condivisi e il controllo della coerenza dei comportamenti.

5. Implicazioni

Il cambio di prospettiva dall'efficienza alla sostenibilità non è neutrale.

L'intero dibattito sul settore dei servizi di pubblica utilità, ad esempio il settore idrico, ruota intorno al concetto di "efficienza" e non su quello cruciale della *sostenibilità* con cui valutare effettivamente, in termini oggettivi, il problema sempre più grave, non solo della scarsità fisica, quanto della incapacità crescente di controllare l'intero ciclo dell'acqua, in primo luogo, sul piano concettuale: ad esempio, dal punto di vista della sostenibilità economica, sociale ed ambientale la scarsità e le inondazioni sono differenti aspetti dello stesso problema che tendono invece ad essere affrontati come "esternalità" e, dunque, in modo parziale e fatalista.

Il basso profilo culturale dell'impostazione economica corrente sul concetto di beni comuni è anch'esso, ancora una volta, causato dall'errata identificazione della sostenibilità con l'efficienza, quindi, ponendo al centro il "mercato" come luogo ideale per la soluzione di ogni tipo di problema economico, sociale e, in ultima istanza, ambientale. Le motivazioni ideologiche che sottendono tale impostazione, nei fatti, catturano anche l'opposizione politica spostando continuamente il dibattito in una sterile contrapposizione – anch'essa inevitabilmente ideologica – sulla presunta distribuzione ottimale dei "diritti di proprietà" tra settore "pubblico" e settore "privato" e le corrispondenti doti di vizi e virtù da combinare a seconda del personale sistema di preferenze.

Dall'altro lato, se il mercato è il luogo ideale per il raggiungimento dell'efficienza, non stupisce che la discussione di politica economica sia impastoiata dal falso problema sulle forme di disciplina da adottare nei confronti del "monopolio naturale" e del ruolo delle *Authorities* nel determinare le regole più opportune per favorire la concorrenza "per il Mercato", indipendentemente da come la struttura istituzionale ha determinato storicamente il mercato stesso.

L'assunzione piena della responsabilità nella riproduzione delle risorse usate – quindi l'esercizio sostenibile dei diritti di proprietà/uso da parte dei diversi attori – equivale alla condizione più vicina all'ideale di 0-esternalità, cioè la condizione in cui i costi sono tutti misurati e attribuibili ai diversi soggetti economici. Tale obiettivo può essere raggiunto attraverso un processo in cui venga ricercata con grande determinazione la progressiva e crescente condivisione dell'informazione da parte di tutti gli *stakeholders*. Nella misura in cui il processo di riproduzione dell'informazione produca risultati confrontabili e valutabili, è ipotizzabile, come risultato teorico finale, la verifica del "teorema di Coase": "in una condizione a costi transattivi commensurabili, la

realizzazione dei massimi benefici sociali si ottengono indipendentemente dalla distribuzione dei diritti di proprietà”; dunque, una condizione raggiungibile indipendentemente dalla distinzione “pubblico”/“privato”.

Riflettendo però su quanto l’AEEGSI ha prodotto e sugli effetti della sua azione, ci sono molti motivi che fanno ben sperare in un’evoluzione positiva nella direzione indicata.

Riferimenti di bibliografia:

COASE, R. (1988), *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press, in *L’impresa, il mercato e il diritto*, a cura di M. Grillo, Bologna, il Mulino, 1995.

MOTTA M. e M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, il Mulino, 2005.

STIGLER G., (1951) “*La divisione del lavoro è limitata dall’ampiezza del mercato*”, in *Problemi di microeconomia*, a cura di W. Breit e H. M. Hochman, vol. II°, Milano, Etas Kompass, 1971.

STEFANO VENIER

LE PROSPETTIVE STRATEGICHE E GESTIONALI DEI SERVIZI PUBBLICI IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un cambio di passo per il settore dei servizi pubblici locali. – 3. Pianificazione razionale, nuove infrastrutture e più efficienza per lo sviluppo del settore. – 3.1. Ripresa degli investimenti e assetto industriale. – 3.2. Efficienza nella pianificazione degli investimenti. – 3.3. Coerenza tra tariffe, costi ed esternalità. – 3.4. Cultura della prevenzione.

1. *Introduzione*

I servizi pubblici locali¹ (servizio della distribuzione gas, servizio idrico integrato, raccolta e gestione dei rifiuti, trasporto pubblico locale) hanno un ruolo fondamentale nelle economie moderne, in quanto costituiscono una precondizione di sviluppo economico e sociale. In ragione degli impatti che hanno sulla quotidianità dei cittadini, vengono percepiti come indicatori del livello di qualità della vita e della capacità di amministrazione degli enti locali.

In Italia, fino a pochi anni fa, si garantiva un ampio accesso ai servizi pubblici attraverso diverse forme di sussidio, in certi casi tra gli utenti, altre volte tra utenti e contribuenti. Quasi sempre i costi sopportati dal sistema nel suo complesso sono stati superiori ai benefici ricevuti dagli utenti economicamente disagiati a cui erano indirizzate tali misure. Sia a causa di oggettive difficoltà nel tarare le politiche assistenziali che per scelte di tipo politico, gli sconti sono stati distribuiti su vaste categorie di utenti, riducendone in tal modo la portata per le categorie realmente meritevoli di aiuti e creando forti distorsioni allocative e di percezione di valore, con ricadute negative sia in termini di efficienza produttiva che di utilizzo delle risorse. Nei servizi pubblici locali la compresenza di un sistema fiscale fortemente centralizzato e di una regolazione tariffaria definita dagli enti locali ha spesso prodotto frequenti fenomeni di “azzardo morale”². Questo fenomeno (i) ha determinato uno strutturale “na-

¹ Cfr. C. H. BOVIS, *Future Directions in Public Service Partnerships in the EU*, in *European Business Law Review*, 2013, 2, ove si legge “The term public services often refers to services which are offered to the general public, or highlights that a service has been assigned a specific role in the public interest, or refers to the ownership or status of the entity providing the service.”

² Nelle scienze economiche con il termine “azzardo morale” si intende una forma di opportunismo post-contrattuale in base al quale una controparte è indotta a tenere un comportamento per lei vantaggioso ma subottimale a livello aggregato, in quanto consapevole

nismo localizzato” delle aziende preposte alla fornitura dei servizi; (ii) ha avuto effetti profondi sia per l’equilibrio finanziario delle aziende che erogavano il servizio, sia per la qualità del servizio; (iii) ha allontanato un’equilibrata e corretta percezione di valore della risorsa e del servizio offerto. La crisi economica degli ultimi anni ha solo accelerato l’emersione dell’insostenibilità di un sistema che già da anni evidenziava molte carenze strutturali, perlomeno ai fruitori del trasporto pubblico locale e agli abitanti di molte regioni italiane che vedono tuttora nelle proprie città e territori un livello di servizio e una situazione ambientale non adeguati, se non addirittura emergenziali.

Questo circolo vizioso sembra oggi destinato a interrompersi, soprattutto grazie ai vincoli posti dalla normativa europea con l’introduzione del principio del “*full cost recovery*”³, ai limiti alla spesa degli enti locali definiti nel Patto di Stabilità interno e all’affidamento della regolazione tariffaria ad un’Autorità indipendente (in questo quadro risulta ancora, al momento, manchevole l’attribuzione ad una Autorità nazionale della regolazione del ciclo dei rifiuti, settore che peraltro presenta il deficit più grave a livello Paese e i maggiori condizionamenti politici al livello territoriale).

In un quadro economico e industriale dei servizi pubblici locali così debole, il progresso tecnologico raggiunto può fornire alcune indicazioni, nella direzione dell’aumento della scala produttiva, del contenimento dei costi e contemporaneamente del miglioramento della qualità dei servizi. Questa nuova strada deve tuttavia partire dalla presa di coscienza che sono necessari nuovi paradigmi, dal punto di vista organizzativo e produttivo, nonché scelte di consumo/produzione consapevoli da parte degli utenti. Precondizione di questo processo è che le tariffe riflettano i costi efficienti del servizio e ne permettano il completo recupero, e che le forme di inclusione sociale passino da una logica di sussidio indiretta e generalizzata, tramite la fornitura sottocosto del servizio, a un sistema di trasferimenti mirati ai clienti in condizioni disagiate, quali bonus sociali o altre forme di sostegno diretto al reddito.

2. Un cambio di passo per il settore dei servizi pubblici locali

Negli ultimi anni diversi fenomeni stanno imponendo, dunque, un deciso cambio di paradigma agli operatori del settore: la crisi dei debiti sovrani e la crisi prima demografica e poi economica dei paesi europei (e dell’Italia in par-

che non dovrà sostenere (in tutto o in parte) i costi della propria scelta, che saranno socializzati e/o trasferiti nel tempo.

³ Si rinvia alla Delibera AEEGSI 643/2013/R/idr del 27 dicembre 2013 “*Approvazione del metodo tariffario idrico e delle disposizioni di completamento*”.

ticolare) hanno reso non più sostenibile questa situazione di squilibrio e di deficit strutturale. Tralasciando i risvolti politici e sociali e volendosi focalizzare solo sul contesto economico ed organizzativo si può dire che è necessario aprire una nuova stagione per i servizi pubblici locali.

Oggi, accanto ad un elevato numero di piccole aziende carenti sia dal punto di vista patrimoniale che gestionale, si possono individuare anche approcci più prettamente industriali alla gestione dei servizi pubblici locali, in particolare nella realtà delle *multiutility* di rilievo regionale e interregionale, emerse nel corso degli ultimi quindici anni. Queste società hanno tratto inizialmente dalla propria presenza nei settori energetici una serie di benefici, sia in termini di capacità di sostenere il finanziamento degli investimenti anche negli altri settori dei servizi pubblici locali, sia dal punto di vista delle esperienze operative ed organizzative. L'attuale dibattito sull'opportunità di incentivare le aggregazioni fra operatori contestualmente alla definizione di ambiti di gestione almeno provinciale, dimostra l'orientamento consapevole del legislatore ad efficientare e razionalizzare la struttura industriale del settore, che in termini di investimenti ed occupazione rappresenta un tassello importante dell'economia del Paese.⁴

Ancora oggi troppo spesso i servizi pubblici locali sono gestiti a livello comunale, attraverso affidamenti *in house* o tramite società di scopo non sufficientemente preparate per le sfide che il settore dovrà affrontare nei prossimi anni: (i) necessità di nuovi investimenti per l'ammodernamento delle reti e degli impianti, (ii) riduzione dei consumi e dei margini conseguente alla stagnazione economica e prospettiva di una concorrenza sempre più con logiche europee; (iii) necessità di sviluppare nuove infrastrutture per far fronte all'evoluzione dei modelli di gestione e consumo, nonché di riduzione dell'impatto ambientale; tutti questi sono trend ormai ben visibili che richiedono realtà solide e capaci di gestire la complessità del cambiamento.

Per essere più efficienti e dare ai cittadini servizi migliori a costi più contenuti, è necessario puntare sulla riduzione dell'eccessiva frammentazione del settore, incentivando le aggregazioni delle gestioni e permettendo di liberare nuove risorse grazie alla creazione di sinergie. Un ruolo fondamentale in questo senso può essere svolto da quei soggetti "aggregatori" che, grazie all'esperienza nel settore e alla qualità professionale, riescono ad avere una visione industriale del processo aggregativo e utilizzano a tal fine le diverse modalità di crescita (offerte commerciali, fusioni & acquisizioni, gare) governandone gli

⁴ Si rinvia al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* del gruppo di lavoro guidato da C. COTTARELLI, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Roma, 2014, in www.serviziparlamentari.com.

effetti tramite la ricerca di un equilibrio fra necessità di apertura a nuovi mercati e radicamento nel territorio.

Un passo fondamentale in questo processo di modernizzazione, che deve dispiegare ancora la parte più rilevante dei suoi effetti, è stato senz'altro l'affidamento della regolazione ad un'Autorità indipendente nazionale⁵: questo non solo per la garanzia di approccio "tecnico" al tema, capace di capitalizzare anche le esperienze europee in materia, ma anche per la forte garanzia d'indipendenza riconosciuta dalla legge istitutiva dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (e da pochi anni per il servizio idrico integrato). Le regole di governance dell'Autorità stessa sono strumenti fondamentali per garantire che la fissazione delle tariffe avvenga in una prospettiva scevra da logiche politiche e orientata a delineare un percorso di convergenza verso un assetto economicamente efficiente.

3. Pianificazione razionale, nuove infrastrutture e più efficienza per lo sviluppo del settore

Questi positivi segnali di un cambio di passo nella concezione dei servizi pubblici locali devono tuttavia ancora concretizzarsi in quelle azioni che permettano un rilancio a lungo termine del settore:

3.1. Ripresa degli investimenti e assetto industriale

Nonostante gli investimenti siano in ripresa, il ritardo infrastrutturale è ancora significativo, soprattutto nelle regioni del Sud Italia (solo il 17% degli investimenti complessivi è concentrato al Sud, contro il 29% del Centro e il 54% del Nord)⁶. Alcuni studi stimano a livello nazionale un fabbisogno di investimenti per il ciclo idrico di oltre 3 miliardi annui, pari a 51 €/abitante, contro un'attuale media nazionale pari a 30 €/abitante, che a stento consente di mantenere l'attuale livello qualitativo del servizio⁷. Il gap infrastrutturale del Paese, peraltro, richiede una prospettiva di lungo periodo nella politica industriale ed una stabilità normativo/regolatoria che sappia garantire continuità a piani di investimento che per loro natura sono rilevanti e con respiro spesso decennale. Proprio al fine di promuovere gli investimenti, sarà inoltre

⁵ V. Legge 14 novembre 1995, n. 481, e Articolo 29, comma 19, del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. "Salva Italia"), convertito con modificazioni dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214.

⁶ V. Federutility, *Dossier sugli investimenti nei servizi idrici – Aggiornamento Dicembre 2013*, Roma, 2013.

⁷ V. Fondazione Utilitatis, *Blue Book - I dati sul Servizio Idrico Integrato in Italia*, 2014.

necessario che i prossimi affidamenti del servizio incentivino le aggregazioni delle gestioni – anche oltre l'attuale prospettiva provinciale – come veicolo per il raggiungimento di una maggiore efficienza e di adeguate economie di scala. Recenti studi hanno dimostrato come gli operatori di maggiore dimensione riescano ad assicurare un valore medio di investimenti per abitante al di sopra della media nazionale, anche grazie alla capacità di mobilitare forme di finanziamento sui mercati internazionali e/o da istituzioni internazionali, come la Banca Europea per gli Investimenti (BEI).

La recente Legge di Stabilità 2015⁸ prevede una razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali, anche attraverso incentivi alle aggregazioni di società di servizi pubblici a rilevanza economica. Queste norme rappresentano un primo corretto indirizzo per il rilancio del settore, a cui deve però seguire un atteggiamento consapevole da parte degli enti locali.

3.2. Efficienza nella pianificazione degli investimenti

Le scelte riguardanti quanti e quali interventi infrastrutturali realizzare, elaborate nell'ambito del processo di pianificazione d'ambito, devono avvenire con razionalità, con un'ottica di lungo periodo che individui le esigenze del territorio, sulla base di priorità riscontrabili e con un'adeguata analisi costi-benefici. I Piani d'Ambito sono uno strumento efficace di pianificazione, soprattutto con le specifiche del Piano economico e Finanziario, che l'AEEGSI ha esplicitamente previsto debba essere economicamente e finanziariamente sostenibile. Ma proprio in quanto prodotti del Piano d'Ambito è fondamentale che gli interventi siano autorizzati in modo celere e lineare, senza richieste sovradimensionate rispetto alle necessità e soprattutto alle prescrizioni di legge, in quanto il c.d. "problema dell'*overdesign*" comporta un aumento considerevole dei tempi di approvazione e di conseguenza dei costi. Sul tema dell'*overdesign*, il recente D.L. "Sblocca Italia"⁹ prevede che non si possano fare richieste sovradimensionate di opere pubbliche senza che siano accompagnate da una stima della sostenibilità economica della proposta. Si tratta di un piccolo passo normativo che si auspica possa proseguire.

3.3. Coerenza tra tariffe, costi ed esternalità

Nell'ampia dottrina economica sul tema dei servizi regolati, ma anche dalle numerose analisi empiriche, è nota l'importanza di inviare agli utenti corret-

⁸ Legge 23 dicembre 2014, n. 190.

⁹ Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. "Sblocca Italia"), convertito con modificazioni dalla Legge 11 novembre 2014, n. 164.

ti “segnali di prezzo”, che incorporino i reali costi del servizio e li attribuiscono a chi li ha generati senza sussidi incrociati fra diverse fasce di consumatori o tra servizi. Le nuove regole definite dall’AEEGSI nel 2013 hanno fatto notevoli passi in avanti sulla strada del rispetto dei tre principi cardine delle tariffe dei servizi a rete: il “*full cost recovery*” e la “*cost reflectivity*” delle tariffe e il “chi inquina paga” (tutti e tre espressamente richiesti dalla legislazione comunitaria)¹⁰. A tal proposito, occorre definire e attivare a livello nazionale quelle componenti tariffarie legate al costo ambientale e al costo della risorsa, previste dal nuovo Metodo Tariffario Idrico (MTI)¹¹ e che fanno parte dei costi che la Direttiva Quadro sulle Acque (WFD)¹² dispone siano presi in considerazione per l’applicazione dei suddetti principi. La determinazione di tali componenti, volte a recuperare le esternalità negative derivanti dall’uso della risorsa, dovrà sia rendere più chiari ai grandi utilizzatori della risorsa idrica, come i settori industriale e agricolo, i costi di sistema da loro stessi generati, sia promuovere gli investimenti in ricerca di processo e di prodotto, in modo da rendere i nuovi prodotti meno costosi in termini di consumo idrico. Al tempo stesso tali componenti possono rappresentare strumenti di incentivo per la qualità complessiva del servizio per gli operatori, realizzando un circolo virtuoso di premialità teso a determinare interventi di investimento e gestionali aggiuntivi.

3.4. Cultura della prevenzione

Infine, le recenti e sempre più frequenti situazioni di calamità naturale che mettono in difficoltà i nostri territori (solo nella seconda metà del 2014 sono stati dichiarati 19 stati di emergenza da parte della protezione civile a seguito di alluvioni) implicano la necessità di importanti azioni di prevenzione del dissesto idrogeologico che vengano progettate e gestite fuori da logiche emergenziali. Due passi fondamentali riguardano la ripartizione delle competenze tra genio civile, consorzi di bonifica, enti locali e gestori del servizio, dove occorrerebbe una maggiore chiarezza sulle rispettive responsabilità, e una struttura flessibile della regolazione per tener conto degli investimenti che la situazione climatica impone in modo diverso per ogni territorio. I gestori del servizio

¹⁰ Cfr. articolo 9, Direttiva 2000/60/CE: “*Gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l’analisi economica effettuata in base all’allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga».*”

¹¹ Delibera AEEGSI 643/2013/R/idr del 27 dicembre 2013 “*Approvazione del metodo tariffario idrico e delle disposizioni di completamento*”.

¹² Direttiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l’azione comunitaria in materia di acque.

idrico possono avere un ruolo di primo piano in questo percorso, grazie alle capacità ingegneristiche e alla conoscenza dei territori, caratteristiche che li qualificano come interlocutori privilegiati di cui le Regioni potrebbero avvalersi per realizzare gli interventi di mitigazione del rischio idrogeologico, da cui però deve far seguito una coerente evoluzione/flessibilità tariffaria.

MARIA PAOLA GUERRA

ASSETTI ISTITUZIONALI E AMBITI TERRITORIALI OTTIMALI NEL PROCESSO DI RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE LOCALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ruolo istituzionale dei Comuni e frammentazione del livello istituzionale comunale. La prefigurazione dell'esercizio delle funzioni per ambiti territoriali ottimali nella legge 142 del 1990. – 3. La costruzione del modello organizzativo per ambiti territoriali ottimali nella "contaminazione" tra riforme settoriali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e riforme generali dell'amministrazione locale. – 4. Legislazione d'emergenza e nuovi approcci in tema di assetti territoriali dell'amministrazione locale. – 5. Linee di semplificazione del sistema pubblico e di riordino della distribuzione delle funzioni tra i diversi enti pubblici locali nella legge n. 56 del 2014. – 6. Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali. – 7. Osservazioni conclusive. Una sfida per la riforma dell'amministrazione locale.

1. *Premessa*

Gli studi sulla geografia amministrativa del nostro Paese mettono in luce che il disegno territoriale delle istituzioni politico-amministrative, pure a fronte di radicali cambiamenti nella società, è rimasto a grandi linee immutato¹. L'osservazione riveste una particolare rilevanza con riguardo ai Comuni, il cui assetto, ancora oggi in buona parte corrispondente a quello antecedente all'unificazione amministrativa, rivela da un lato, soprattutto in alcune Regioni, un alto grado di frammentazione, dall'altro un forte squilibrio dimensionale tra Comuni e Comuni.

Il problema dell'adeguatezza dimensionale degli enti pubblici territoriali è riaffiorato a più riprese, in fasi critiche ed evolutive del nostro ordinamento, in modo variegato: basti pensare al ricorrente dibattito sulla riforma ovvero la soppressione della Provincia, o ai diversi progetti di accorpamento delle Regioni affacciati nel corso del tempo². Con riguardo ai Comuni, la questione ri-

¹ L. GAMBI e F. MERLONI, a cura di, *Amministrazioni pubbliche e territorio in Italia*, Bologna, 1995, nel contesto di un'ampia indagine sui metodi e i risultati delle delimitazioni territoriali delle amministrazioni pubbliche in ambito nazionale, in connessione con analoga ricerca svolta sulla geografia amministrativa di sei Paesi europei (F. MERLONI e A. BOURS, a cura di, *Amministrazione e territorio in Europa*, Bologna, 1994).

² L'istituzione da parte del Ministro per gli affari regionali e le autonomie (il 29 dicembre 2014) di una *Commissione di studio degli ambiti territoriali regionali*, con il compito di svolgere

veste una particolare acutezza, per la concomitanza di due fattori: da una parte, il dato storico, prima richiamato, di forte frammentazione che ne connota l'assetto istituzionale, dall'altra, il loro ruolo di cura degli interessi e di promozione dello sviluppo della comunità di riferimento, in relazione al rapporto originario di rappresentanza politica che ad essa li lega³.

È proprio la contraddizione tra questi due elementi la situazione da cui prende corpo, sul piano legislativo, la figura dell'"ambito territoriale ottimale". In esso si riflette il problema, oggetto di analisi nell'ambito delle scienze economiche, della ricerca dei "criteri per una efficiente distribuzione delle competenze", alla luce del principio della "ottima corrispondenza" e dei modelli da esso derivati⁴. Il tema compare all'attenzione del legislatore in due differenti contesti d'intervento: in sede di leggi di riforma generale dell'amministrazione locale; in sede di legislazione di settore, con riguardo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In questo contributo s'intende soffermarsi contestualmente su queste due linee di intervento normativo, non solo per focalizzarne obiettivi e svolgimenti, ma anche per valutare se presentino profili di intersezione da considerare.

2. Ruolo istituzionale dei Comuni e frammentazione del livello istituzionale comunale. La prefigurazione dell'esercizio delle funzioni per ambiti territoriali ottimali nella legge 142 del 1990

Il problema dell'adeguatezza delle delimitazioni territoriali dei Comuni è

un'analisi sistematica e organica sugli ambiti territoriali regionali per valutare la fattibilità di modifiche all'assetto attuale (www.affariregionali.it) induce a non escludere l'apertura di un ripensamento anche sulla geografia amministrativa del livello istituzionale regionale nel processo di revisione costituzionale in corso, d.d.l. costituzionale A.C. 2613, *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*, approvato in prima deliberazione dal Senato e trasmesso alla Camera l'8 agosto 2014, dove, completato l'esame in Commissione, è attualmente all'esame dell'Assemblea.

³ Art. 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali* (Tuel).

⁴ Il principio della "ottima corrispondenza", detto anche "di equivalenza", postula, come base per una teoria normativa dell'attribuzione delle competenze tra diversi livelli di governo, il criterio della massima coincidenza possibile tra area geografica entro la quale una data politica svolta dal soggetto che ne è titolare fa sentire i propri effetti e l'area geografica delimitata dai confini della sua "giurisdizione". Sulle implicazioni del principio e sui modelli da esso derivati, G. BROSIÒ e S. PIPERNO, *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Giappichelli, Torino, 2009.

ben presente nella percezione del legislatore della prima legge di riforma generale e organica dell'amministrazione locale, legge 142/1990, come inevitabile implicazione dell'esigenza di raccordare in modo "sostenibile" la realtà storica dell'estrema parcellizzazione del tessuto istituzionale locale⁵ con il riconoscimento a ciascun Comune, indipendentemente da dimensioni e risorse, di un uguale statuto di ente a fini generali, in quanto esponenziale della collettività di riferimento. Nell'emersione di questo tema nel corpo della legge 142/1990 va però letta anche una traccia della nuova cultura dell'amministrazione di cui tale legge è portatrice, insieme alla contestuale legge 241/1990, che esige il suo "riorientamento" al cittadino. Cultura che, rispetto all'esercizio delle funzioni, sospinge verso il superamento di una visione ancorata esclusivamente al profilo soggettivo della titolarità della competenza, per valorizzare l'ottica del servizio reso ai cittadini, e della cooperazione tra amministrazioni funzionale al miglioramento della sua qualità.

Per superare lo squilibrio tra la previsione della competenza generale del Comune con riguardo alle funzioni amministrative inerenti al proprio territorio e alla propria popolazione e l'inadeguatezza dimensionale dei Comuni, la legge 142 del 1990 non adotta soluzioni di accorpamento, anche autoritativo, degli enti, come è avvenuto in diversi Paesi europei⁶, ma introduce vari altri strumenti. In questo contesto trova collocazione anche l'indicazione per il Comune dell'"esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati" (art. 9, c. 2). L'obiettivo della norma è di potenziare le capacità operative del singolo ente attraverso l'azione congiunta con altri enti, sottratta al rigido limite delle circoscrizioni amministrative ma invece commisurata alle esigenze dello svolgimento della funzione, come emerge dalla previsione di forme di cooperazione tra gli enti locali come mezzi per perseguire l'obiettivo stesso.

Esula dall'economia di questo contributo procedere ad un'analisi specifica dei diversi strumenti introdotti dalla legge 142/1990 quali rimedi all'alto grado di frammentazione del livello istituzionale comunale. È invece pertinente

⁵ Il dato della frammentazione istituzionale a livello locale è diffusamente conosciuto, ma vale richiamarlo: su 8.100 Comuni, circa il 25% ha meno di 1.000 abitanti, circa il 70% ha meno di 5.000 abitanti.

⁶ Viene introdotto invece l'istituto della fusione, che nella formulazione originaria, di cui all'art. 11, l. 142/1990, è intesa come sbocco necessario dell'Unione di Comuni, incentivata con finanziamenti statali e regionali, entro un termine dato dalla sua istituzione, pena lo scioglimento dell'Unione stessa. Una sorta di accorpamento tra enti, in definitiva, non imposto ma significativamente incentivato. Con riguardo al dibattito sviluppatosi all'epoca circa la necessità di procedere ad accorpamenti incisivi, alla stregua delle molte esperienze europee che in tal modo avevano conseguito una notevole riduzione del numero dei loro enti locali, ci si limita in questa sede a richiamare la netta presa di posizione di M.S. GIANNINI, *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 457 e s.

richiamare che essa a tal fine affida alle Regioni compiti significativi che danno sviluppo alla previsione costituzionale della possibilità per le Regioni di “istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni” (art. 133, c. 2), nel rispetto di limiti, fissati dalla stessa norma costituzionale, a garanzia delle popolazioni coinvolte⁷. Compiti di organizzare, con riguardo alle materie di loro competenza, l’esercizio delle funzioni amministrative a livello locale attraverso i Comuni e le Province, delimitando gli interessi comunali e, rispettivamente, provinciali in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio, nonché di disciplinare la cooperazione dei Comuni e delle Province tra loro e con la Regione (art. 3, c. 1-3). Implicazioni primarie di quest’ordine di previsioni sono, da un lato, la rottura del principio di uniformità, a favore, viceversa, della differenziazione nell’allocazione delle funzioni, dall’altro lato, l’attribuzione alla Regione di poteri di incidere sul sistema locale, attraverso la promozione di Unioni di comuni in previsione di una loro fusione e l’obbligatoria predisposizione di un programma, da aggiornare periodicamente, di modifica delle circoscrizioni comunali e di fusione dei piccoli Comuni (artt. 26 e 11, c. 2). È prevista, infine, l’emanazione da parte della Regione di norme di promozione e di coordinamento dell’iniziativa dei Comuni di cui all’art. 133, c. 1, Cost., auspicando dunque la possibilità di mettere in moto un processo sistematico di revisione delle circoscrizioni provinciali, sottratto a dinamiche strettamente localistiche.

Il quadro normativo delineato nella l. 142/90, oltre a una chiara individuazione dei termini del problema in esame, contiene *in nuce*, e con chiarezza, tutti gli elementi di fondo da cui ha preso le mosse la legislazione successiva in

⁷ La norma costituzionale pone, a garanzia delle popolazioni coinvolte dall’esercizio dei poteri regionali in tema di modifica delle circoscrizioni comunali: la necessità della previsione legislativa e della consultazione delle popolazioni interessate. Limiti che riflettono, al tempo stesso, la posizione dei Comuni nel nostro sistema costituzionale, quali enti autonomi direttamente costitutivi della Repubblica, in quanto esponenziali della propria collettività di riferimento, per quanto ricompresi all’interno di una specifica Regione e ad essa raccordati in modo peculiare. Vale ricordare che in tema di riforma delle circoscrizioni territoriali la Costituzione si colloca prevalentemente nella prospettiva di variazioni riguardanti singoli enti più che prefigurare l’eventualità di un riordino ad ampio raggio degli assetti territoriali, come emerge con chiarezza dalla disciplina costituzionale del potere d’iniziativa in rapporto alle distinte ipotesi previste, attribuito sempre “a partire dal basso”: ai Consigli comunali, tanti da rappresentare almeno un terzo delle popolazioni interessate, in base all’art. 132, c. 1; alle Province e, rispettivamente, ai Comuni interessati, in base all’art. 132, c. 2; ai Comuni, in base all’art. 133, c. 1. Come si è visto, nell’ipotesi di modifica delle circoscrizioni comunali (art. 133, c. 2) è invece demandato direttamente alla Regione, rendendole così possibile non solo adottare scelte di variazione della delimitazione territoriale di singoli Comuni, ma anche varare un programma di riordino complessivo delle circoscrizioni dei Comuni del proprio territorio.

tema di razionalizzazione dell'amministrazione locale, relativamente al rapporto tra funzioni e circoscrizioni territoriali quali ambiti del loro esercizio.

3. La costruzione del modello organizzativo per ambiti territoriali ottimali nella "contaminazione" tra riforme settoriali dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e riforme generali dell'amministrazione locale

Nel testo unico degli enti locali (Tuel), in cui hanno trovato organica sistemazione i significativi interventi di riforma approvati nel decennio successivo al varo della legge 142/90⁸, si rafforza la scelta di un percorso di razionalizzazione degli ambiti territoriali delle amministrazioni locali tramite strumenti cooperativi e processi gradualisti di accorpamento, fondati sul consenso degli enti coinvolti e meccanismi di incentivazione. Confluiscono nel Tuel rilevanti disposizioni introdotte dalle diverse leggi attraverso cui si è articolata la linea di riforma ispirata al c.d. federalismo a Costituzione invariata, sul ceppo della legge 15 marzo 1997, n. 59. La nuova configurazione dei rapporti centro-periferia, da essa perseguita, e che verrà poi costituzionalizzata nel 2001 con la legge di revisione del titolo V, richiede un'opera di adeguamento dei sistemi locali che li metta in grado di potere svolgere con efficacia ed efficienza le funzioni ad essi conferite nell'ampio processo di decentramento. In particolare, si scontra con la situazione di fragilità dell'assetto istituzionale locale prima richiamato la scelta della preferenziale attribuzione delle competenze amministrative al Comune, sulla base del principio di sussidiarietà. Ma la normativa di riforma la accompagna con l'individuazione di, per così dire, una via di uscita "in avanti", cioè nella direzione dell'innovazione e della modernizzazione dell'assetto stesso, affiancando alla sussidiarietà, quale criterio allocativo delle funzioni amministrative, i criteri dell'adeguatezza e della differenziazione.

Il criterio della differenziazione apre la possibilità di procedere, in esito al giudizio di adeguatezza, ad allocazioni difformi tra gli enti della medesima categoria, corrispondenti alle loro diverse capacità di governo in rapporto alle differenti condizioni dimensionali, organizzative, economiche, territoriali. Grazie alla differenziazione diviene inoltre possibile per le istituzioni locali, non più ingabbiate nell'omogeneità uniformemente calata dal centro, ricercare

⁸ Si segnala in particolare, con riguardo al tema degli ambiti territoriali ottimali, la confluenza nel Tuel della previsione di cui all'art. 3, c. 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, in attuazione dell'art. 4, c. 3, lett. g) della l. 15 marzo 1997, n. 59, e dell'art. 6 della l. 3 agosto 1999, n. 265, che già a sua volta aveva recepito il nuovo orientamento prospettato dal decreto attuativo della l. 59/1997, sul conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali.

soluzioni organizzative che consentano loro di superare il test dell'adeguatezza. Le forme associative appaiono così come lo strumento giuridico che consente loro di conseguire l'adeguatezza senza sacrificare l'identità, attraverso la differenziazione⁹. In questo contesto, le forme associative tra Comuni sono significativamente valorizzate, anche con la previsione di politiche regionali di incentivazione, tra esse in particolar modo l'Unione di Comuni, che viene riformata in termini idonei a favorirne la diffusione, eliminando gli aspetti della precedente disciplina che la rendevano un'ipotesi strettamente strumentale alla fusione di piccoli comuni¹⁰. L'Unione di Comuni viene ora vista in primo luogo come modalità organizzativa idonea per riuscire a superare quantomeno sul piano funzionale, tramite lo svolgimento congiunto di funzioni e servizi, la grave *impasse* della frammentazione istituzionale.

Nel disegno di riordino delineato, viene ripresa la direttrice della legge 142/1990 sull'esercizio delle funzioni in ambiti territoriali adeguati, dotandola di un'articolata disciplina che la porti a divenire operativa. Il potere di individuare i livelli ottimali di esercizio delle funzioni è attribuito alle Regioni, in coerenza con il potere di organizzare, con riguardo alle materie di loro competenza, l'esercizio delle funzioni amministrative a livello locale, ad esse riconosciuto già dalla l. 142/1990 e confermato dal Tuel. Spetta dunque alla Regione predisporre, previa concertazione con i Comuni, "un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione" (art. 33, c. 3, Tuel). Spetta invece ai Comuni la scelta, entro un termine fissato dalla Regione, circa le modalità dell'esercizio congiunto. Nel caso i Comuni non provvedano entro il termine temporale indicato dalla legislazione regionale, la Regione esercita il potere sostitutivo, nelle forme stabilite dalla legge stessa. Il punto di conciliazione tra funzione di governo della Regione e garanzia della posizione di autonomia degli enti comunali, in sostanza, è rappresentato dall'attestarsi della previsione regionale sul confine dell'individuazione degli ambiti territoriali ottimali, spettando ai Comuni la scelta circa le modalità dell'esercizio congiunto.

⁹ Sul principio di adeguatezza come fondamento dello sviluppo di una politica delle aggregazioni comunali basata sull'associazionismo, a fronte dell'inidoneità dimensionale dell'"organizzazione comunale di base" "ad una corretta azione di governo", V. CERULLI IRELLI, *L'organizzazione comunale di base: il problema di una dimensione adeguata*, in F. BASSANINI e L. CASTELLI, a cura di, *Semplificare l'Italia*, Passigli, Firenze, 2008, 43 ss.

¹⁰ Ciò non toglie che la fusione rimanga un obiettivo di fondo fortemente valorizzato nei criteri dettati dal Tuel per l'assegnazione degli incentivi alle forme di esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei Comuni.

Tale modello organizzativo, adottato dal testo organico di disciplina degli Enti locali per perseguire livelli ottimali di esercizio delle funzioni, a fronte dei cospicui trasferimenti conseguenti alla legislazione sul "federalismo amministrativo", postula l'estensione al complesso delle funzioni conferite agli Enti Locali del disegno organizzativo messo a punto, in parallelo al processo riformatore di carattere generale, da leggi di settore, in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica¹¹. Per cogliere i tratti salienti e le questioni coinvolte, sul piano dell'organizzazione territoriale, dal processo che in tema di livelli ottimali di esercizio delle funzioni si è sviluppato nell'ambito delle discipline di settore, dall'angolo visuale di questo contributo si assume come termine di riferimento privilegiato il servizio idrico, la cui prima organica riforma, dovuta alla legge 5 gennaio 1994, n. 36, è stata pioniera nell'applicazione del modello organizzativo per ambiti territoriali ottimali, mentre il travaglio normativo che le ha fatto seguito è emblematico delle difficoltà di addivenire a un condiviso assetto della *governance* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica¹².

La legge del 1994 aveva previsto un'organizzazione articolata territorialmente non in corrispondenza al criterio della circoscrizione amministrativa dell'ente titolare della funzione, ma sulla base di ambiti territoriali ottimali, delimitati in applicazione di una pluralità di criteri: tecnici (principalmente, il rispetto dell'unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui), gestionali (mirati al superamento della frammentazione delle gestioni) e amministrativi (tali da temperare, nella valutazione di adeguatezza dell'estensione dell'ambito, parametri fisici, demografici, tecnici e le esistenti ripartizioni politico-amministrative)¹³. La competenza in ordine alla perimetrazione degli ambiti territoriali ottimali era attribuita alla Regione, cui spettava pure disciplinare le forme ed i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito territoriale ottimale e le condizioni per

¹¹ Nel senso indicato, L. VANDELLI, *Art. 4, in Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti. Commento parte I. Titoli I-II. Artt 1-35*, a cura di L. VANDELLI - E. BARUSSO, Maggioli, Rimini, 2004, 120.

¹² Vale richiamare in proposito l'incisiva annotazione sulla "vertiginosa" instabilità del quadro, legislativo e giurisprudenziale, di cui i servizi pubblici locali a rilevanza economica costituiscono ormai "un caso da laboratorio ... perché emblematico e altamente formalizzato dei rapporti tra legislatore, interessi e gruppi di pressione tra i quali si annoverano, naturalmente, anche gli enti locali e le loro organizzazioni", in M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino 2010, 127 ss. L'attenzione al problema già in F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990. Sul problema oggi, con una valutazione prospettica, M. MIDIRI, *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale*, in questo volume.

¹³ Art. 8 c. 1, l. n. 36/1994.

renderli pienamente operativi, nonché definire le convenzioni tipo ai fini della regolazione dei rapporti degli Enti locali con i gestori del servizio. Spettava ai Comuni e alle Province dell'ambito territoriale ottimale organizzare il servizio e provvedere alla sua gestione mediante le forme previste dalla l. n. 142 del 1990, come integrata dalla l. n. 498 del 1992.

Il d.lgs. n. 152 del 2006, c.d. Codice dell'ambiente, in cui la l. n. 36/1994 è confluita, ne ha confermato l'impianto, introducendo alcune modifiche rivolte a favorire l'effettivo passaggio a una gestione imprenditoriale su base concorrenziale, anche allo scopo di incentivare investimenti infrastrutturali¹⁴. Tra queste, la preposizione all'ambito territoriale ottimale di una "struttura dotata di personalità giuridica", l'Autorità d'ambito, costituita nelle forme disciplinate dalla Regione, "alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche" (art. 148, c. 1), e il principio dell'"unicità della gestione, e comunque del superamento della frammentazione verticale delle gestioni" all'interno del medesimo ambito territoriale ottimale. Dispone inoltre l'istituzione di una Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, dando così avvio a un non lineare processo di ridefinizione, nella titolarità e nei poteri, del ruolo di regolazione dei servizi stessi, che solo alcuni anni dopo, e limitatamente al servizio idrico, porta alla sua sottoposizione ad un'autorità indipendente¹⁵. È infatti con il d.l. n. 201/2011, convertito in l. 214/2011, che so-

¹⁴ Sullo stato di avanzamento della riforma nella fase successiva all'approvazione del Codice dell'ambiente, Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (CO.VI.RI), *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, I, Roma, luglio 2009, in www.ambienteterritorio.coldiretti.it. Un quadro d'insieme dell'evoluzione della disciplina del servizio idrico, in L. COSTATO e F. PELLIZER, *Art. 141. Ambito di applicazione*, in *Commentario breve al Codice dell'ambiente* (D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), Cedam, Padova 2012, 468.

¹⁵ Peraltro, a livello europeo, ancora oggi, solamente in alcuni Paesi esistono regolatori indipendenti preposti al servizio idrico, mentre in altri la regolazione è effettuata da agenzie o da differenti organismi di ambito governativo (cfr., AEEGSI, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, vol. II, 31 marzo 2014, in www.autorita.energia.it/). Per quanto concerne il nostro Paese, già con il primo decreto correttivo del d.lgs. 152/2006, il d.lgs. 8 novembre 2006, n. 284, le norme sull'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti sono fatte cadere e si dispone la ricostituzione del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, di cui alla l. 36/94, e dell'Osservatorio nazionale sui rifiuti, di cui al d.lgs. 22/1997. Nel corso degli anni successivi, sono intervenuti sulla questione: d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4; d.l. 28 aprile 2009, n. 39, convertito con modificazioni dalla l. 24 giugno 2009, n. 77; d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106; d.P.R., n. 116 del 18 luglio 2011; d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214; d.p.c.m. del 20 luglio 2012; d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

no attribuite all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas funzioni di regolazione e di controllo del servizio idrico integrato, tra cui la definizione dei livelli minimi di qualità del servizio, la definizione delle componenti di costo e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura di questi costi, l'adozione di convenzioni tipo, in base alle quali sono predisposte dalle Autorità d'ambito le convenzioni per regolare i rapporti con i gestori del servizio idrico, l'approvazione delle tariffe predisposte dalle Autorità competenti, la tutela dei diritti degli utenti. Si prevede che tali funzioni siano esercitate con i poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge istitutiva, n. 481/1995.

La competenza regionale in ordine all'individuazione degli ambiti territoriali ottimali incarna la concezione del ruolo di governo dell'ente nei confronti del sistema territoriale regionale, il più idoneo in tale veste ad operare la scelta di delimitazione, con adeguata considerazione dei vari aspetti rilevanti e a garantire il migliore raccordo tra organizzazione settoriale dei servizi e livelli istituzionali politico-amministrativi. A tale ruolo si riconnette la competenza a disciplinare le forme e i modi della cooperazione tra gli Enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, ai fini della costituzione delle Autorità d'ambito.

Il compito di organizzare i servizi è concentrato nelle mani delle Autorità d'ambito, in quanto costituite dai Comuni, titolari della funzione. Compete a tali Autorità la predisposizione del piano d'ambito (di cui sono parte la ricognizione delle infrastrutture e il programma degli interventi, il piano economico finanziario e il modello gestionale ed organizzativo), la scelta della forma di gestione, la determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, l'affidamento della gestione, secondo le modalità consentite dal quadro normativo nazionale ed europeo, e il relativo controllo.

Il percorso legislativo è stato tortuoso anche con riguardo alle Autorità d'ambito. La legge finanziaria per il 2010, in base a una modificazione introdotta con decreto legge successivo¹⁶, aveva previsto la soppressione di tali Autorità (entro un anno, termine poi prorogato, con interventi successivi, fino al dicembre 2011), demandando alla Regione il compito di attribuire con legge, entro il medesimo termine, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, le funzioni da esse esercitate. Le Regioni hanno adottato assetti alquanto differenti, con una ripartizione di compiti e funzioni decisionali tra i diversi enti interessati nell'ambito di ciascun contesto regionale (Regione, Province, Comuni) assai eterogenea, ma con una non trascurabile tendenza verso il dimensionamento dell'ambito territoriale ottimale coincidente con l'intero territorio regionale, con preposizione ad esso di un unico ente o

¹⁶ Art. 186-*bis*, l. 23 dicembre 2009 (*legge finanziaria per il 2010*), inserito dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito con modificazioni in l. 26 marzo 2010, n. 42, a fini di semplificazione e di contenimento della spesa.

Agenzia¹⁷. Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 164/2014, ha reintrodotto la necessità della preposizione di un ente all'ambito territoriale ottimale, l'Ente di governo dell'ambito. Disposizione accompagnata, al fine di garantire l'effettivo e tempestivo avvio di tale organizzazione su tutto il territorio nazionale, dalla previsione di un termine perentorio entro cui provvedere e dell'esercizio del potere sostitutivo del Governo, in applicazione dell'art. 8, l. 131/2003, in caso di inadempimento (art. 147, c. 1, d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.l. 133/2014). Con la medesima finalità, il decreto ha previsto l'obbligatorietà della partecipazione degli Enti locali all'Ente di governo dell'ambito entro il termine fissato dalle Regioni o, in sua mancanza, entro quello suppletivo fissato dal decreto stesso, accompagnata dal rinvio all'esercizio del potere sostitutivo del Presidente della Regione in caso di inadempimento (art. 147, c. 1, e 1-*bis*, d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.l. 133/2014). Altre disposizioni della medesima riforma hanno attribuito determinati poteri direttamente all'Ente di governo dell'ambito, rafforzandone il ruolo¹⁸. È stato inoltre reintrodotto il principio dell'unicità della gestione, ammettendone la deroga limitatamente ai casi in cui l'ambito territoriale ottimale individuato coincida con l'intero territorio regionale, purché gli affidamenti riguardino ambiti territoriali comunque non inferiori alle dimensioni territoriali delle province o delle città metropolitane e tale scelta risulti necessaria ai fini di una maggiore efficienza gestionale e di una migliore qualità del servizio all'utenza¹⁹. Sono state previste norme detta-

¹⁷ Hanno optato per un unico ATO coincidente con l'intero ambito regionale le Regioni Emilia Romagna, Toscana, Abruzzo, Molise, Umbria, Calabria. Tra le altre soluzioni: l'attribuzione delle funzioni alle Province (Lombardia, Liguria); il mantenimento delle Autorità, ma prevedendo la rappresentanza in esse di una tipologia più ampia di soggetti (Puglia, Basilicata, Sardegna); o invece estendendone le competenze ad altri settori (Friuli Venezia Giulia, Umbria), o trasformandone la natura giuridica da ente a convenzione (Veneto, Piemonte, Marche). Per un quadro dettagliato delle scelte di riordino degli assetti dei servizi idrici ad oggi operate dalla legislazione regionale, AEEGSI, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, vol. I, 31 marzo 2014, 241, in www.autorita.energia.it.

¹⁸ V. l'attribuzione di poteri di approvazione dei progetti definitivi delle opere, degli interventi previsti nei piani di investimenti compresi nei piani d'ambito, con convocazione di apposita conferenza di servizi, e delle modifiche sostanziali delle medesime opere (approvazione che comporta dichiarazione di pubblica utilità e costituisce titolo abilitativo e, ove occorra, variante agli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale, esclusi i piani paesaggistici), nonché di poteri espropriativi per la realizzazione degli interventi in parola (art. 158-*bis*, d.lgs. 152/06, come modificato dal d.l. 133/2014).

¹⁹ Art. 147, c. 2, lett. b) e c. 2-*bis*, d.lgs. 152/06, come modificato dal d.l. 133/2014. Il principio dell'unicità della gestione, previsto dall'originaria formulazione della norma, era stato a suo tempo sostituito con quello dell'"unitarietà della gestione" su previsione del d.lgs. n. 4/2008, art. 2, c. 13.

gliate cui dovranno conformarsi gli Enti di governo degli ambiti nella difficile fase di passaggio dalle gestioni esistenti all'applicazione, con i nuovi affidamenti, del principio di unicità della gestione. A garanzia di un'effettiva attuazione, tali norme sono state affiancate dalla messa a punto di una fitta maglia di poteri di controllo e sostitutivi, nonché dalla previsione espressa della responsabilità erariale per le eventuali violazioni²⁰.

4. Legislazione d'emergenza e nuovi approcci in tema di assetti territoriali dell'amministrazione locale

La riforma del titolo V Cost. ha confermato le linee di riassetto dell'amministrazione locale trasfuse nel Tuel in esito alle riforme degli anni novanta, assegnando portata costituzionale ai principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Principi organizzativi che implicano, ai fini delle scelte allocative, una doverosa valutazione dei caratteri della funzione in rapporto all'individuazione della circoscrizione territoriale che appaia consentirne l'esercizio più idoneo. Alla loro costituzionalizzazione avrebbe dovuto far seguito, dunque, un ampio processo attuativo, esteso necessariamente, per non frustrare la direttrice dell'attribuzione preferenziale delle funzioni ai Comuni, all'individuazione di tutti gli strumenti, già normativamente previsti o da introdurre con apposite riforme, atti a mettere i Comuni in grado di rivestire tale ruolo centrale.

Ma questo progetto di razionale allocazione ed esercizio delle funzioni amministrative non ha avuto, nel complesso, un riscontro soddisfacente sul piano attuativo. Basti ricordare emblematicamente, sul fronte degli adempimenti statali, la tormentata vicenda relativa all'individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, demandata dal nuovo art. 117, c. 2, lett. p), Cost. alla legge statale: dall'inerzia iniziale, ai tentativi compiuti, e non arrivati in porto, nella XIV e XV legislatura con leggi di delega inattuate di governi di segno diverso, fino alla formulazione "transitoria" nella legge sul federalismo fiscale²¹, poi riprodotta nel d.l. n. 78/2010, conver-

²⁰ Art. 172, c. 1-5, d.lgs. 152/2006, come sostituiti dal d.l. 133/2014. In particolare, sono stati previsti poteri di vigilanza e referto al Parlamento da parte dell'AEEGSI, di controllo sostitutivo, e comunicazione al Ministro dell'ambiente e all'AEEGSI, da parte del Presidente della Regione, e di segnalazione da parte dell'AEEGSI al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'eventuale inadempienza dello stesso Presidente della Regione, al fine della nomina di un commissario *ad acta*.

²¹ Cfr., art. 21, c. 3 e 4, l. 42/2009, che procede all'individuazione delle funzioni fondamentali in modo transitorio, con riferimento ai processi di attuazione del c.d. federalismo fiscale.

tito in l. 122/2010 (art. 14, c. 27), e infine parzialmente modificata dal d.l. n. 95/ 2012, convertito in l. n. 135/2012 (art. 19, c. 1). Così pure, sul fronte dell'amministrazione regionale e locale, è noto come il processo di valorizzazione dell'intercomunalità si sia concretamente avviato con una lentezza inversamente proporzionale alla sua necessità, con l'eccezione di alcune Regioni in cui ha avuto significativi sviluppi²².

La c.d. geografia amministrativa ha ottenuto una rinnovata attenzione in concomitanza con l'esplosione della crisi economica e finanziaria, che ha rimesso a tema con impellenza la questione dell'efficienza dimensionale con riguardo al funzionamento complessivo dell'ente. Si è avuta in proposito una molteplicità di decreti legge che, da un lato, sotto l'urgenza del contenimento dei costi del sistema pubblico, dall'altro lato, sotto la pressione delle istituzioni finanziarie europee²³, sono intervenuti nell'obiettivo di «razionalizzare» gli assetti istituzionali delle amministrazioni locali, a partire dalle loro circoscrizioni territoriali²⁴, ma secondo un percorso che è apparso sostanzialmente privo di un quadro di riferimento chiaro circa il disegno finale dei ruoli e dei rapporti tra i diversi livelli istituzionali, oltre che di dubbia legittimità costituzionale, in quanto al di fuori delle vie ordinarie di riordino tracciate dalla Costituzione. Approccio emergenziale poi respinto dalla Corte costituzionale, con sentenza 19 luglio 2013, n. 220, in considerazione dell'inidoneità, «incompatibil[ità] sul piano logico e giuridico con il dettato costituzionale», dello strumento del decreto legge, «concepito dal legislatore costituente per interventi specifici e puntuali, resi necessari dall'insorgere di «casi straordinari di necessità e d'urgenza»», ad introdurre «una riforma organica e di sistema quale quella prevista dalle norme censurate».

²² Il numero delle Unioni di Comuni, aggiornato al settembre 2014, è di 381, raggruppanti 1.959 Comuni, per una popolazione complessiva di 8.591.635, cfr., *Scheda riassuntiva nazionale unioni di Comuni*, in www.unioni.anci.it. Per un articolato bilancio di tale processo associativo sul territorio nazionale, MARINUZZI e W. TORTORELLA, MARINUZZI e W. TORTORELLA, *Lo stato dell'arte dell'associazionismo intercomunale*, in *Amm.*, 2013, 133 ss.; v.a. G. MARINUZZI e W. TORTORELLA, *Lo stato dell'arte delle fusioni di Comuni in Italia*, *ivi*, 2014, 149 ss.

²³ L'urgenza temporale dell'intervento è ricondotta con particolare enfasi alle pressioni esercitate dalle istituzioni finanziarie europee, giunte a chiedere un'immediata revisione dell'amministrazione pubblica, che, a fini di efficienza e miglioramento del rapporto con le imprese, arrivasse fino ad «abolire o fondere alcuni strati amministrativi intermedi (come le Province)». Puntuali riferimenti alla vicenda, in C. TUBERTINI, *La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello?*, in *IdF*, 2012, 695 ss., specialmente, 699.

²⁴ Così nella lettera del Presidente della BCE Trichet e del successore *in pectore* Draghi, in data 5 agosto 2011, al Governo italiano, l'atto che ha espresso nella maniera più intensa la particolare situazione di crisi determinatasi nell'estate del 2011 e la cogenza delle istituzioni finanziarie UE nei confronti del Governo nazionale.

Tali decreti hanno investito sia il c.d. livello istituzionale intermedio, sia il livello comunale.

Con riguardo al primo, attraverso la sequenza dei d.l. 13 agosto 2011, n. 138, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 e 5 novembre 2012, n. 188, al di là delle loro differenti impostazioni sotto altri profili²⁵, si è tentato di ridefinire le circoscrizioni territoriali delle Province accorpandole in relazione a determinate soglie di estensione e di entità demografica²⁶, con una riduzione del numero complessivo, nelle Regioni a statuto ordinario, da 86 a 51 (ivi comprese le città metropolitane). La decadenza del d.l. n. 188/2012 per mancata conversione in legge ha chiuso la fase dei tentativi di riforma delle Province per decreto, appiccio che poi, come si è ricordato, è stato una volta per tutte respinto anche sul piano della legittimità costituzionale.

Con riguardo al livello comunale, un'intensa produzione di norme, a partire dalla manovra economica estiva del 2010 (d.l. 78/2010), fino al decreto c.d. *spending review* del 2012, è stata rivolta ad imporre ai piccoli Comuni l'utilizzo delle forme associative nell'esercizio, quantomeno, delle funzioni fondamentali di titolarità dell'ente²⁷. Decreti poi impugnati da varie Regioni

²⁵ Ci si riferisce alle trasformazioni relative all'assetto funzionale e alla forma di governo dell'ente, da ente direttamente rappresentativo della collettività territoriale di appartenenza a ente di secondo livello, e al relativo sistema elettorale.

²⁶ Con delibera del Consiglio dei Ministri del 20 luglio 2012, ex art. 17, c. 2, d.l. 95/12, sono stati fissati come requisiti minimi, necessariamente compresenti, per le nuove Province risultanti dalla procedura di riordino: a) dimensione territoriale non inferiore a 2.500 chilometri quadrati; b) popolazione residente non inferiore a 350.000 abitanti.

²⁷ Nella manovra economica estiva del 2010 (art. 14, c. 28, l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122), era stato previsto lo svolgimento obbligatoriamente in forma associata, attraverso convenzione o unione, delle funzioni fondamentali di competenza dei comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti (3.000 per i Comuni appartenenti o già appartenuti a Comunità montane). Il d.l. n. 138/2011 aveva successivamente disposto la confluenza coattiva dei Comuni con meno di 1.000 abitanti, con contestuale soppressione delle rispettive Giunte e Consigli, nell'Unione municipale, un ibrido tra associazione e fusione, per l'esercizio di «tutte le funzioni amministrative» di loro competenza. In sede di conversione, l'intervento sui piccolissimi Comuni era stato poi ridimensionato, ripristinandone i Consigli, con competenze fortemente limitate in conseguenza dell'attribuzione di tutte le loro funzioni all'Unione, ma con il riconoscimento di un ruolo rappresentativo, ai fini della formazione del Consiglio dell'Unione. Il successivo d.l. 95/2012 riformava nuovamente le modalità di obbligatorio esercizio associato delle funzioni fondamentali per i Comuni con meno di 5.000 abitanti, rimettendo ad essi la scelta tra modelli diversi di associazionismo, convenzione o unione, come disciplinate dal Tuel. Per i Comuni con meno di 1.000 abitanti, prevedeva inoltre la possibilità di optare per l'esercizio in forma associata di «tutte le funzioni e tutti i servizi pubblici loro spettanti», mediante una o più convenzioni, ai sensi dell'art. 30 Tuel, o mediante un'Unione di Comuni retta da una disciplina derogatoria rispetto a quella fissata dal Tuel. Si trattava di una disciplina ricalcata in buona parte su quella dell'Unione municipale prefigurata dal d.l.

davanti alla Corte costituzionale per invasione della competenza legislativa residuale delle Regioni in tema di forme associative tra Comuni. In base a tali disposizioni, infatti, la potestà legislativa regionale in materia è circoscritta entro gli spazi determinati dalla legge statale: individuazione, previa concertazione con i Comuni interessati, della “dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica” per l’esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni fondamentali da parte dei Comuni, secondo le forme associative previste dalla legge statale; indicazione del termine entro il quale l’esercizio delle funzioni fondamentali in forma associata deve essere avviato, mentre i termini per l’attuazione dell’esercizio associato sono fissati dalla legge statale, ed è previsto il potere sostitutivo del Governo, di cui all’art. 8, l. 131/2003, nei confronti degli enti inadempienti, previa diffida del prefetto²⁸; facoltà di adottare, entro termine prestabilito dalla legge statale, un limite demografico minimo per ciascuna forma associata derogatorio rispetto a quello di 10.000 abitanti fissato dalla legge statale²⁹.

Nel titolo V Cost. riformato, non è contemplata l’assegnazione allo Stato né alla Regione della competenza legislativa in ordine alla disciplina delle forme associative tra Comuni. Si è pertanto dibattuto in dottrina se la competenza in merito rientrasse nella potestà legislativa regionale residuale³⁰, o se fosse invece da ricondurre alla potestà legislativa statale alla stregua dell’art. 117, c. 2, lett. p), Cost. Con riguardo alle controversie sollevate dalle Regioni nei con-

138/2011, e poi espunta in sede di legge di conversione, ma sulla base di quanto previsto dal d.l. 95/2011 tale modello di stretta integrazione tra i Comuni componenti, che arrivano quasi a fondersi nell’Unione, non era più imposto bensì lasciato alla scelta degli interessati, con una decisione implicante anche la delimitazione al Consiglio e al Sindaco degli organi di governo dei Comuni aderenti, ossia il venir meno della Giunta (art. 19, comma 13).

²⁸ V. Circolare del Ministero dell’Interno – Dipartimento per gli Affari interni e territoriali, in data 12/1/2015, inviata ai Prefetti, essendo scaduto il termine ultimo per l’esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni fondamentali, in vista dell’esercizio dei poteri sostitutivi del Governo di cui all’art. 8, l. 131/2003. Una circolare successiva, in data 23/01/2015, a seguito di un accordo raggiunto in sede di conferenza Stato-Città-Autonomie Locali, ha dato conto dell’opportunità del differimento dell’originaria scadenza del 31 dicembre 2014. Correlativamente, è stato approvato dalla Commissione Bilancio e Affari costituzionali della Camera un emendamento al decreto c.d. Milleproroghe che, in sede di conversione in legge, dispone la proroga del termine anzidetto al 31 dicembre 2015.

²⁹ L’individuazione degli spazi lasciati dalla legislazione emergenziale esaminata alla potestà legislativa regionale è stata fatta con riferimento specifico all’ultimo dei decreti citati, d.l. n. 95/2012, art. 19, c. 1.

³⁰ In tal senso è parsa orientarsi anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, in sentenze che hanno riguardato specificamente le Comunità Montane, ma in cui sono stati formulati criteri di valenza più generale (sentenze n. 27 del 2010, n. 237 del 2009, n. 456 e n. 244 del 2005).

fronti dei richiamati decreti, la Corte costituzionale ha rinvenuto il fondamento di legittimazione costituzionale di tali provvedimenti nella loro finalizzazione alla riduzione della spesa pubblica corrente, quale principio fondamentale della materia del coordinamento della finanza pubblica, di potestà legislativa concorrente. Sia con riguardo ai rapporti tra competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale residuale, sia con riguardo al riparto costituzionale di competenze legislative di Stato e Regioni in materia di disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative da parte degli enti locali, e dunque anche con riferimento alle norme in tema di gestione associata, per gli aspetti per cui "l'ordinamento degli enti locali non costituisce l'oggetto principale della normativa statale in esame, ma rappresenta il settore in cui devono operare strumenti e modalità per pervenire alla prevista riduzione della spesa pubblica corrente"³¹.

La legislazione del triennio 2010-2012 in tema di gestione associata obbligatoria, in definitiva, ha rilanciato e reso cogente per un'ampia estensione dell'amministrazione locale la riorganizzazione funzionale per ambiti territoriali ottimali: sia in senso soggettivo, dovendosi applicare a circa il 70% del totale dei Comuni, sia in senso oggettivo, riguardando, con la sola eccezione delle funzioni per servizi di competenza statale (stato civile, anagrafe, elettorale), l'intero elenco delle funzioni fondamentali dell'ente di base. Un elenco corposo e composito, articolato in ampi settori: oltre ai già menzionati tradizionali compiti del Comune per servizi di competenza statale, funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, funzioni di polizia locale e di protezione civile, servizi alla persona e alla comunità, funzioni e compiti amministrativi in tema di territorio, ambiente e infrastrutture, tra cui pianificazione urbanistica ed edilizia, catasto, organizzazione dei servizi di raccolta, smaltimento e recupero dei rifiuti urbani, servizi di trasporto pubblico comunale, nonché "organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale". Al di là dei cambiamenti, per così dire, interni alla sequenza dei decreti, dal n. 78/2010, al n. 95/2012 (v. *supra*, nota 26), la prescrizione dell'obbligatorietà dell'esercizio associato per ambiti territoriali ottimali delle funzioni fondamentali dei Comuni con meno di 5.000 abitanti pare aver acquisito un carattere di irreversibilità, confermato dalla successiva legge di riforma dell'amministrazione locale, l. 56/2014. Sono invece più incerti gli sviluppi relativi all'altro livello istituzionale primariamente coinvolto, cioè quello regionale, di cui la legislazione emergenziale richiamata, alla stregua

³¹ Corte costituzionale, sent. 10 febbraio 2014, n. 22 e 13 marzo 2014, n. 44. Nella prospettiva riferita, la sent. n. 44/2014 dichiara incostituzionali alcune disposizioni dei decreti in quanto esulanti dalla finalizzazione al coordinamento della finanza pubblica ma attinenti più propriamente all'ambito dell'ordinamento delle Unioni di Comuni.

dell'analisi svolta in tema di obbligatorietà dell'esercizio associato, conferma il ruolo fondamentale di governo del sistema locale, ma operandone nel contempo una sorta di declassamento, rispetto alla posizione acquisita con la riforma costituzionale di alcuni anni addietro. E il disegno di revisione costituzionale *in itinere* manca in proposito di un progetto definito, se è vero che, soprattutto con riguardo al nodo cruciale del ruolo e dei poteri assegnati alla Regione nei rapporti con gli Enti locali, ha subito cambiamenti piuttosto rilevanti dal momento della presentazione, nell'aprile 2014, ad oggi³².

5. Linee di semplificazione del sistema pubblico e di riordino della distribuzione delle funzioni tra i diversi enti pubblici locali nella legge n. 56 del 2014

In tema di esercizio associato delle funzioni da parte degli Enti locali, la legge 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni*, semplifica, restringendolo, il quadro delle formule associative utilizzabili per l'obbligatoria gestione congiunta: elimina il modello dell'Unione di Comuni precedentemente previsto per i Comuni con meno di 1.000 abitanti³³; introduce alcuni vincoli con riguardo alla convenzione, rendendone più difficile l'utilizzo³⁴; procede inoltre alla revisione dell'Unione, modalità associativa preferenziale, intervenendo a rimediare a deficit dell'assetto precedente su aspetti sensibili della relazione tra l'ente associativo e i Comuni componenti, che probabilmente avevano contribuito ad alimenta-

³² Sul possibile impatto della riforma costituzionale *in itinere* sul percorso delineato dalla l. 56/2014, C. TUBERTINI, *Area vasta e non solo: il sistema locale alla prova delle riforme*, in *IdF*, 2014, 197 ss.; con particolare attenzione alla problematica relativa all'assetto istituzionale e funzionale di area vasta, F. MERLONI, *Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del Titolo V*, *ivi*, 215 ss.; M.P. GUERRA, *Le Province: enti «inutili» o possibile snodo della riforma dell'amministrazione territoriale? Note in tema di riforma della Provincia e cultura delle autonomie*, nel volume degli Scritti in onore di Franco Bassi, in corso di pubblicazione.

³³ V. l'abrogazione prevista dalla l. 56/2014, comma 4, dell'art. 16, c. 1-13, d.l. 138/2001, come modificati dall'art. 19, c. 2, d.l. 95/2012, e la correlativa abrogazione dell'art. 19, c. 4, 5 e 6, d.l. 95/2012. La modifica operata dall'art. 19, c. 2, d.l. 95/2012, come si è visto (*v. supra*), aveva reso questo modello di Unione alternativo, a scelta dei Comuni con meno di 1.000 abitanti, a quello disciplinato in termini generali dall'art. 32 Tuel.

³⁴ Sul favore espresso da molteplici disposizioni della l. 56/2014 per la forma associativa dell'Unione, a confronto di quella, pure ammessa in alternativa, della convenzione, si rinvia a P. BARRERA e C. TUBERTINI, *Commento (comma 104-106)*, in L. VANDELLI, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Rimini, Maggioli, 2014, 197, e a C. TUBERTINI, *Commento (comma 107)*, in L. VANDELLI, *Città metropolitane ...*, cit., 215.

re le resistenze dei Comuni nei confronti dello sbocco associativo. In particolare, garantisce la rappresentanza a tutti i Comuni associati e valorizza lo statuto dell'Unione come effettivo strumento di autoorganizzazione delle modalità di funzionamento degli organi e dei loro rapporti, aspetti di cui si coglie adeguatamente la rilevanza considerando la natura rappresentativa di secondo grado dell'ente associativo. La revisione della disciplina dell'Unione operata dalla l. n. 56/2014 pare orientata a darle una struttura adeguata a garantirne non solo il radicamento in modo diffuso nella realtà istituzionale dell'amministrazione locale, ma anche ad anticipare sul piano funzionale quello che in prospettiva evolutiva, nell'auspicio di un naturale progressivo passaggio dall'associazione alla fusione, sarà il nuovo ente locale di primo livello.

Con riguardo ai rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale in materia di intercomunalità, la l. 56/2014 conferma sostanzialmente l'impostazione seguita dai decreti emergenziali degli anni 2010-2013. Sicché, da un lato, ribadisce la competenza regionale in ordine alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali e omogenei per area geografica per lo svolgimento delle funzioni fondamentali e alla determinazione di un diverso limite demografico minimo per le Unioni e le convenzioni rispetto a quello previsto dalla legge statale³⁵, dall'altro, dispone in modo generalizzato l'obbligo per le Regioni di adeguare la propria legislazione alle disposizioni della riforma, indipendentemente dalle scelte già operate in ambito regionale in tema di intercomunalità³⁶. Il ruolo delle Regioni resta tuttavia determinante per l'assetto del sistema territoriale regionale, spettando ad esse sviluppare i propri poteri di programmazione e coordinamento delle diverse politiche sul territorio, e di allocazione delle funzioni amministrative, in modo da coinvolgere nel riordino verso una nuova e più adeguata geografia amministrativa anche i Comuni non sottoposti al vincolo associativo obbligatorio.

³⁵ Cfr., comma 107, l. 56/2014, che fissa il limite demografico minimo delle Unioni e delle convenzioni in 10.000 abitanti, o in 3.000 abitanti per i Comuni appartenenti, o appartenuti, a Comunità montane, a condizione, in tal caso che l'Unione sia formata da almeno 3 Comuni. Nella medesima norma si assegna alla Regione, la possibilità, oltre che di adottare un diverso limite demografico minimo, di disporre deroghe in relazione a condizioni territoriali che presentino caratteri peculiari. La legge di riforma ribadisce espressamente che gli statuti dell'Unione devono rispettare le soglie demografiche minime eventualmente disposte con legge regionale e assicurare la coerenza con gli ambiti territoriali in essa previsti (comma 106).

³⁶ Cfr., l. 56/2014, comma 144. Nella formulazione iniziale del progetto di riforma costituzionale, per la *revisione della Parte II della Costituzione*, la competenza legislativa in materia di forme associative tra Comuni risultava annessa all'ambito della potestà legislativa statale di cui all'art. 117, c. 2, lett. p). Nel testo approvato in prima lettura dal Senato, la competenza legislativa statale in materia riguarda invece solo le "disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni".

Anche con riguardo al livello istituzionale c.d. di area vasta, l'intervento operato dalla l. 56/2014 presenta più di un profilo di continuità con le linee di riforma a suo tempo tracciate dalla legislazione emergenziale del biennio 2012-2013, rimossa dalla citata sentenza della Corte costituzionale n. 220/2013. La vastità del tema non consente di affrontarlo in questa sede neppure per cenni, al di là del richiamo all'avvenuta istituzione, ad opera della legge stessa, della Città metropolitana ed alla trasformazione della Provincia in ente di secondo grado, cui sono assegnate funzioni fondamentali, ma soprattutto alla relazione diretta tra destinatari dell'esercizio della funzione e ente territoriale incaricato del suo svolgimento perseguita dal principio di sussidiarietà³⁷.

In stretta connessione con il processo di riorganizzazione degli assetti istituzionali di livello sovracomunale e di area vasta, e la correlativa riallocazione delle funzioni tra i diversi enti pubblici territoriali, la legge 56/2014 dispone la soppressione da parte delle Regioni e dello Stato, nelle materie di rispettiva competenza, di enti ed agenzie, in ambito provinciale o sub-provinciale, istituite in passato da leggi di settore per l'esercizio di funzioni di organizzazione di servizi di rilevanza economica di competenza comunale o provinciale³⁸, e l'attribuzione delle funzioni da essi esplicate alle "nuove" province, "con tempi, modalità e forme di coordinamento con regioni e comuni, da determinare nell'ambito del processo di riordino di cui ai commi da 85 a 97, secondo i principi di adeguatezza e di sussidiarietà ..."³⁹. L'epicentro dell'esigenza di riordino è individuabile nella ricerca dell'allocazione ottimale delle funzioni di

³⁷ Per l'analisi del problema della legittimità di un sistema di elezione indiretta per gli organi di governo delle Province, L. VANDELLI, *La Provincia italiana nel cambiamento: sulla legittimità di forme ad elezione indiretta*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del LVIII Convegno di Studi. Varenna Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Giuffrè, Milano, 2013; G.C. DE MARTIN, *Appunto per audizione del prof. Gian Candido De Martin sul ddl 1212*, I commissione - Senato della Repubblica, 14/01/2014 e F. MERLONI, *Qualche ulteriore riflessione sul "nodo delle Province"*, note per Astrid - 6 novembre 2013.

³⁸ L'impellenza di procedere al riassetto di tale composito universo (società per azioni, s.r.l., società consortili, aziende speciali, aziende, consorzi, agenzie, ecc.) nell'ambito stesso della riforma del sistema delle autonomie è stata sottolineata dalla Corte dei Conti, durante il processo di elaborazione della riforma medesima, supportandola con l'indicazione del loro ingente numero. Ne derivava con evidenza l'impossibilità di tralasciare un tale capitolo nel contesto di una riforma prioritariamente ispirata ad obiettivi di razionalizzazione e semplificazione, nonché di contenimento della spesa, del sistema pubblico. Sull'esigenza di "disboscare la giungla di enti e strutture intermedie tra comuni e province e province e Regioni", come intervento prioritario ai fini della semplificazione dell'architettura del sistema territoriale, v. già F. BASSANINI, *Introduzione*, in F. BASSANINI e L. CASTELLI, a cura di, *Semplificare l'Italia*, cit., 40 s.

³⁹ Legge 56/2014, comma 90, lett. a). È prevista l'applicazione di misure premiali a favore delle Regioni che approvino leggi di riorganizzazione come quelle indicate (comma 90, lett. b).

area vasta, alla luce del nuovo assetto istituzionale caratterizzato dalla trasformazione della Provincia in ente di secondo grado, dall'istituzione delle Città metropolitane, dal rafforzamento delle Unioni di Comuni. Tale processo di riordino riguarda le funzioni che non siano già state oggetto di diretta assegnazione, da parte della stessa legge di riforma, a Comuni, Province, Città metropolitane, in quanto individuate come loro funzioni fondamentali. Tra le finalità che, secondo l'indicazione della l. n. 56/2014, devono improntarlo figura al primo posto l'“individuazione dell'ambito territoriale ottimale di esercizio per ciascuna funzione” (comma 89). Anche questa disposizione è rilevante ai fini della definizione del profilo funzionale della “nuova” Provincia. Sembra raccordarsi con la sua qualificazione come ente “di area vasta” (comma 85) il conferimento ad essa delle funzioni di organizzazione di servizi di rilevanza economica, proprio in ottemperanza al criterio dell'individuazione dell'ambito ottimale di esercizio per ciascuna funzione (principio di adeguatezza), tutte le volte che (principio di differenziazione) tale ambito ottimale esorbiti dal livello dimensionale dei Comuni singoli o anche associati (principio di sussidiarietà in senso verticale), come può non di rado verificarsi nelle realtà a prevalenza di Comuni piccoli o piccolissimi, a fronte di servizi che, come quelli di rilevanza economica, postulano in linea generale, a fini di economie di scala, lo svolgimento su ampi bacini territoriali. Fatte salve le ipotesi in cui la natura della funzione ne richieda l'esercizio a un livello territoriale superiore, regionale o statale⁴⁰.

La nuova *governance* dell'ente provinciale contiene interessanti potenzialità ai fini dell'opportunità di ricondurre a un ente portatore di una visione di carattere generale relativa al territorio di area vasta, e tale da costituire un livello politico più robusto e attrezzato rispetto a quello comunale nei confronti della crescente complessità dei processi implicati, l'esercizio di funzioni in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica affidate in passato, sulla base di leggi di settore statali o regionali, nella ricerca di una maggiore efficienza, a organismi giuridici di diversa natura. Ad avviso di chi scrive, lo sviluppo effettivo di tali potenzialità richiede tuttavia un ripensamento in ordine alla composizione dei Consigli provinciali, al fine di assicurare, pur in un sistema di elezione di secondo grado, una rappresentanza più adeguata delle

⁴⁰ In sintonia con le considerazioni appena esposte, la disposizione che prefigura il “conferimento” alla Provincia, su intesa tra quest'ultima e i Comuni interessati, di alcuni compiti di loro pertinenza implicanti competenze tecniche non alla portata delle spesso esigue organizzazioni e risorse degli stessi, mentre la loro centralizzazione nella Provincia consentirebbe di realizzare, insieme a una gestione più razionale e trasparente, interessanti economie di scala. Compiti tra cui figurano quelli di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive (comma 88).

diverse componenti territoriali e politiche dell'area provinciale⁴¹. Nello stesso ordine di considerazioni, sembrerebbe inoltre importante prevedere la possibilità per le Province di optare, in sede di elaborazione statutaria, previa eventuale consultazione referendaria della popolazione interessata, per forme di investitura dei propri organi di governo dirette a coniugare l'obiettivo di semplificazione, affidato nelle scelte della l. n. 56 del 2014 alla rappresentanza di secondo grado, con la salvaguardia maggiore possibile della trasparenza del legame di responsabilità politica con la collettività di riferimento⁴².

6. *Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*

Un'ulteriore linea di intervento legislativo si è sviluppata negli ultimi anni con riguardo all'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, diretta all'obiettivo del loro svolgimento "in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio"⁴³. Ha preso le mosse con il decreto legge "liberalizzazioni", n. 1/2012, intervenuto successivamente all'emanazione, con il d.l. 138/2011, di norme dirette all'"adeguamento" della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare che pochi mesi prima aveva determinato l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, d.l. 112/2008, come modificato dal d.l. 135/2009, ossia della disciplina che aveva introdotto regole proconcorrenziali in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici, di applicazione più ampia rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario⁴⁴. Il decreto "liberalizzazioni", nel suo ampio raggio d'intervento, aveva operato una serie di modificazioni al d.l. 138/2011 dirette alla "promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali". Tra queste, l'inserimento

⁴¹ In senso analogo, con riguardo alla composizione dei nuovi Consigli provinciali, eletti dagli organi elettivi dei Comuni, di cui all'art. 23, d.l. n. 95 del 2012, L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Regioni*, 2012, pp. 845 ss.

⁴² Al riguardo v. M. P. GUERRA, *Le province: enti "inutili" o possibile snodo...*, cit. Nel quadro costituzionale attuale, spetterebbe comunque alla legge statale, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. p), la disciplina di tale sistema elettorale alternativo a quello fissato in linea generale dalla l. 56/2014.

⁴³ Cfr., art. 3-*bis*, d.l. 138/2011, inserito dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27, art. 25..

⁴⁴ Corte cost., sent. 17 novembre 2010 n. 325, *diritto*, n. 6.1. Per la ricostruzione e l'analisi dell'intera travagliata vicenda, dalle norme proconcorrenziali del 2008-2009 fino ai più recenti sviluppi introdotti dalla legge di stabilità per il 2015, l. 23 dicembre 2014, n. 190, si rinvia a M. MIDIRI, *Servizi pubblici locali ...*, cit.

dell'art. 3-*bis*, avente ad oggetto criteri di organizzazione per ambiti territoriali dello svolgimento dei servizi pubblici locali. La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, contenuta nel decreto 138/2011 e nelle modifiche ad esso apportate dal d.l. 1/2012, venne dichiarata costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 75 Cost., in quanto elusiva della *ratio* del referendum e degli effetti vincolanti dello stesso⁴⁵, ma l'art. 3-*bis* non venne colpito dalla dichiarazione di incostituzionalità. Con l'art. 3-*bis*, d.l. 138/2011, e le successive modifiche, si è sviluppato un modello di organizzazione per ambiti o bacini territoriali ottimali dello svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "sottoposti alla regolazione di un'autorità indipendente", incluso il settore dei rifiuti urbani⁴⁶.

L'art. 3-*bis*, a ben vedere, ha raccolto il testimone dalla previsione contenuta nel comma 7 dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 – poi abrogato, come si è ricordato, dal voto referendario – che sanciva la possibilità per le Regioni di "definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi", a fini di economie di scala, di integrazione di servizi a domanda debole e servizi più redditizi nonché di copertura degli obblighi di servizio universale. Il comma 7, sottraendo lo svolgimento delle gare ai confini delle circoscrizioni dei singoli Enti locali, perseguiva al tempo stesso la crescita dimensionale dei gestori, quale fattore, insieme a quello concorrenziale, per una riqualificazione dei servizi erogati. Il raccordo tra gli enti territoriali ricompresi nell'ambito territoriale corrispondente era demandato ad un'intesa tra le Regioni e gli enti stessi, da raggiungere in sede di Conferenza unificata.

Nell'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, si dispone che "a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni ... organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio". La delimitazione cui la norma rinvia è indicata al tempo stesso come "contesto territoriale" in cui organizzare lo svolgimento del servizio e come area di mercato rilevante, ma l'obiettivo prioritario della disposizione appare essere l'ampliamento delle dimensioni del mercato concorrenziale, come emerge dall'individuazione da essa operata direttamente dell'estensione dell'ambito ottimale, in termini dunque indifferen-

⁴⁵ Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 199. La disciplina introdotta dal d.l. n. 138/2011, secondo quanto affermato nella sentenza, rendeva ancor più limitate le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* di quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in violazione del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria.

⁴⁶ Art. 3-*bis*, c. 6-*bis*, d.l. n. 138/2011, come modificato dalla l. 190/2014, art. 1, comma 609.

ziati rispetto alla tipologia del servizio e ai caratteri del territorio, prescrivendo che debba essere “di norma ... non inferiore almeno a quella del territorio provinciale”. Altri criteri, di differenziazione territoriale e socio-economica, trovano ingresso, ai fini della delimitazione dell’ambito territoriale, attraverso l’attribuzione alla Regione della possibilità di individuare un dimensionamento diverso da quello provinciale, nei limiti di un’applicazione dei criteri stessi motivata in rapporto ai principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio. Coerente con l’impostazione riferita, orientata a favorire l’attuazione del principio concorrenziale nei servizi pubblici locali e con esso la crescita dimensionale dei gestori, il seguito della disposizione, che contiene norme di incentivazione del ricorso all’evidenza pubblica (commi 2 e 3) e norme disincentivanti il ricorso all’*in house* (commi 4 e 5).

L’art. 3-*bis* è stato oggetto di molteplici modifiche e integrazioni successive⁴⁷, con cui, in particolare, si è prevista l’istituzione, o designazione, da parte delle Regioni degli “enti di governo” degli ambiti o bacini territoriali ottimali⁴⁸ e si è specificato che compete unicamente a questi l’esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica (settore dei rifiuti urbani compreso), di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all’utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo⁴⁹.

Il ruolo degli enti di governo dell’ambito è stato rafforzato dalla legge di stabilità per il 2015:

- prevedendo in modo espresso l’obbligatorietà dell’adesione ad essi degli Enti locali, presidiata da un termine inderogabile fissato dalla norma stessa e dai poteri sostitutivi assegnati al Presidente della Regione in caso di inadempimento; – conferendo loro il compito di motivare la scelta in merito all’affidamento del servizio con l’apposita relazione, prevista dal d.l. n. 179/2012 (nella fase di “rarefazione normativa”⁵⁰ seguita all’abrogazione referendaria del giugno 2011) per assicurare il rispetto della disciplina europea e definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, e dalla l. 190/2014 ampliata nei contenuti obbligatori, con riguardo al profilo economico-finanziario, in modo più esigente nell’ipotesi di affidamento *in*

⁴⁷ Si tratta di: d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221; l. 27 dicembre 2013, n. 147; d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito con modificazioni dalla L. 27 febbraio 2014, n. 15; l. 23 dicembre 2014, n. 190.

⁴⁸ D.l. 83/2012, n. 83, art. 1, c. 1, lett. a), n. 2).

⁴⁹ D.l. 179/2012, n. 179, art. 34, c. 23, che inserisce nell’art. 3-*bis* il comma 1-*bis*.

⁵⁰ Cfr. M. MIDIRI, *Servizi pubblici locali ...*, cit.

house; – specificando che le deliberazioni sono validamente assunte dai competenti organi degli Enti di governo dell'ambito “senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali”.

La medesima l. n. 190/2014 ha inoltre previsto, con l'inserimento nell'art. 3-*bis* di un nuovo comma 6-*bis*, l'estensione “salvo deroghe espresse, anche al settore dei rifiuti urbani e ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente” delle disposizioni fissate in tale articolo e delle altre disposizioni, “comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”. Il dettato del nuovo comma pare perseguire al tempo stesso un obiettivo puntuale ed uno di sistema. Obiettivo puntuale: includere anche il settore dei rifiuti urbani nell'ambito di applicazione del modello organizzativo per ambiti o bacini territoriali ottimali, risultante dall'insieme normativo definito dal comma stesso⁵¹. Obiettivo di sistema: mettere a punto più compiutamente tale modello organizzativo e qualificarlo come di applicazione generale (fatte salve le eventuali “deroghe espresse”) per tutti i “settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente” ed anche, come si è appena visto, per il settore dei rifiuti urbani. Il modello organizzativo è identificato sulla base dell'insieme normativo risultante dal medesimo art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011 e dalle “altre disposizioni, comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”.

L'attenzione va dunque ora portata su tale modello organizzativo, per coglierne alcuni tratti essenziali che appaiono condivisi nelle due discipline che abbiamo assunto (v. *supra*) esserne costitutive *in primis*: quella degli ambiti territoriali per lo svolgimento dei servizi pubblici locali, di cui all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, e quella del servizio idrico integrato, di cui al d.lgs. 152/2006, inclusi i cambiamenti introdotti rispettivamente dalla l. 190/2014 e dal d.l. n. 133/2014.

Dall'angolazione di questo contributo, interessa soprattutto cogliere la “ridefinizione” delle relazioni tra i diversi soggetti del sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in parallelo al passaggio dalla separatezza gestionale dei singoli Comuni alla loro aggregazione operativa negli ambiti territoriali ottimali. Tale passaggio si è messo in moto in concomitanza con diverse dinamiche, ricollegabili all'obiettivo di fondo dell'efficienza e della qualità del servizio, ma tali da coinvolgere interessi di segno diverso, legati ai grandi

⁵¹ Il servizio integrato di gestione dei rifiuti, infatti, pur essendo disciplinato dal d.lgs. n. 152/2006, come il servizio idrico integrato, era fino ad oggi rimasto estraneo ad alcuni aspetti dell'elaborazione legislativa del modello organizzativo per ambiti territoriali ottimali messi a punto attraverso le ripetute modifiche legislative della sezione terza del titolo terzo di tale decreto, relativa alla gestione delle risorse idriche e del servizio idrico integrato.

temi dello sviluppo economico e sociale, del rapporto tra pubblico e privato, della crisi economico-finanziaria di fine decennio, del crescente impatto del fattore tecnologico nelle modalità di fornitura dei servizi stessi, nonché l'incidenza della "pressione comunitaria" su questi ed altri fronti, compreso quello di rilevanza crescente relativo alla gestione delle risorse ambientali. Era inevitabile che ne risultasse investito profondamente il profilo stesso della *governance* di tali servizi. Come rivela in modo particolare il cambiamento della posizione del Comune dalla fase della prima riforma dei servizi pubblici locali, ad opera della l. 142/1990, al modello organizzativo di cui all'insieme normativo definito dall'art. 3-*bis*, c. 6-*bis*, d.l. 138/2011. Dal "cumulo dei ruoli" (proprietario e gestore, regolatore del comparto e rappresentante degli interessi locali)⁵², come è stato per vari decenni, al rischio, a seconda delle scelte che siano operate dalle Regioni nell'esercizio dei poteri di dimensionamento degli ambiti territoriali ottimali e di istituzione degli Enti di governo degli stessi, di non poter giocare altro ruolo che quello di "comitato" incaricato, in ragione del proprio carattere elettivo, di "conferire legittimazione a un insieme di entità separate"⁵³.

Si è visto che: gli Enti locali devono obbligatoriamente partecipare all'Ente di governo dell'ambito; spetta "unicamente" all'Ente di governo dell'ambito l'esercizio delle funzioni di organizzazione dei servizi, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e del relativo controllo, nonché effettuare la relazione prescritta dall'art. 34, d.l. 179/2012. Ed inoltre, sulle scelte in ordine alle modalità di affidamento pesa, al di là del doveroso rispetto dell'ordinamento europeo, il condizionamento degli adempimenti previsti dalla normativa nazionale, per una parte giustificati dalle particolarità dell'*in house*, per altra parte, invece, diretti a disincentivare questa modalità di svolgimento del servizio⁵⁴. Come pure pesa il principio dell'unicità della gestione⁵⁵, che, rap-

⁵² Sul tema, nella prospettiva di un "bilancio" dell'evoluzione istituzionale, dalla legge giolittiana del 1903 sulla municipalizzazione ai provvedimenti proconcorrenziali del 2001 e del 2003, F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 2004, 37 ss.; la declinazione del problema nelle sue molteplici sfaccettature al vaglio della normativa proconcorrenziale vigente alla data del contributo (art. 23-*bis*, d.l. 112/2008, come modificato dal d.l. 135/2009), in M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato ... cit.*; in esito a un'ampia ricerca sui diversi settori dei servizi pubblici locali, M. BIANCO e P. SESTITO, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, il Mulino, Bologna, 2010, 313 ss.

⁵³ Cfr., F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amm.*, 2010, 367.

⁵⁴ In ordine alla possibilità per la legislazione nazionale di prevedere norme più restrittive, in ordine alla gestione diretta del servizio pubblico locale, rispetto a quanto consentito dalla

portato all'estensione dell'ambito territoriale ottimale, necessariamente non inferiore almeno a quella del territorio provinciale, rende difficile l'effettiva praticabilità dell'*in house*.

In base ai cambiamenti riferiti, gli Enti di governo dell'ambito appaiono potenzialmente destinati a divenire il vero centro di regolazione del servizio pubblico locale di rilevanza economica sul territorio, autonomizzandosi, per così dire, dagli Enti locali, di cui pure sono emanazione. A loro volta sono sottoposti al controllo delle autorità indipendenti. Figura, quest'ultima, che impatta sull'assetto dei ruoli e dei poteri preesistenti in più direzioni, concentrando in sé le funzioni, tra tutte quelle in precedenza intestate ai diversi soggetti coinvolti nel servizio, più corrispondenti ai caratteri che le sono connotati di competenza tecnica e di indipendenza rispetto agli interessi in gioco⁵⁶. Con riferimento al controllo tecnico sulla qualità del servizio reso agli utenti, assorbe compiti che in tal modo vengono ad essere distinti, e anch'essi separati, come già quelli di organizzazione del servizio, dal ruolo del Comune di rappresentanza dei cittadini in quanto destinatari del servizio.

Nel quadro del modello organizzativo per ambiti o bacini territoriali ottimali delineato dalla legislazione statale, al netto delle dibattute questioni di ordine più generale circa il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali, il ruolo che compete alle Regioni è comunque rilevante, e coerente con quello loro proprio nell'assetto costituzionale degli enti pubblici territoriali, quali enti di governo del complessivo sistema regionale. Specificamente, come si è visto, competono ad esse il dimensionamento degli ambiti o bacini territoriali ottimali e l'istituzione degli Enti di governo degli stessi. Scelte determinanti tanto sul piano delle opzioni di fondo relative all'organizzazione del singolo servizio, e principalmente in ordine alle forme di gestione e alle modalità di affidamento, quanto sul piano delle relazioni tra i diversi soggetti coinvolti. Fondamentali, in definitiva, per il

normativa comunitaria, v. Corte cost., sent. 17 novembre 2010 n. 325, *diritto*, n. 6.1.

⁵⁵ Art. 147, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 152/2006, come modificato dal d.l. n. 133/2014, da ritenere di applicazione generale ai servizi pubblici locali in attuazione dell'art. 3-bis, comma 6-bis, d.l. 138/2011.

⁵⁶ Sintomatico delle tensioni aperte da questa redistribuzione dei ruoli il contenzioso in sede di giudizio costituzionale, tra Stato e Regioni, che ha accompagnato il processo di affermazione di un'autorità indipendente per il settore idrico. Tra le diverse pronunce: Corte cost. sent. 23 aprile 2010, n. 142, che dichiara incostituzionale la norma di legge regionale che assegna alla Regione poteri dalla legge statale attribuiti alla Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, quali la verifica del piano d'ambito; analogamente, con riguardo all'assunzione da parte della Regione dei compiti di individuazione della tariffa di riferimento quale corrispettivo del servizio idrico integrato, Corte cost., sent. 4 febbraio 2010, n. 29; in tema, v.a. Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 246; Corte cost. sent. 325/2010, cit.

conseguimento degli auspicati obiettivi di razionalizzazione del sistema pubblico e riduzione della relativa spesa, senza pregiudizio, ma anzi con la riqualificazione dei servizi offerti ai cittadini e utenti. Basti dire che gravano sulle scelte di dimensionamento esigenze ed interessi confliggenti, quali la pressione da parte della legislazione statale verso la crescita dimensionale dei gestori⁵⁷, ma anche, con riguardo a un diverso ordine di interessi, l'esigenza di attivare un reale coinvolgimento degli Enti locali, in forme di raccordo e cooperazione adeguate, superando al riguardo, con idonee scelte organizzative, gli ostacoli derivanti dall'accentuata frammentazione istituzionale di molte realtà regionali. L'insufficiente coinvolgimento degli Enti locali renderebbe più ardua la possibilità dell'Ente di governo dell'ambito di svolgere adeguatamente determinate funzioni non potendo contare sulla loro collaborazione operativa (tenuto conto che non ha una propria organizzazione decentrata), e soprattutto comporterebbe l'impoverimento, o la perdita, di un rapporto con il territorio indispensabile per il buon esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo nei confronti del gestore.

Nella valutazione regionale devono confluire elementi di diversa natura, di tipo tecnico, inerenti allo specifico settore e al grado di sviluppo tecnologico che lo caratterizza, di tipo socio-economico e di tipo istituzionale. Sotto quest'ultimo aspetto, vengono in rilievo, come fattore di potenziale differenziazione tra le scelte delle diverse Regioni pur entro i limiti tracciati dalla legislazione statale nella disciplina dei tratti di fondo del modello organizzativo, i caratteri dell'amministrazione locale nella singola Regione, con riguardo, in particolare, al dato della frammentazione comunale, agli sviluppi raggiunti dall'intercomunalità, alle scelte operate in tema di riordino delle funzioni di area vasta, con riguardo alla fisionomia della "nuova" Provincia. Sembra da leggere in questa prospettiva il raccordo istituito dalla legge 190/2014 tra disciplina degli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali e attuazione della riforma dell'amministrazione locale, con riguardo specificamente al processo di soppressione di organismi settoriali preposti all'esercizio di funzioni di organizzazione di servizi di rilevanza economica di competenza comunale o provinciale e di attribuzione delle funzioni da essi esplicate alle "province nel nuovo assetto istituzionale ... nell'ambito del processo di riordino di cui ai

⁵⁷ Da ultimo, la l. 190/2014, art. 1, c. 611, lett. d), e così pure l'*incipit* del c. 609, che pone quale elemento unificante delle varie modifiche ed integrazioni apportate all'art. 3-*bis*, d.l. n. 138/2011, il fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. In proposito, v. il *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, del gruppo di lavoro guidato dal Commissario straordinario per la revisione della spesa Carlo Cottarelli, 7 agosto 2014.

commi da 85 a 97, secondo i principi di adeguatezza e sussidiarietà ...” (v. *supra*, par. 5)⁵⁸.

7. Osservazioni conclusive. Una sfida per la riforma dell'amministrazione locale

Dagli sviluppi che si sono a grandi linee riferiti in questo contributo emerge con evidenza che, nel corso dei quasi venticinque anni successivi alla riforma generale organica del 1990, nell'amministrazione locale, al di là delle differenze tra le varie Regioni, si sono avute due diverse direttrici di sviluppo e di affermazione del modello organizzativo per ambiti territoriali ottimali: quella degli apparati di settore, di determinati servizi di rilevanza economica, da un lato, e, dall'altro, quella dell'amministrazione locale generale, dove il processo è apparso in linea complessiva sensibilmente più lento. La questione fondamentale, che riguarda centralmente il futuro delle amministrazioni locali, è che i due percorsi non possono essere indifferenti e neutrali, l'uno rispetto all'altro. Come affiora dall'esame svolto, il modo in cui avviene la regolazione dei servizi pubblici non è indifferente rispetto ai destini dell'amministrazione locale, e viceversa.

Il che rende cruciale il processo di attuazione della riforma dell'amministrazione locale che ha preso avvio con l'approvazione della l. 56/2014, sviluppando entrambi i percorsi in essa tracciati. Il primo attiene al riassetto istituzionale (implementazione dell'intercomunalità, al di là dell'associazionismo obbligatorio per legge, messa in opera delle “nuove” Province e delle Città metropolitane), in raccordo con la distribuzione delle funzioni fondamentali tra i diversi livelli di amministrazione territoriale operata direttamente dal legislatore. Decisivo, a questo proposito, il ruolo delle Regioni, sia sul versante degli sviluppi dell'associazionismo intercomunale, sia sul versante della definizione del profilo della “nuova” Provincia. Esso dipenderà in gran parte dalle scelte effettuate dalle diverse Regioni in sede di processo di riordino delle funzioni non fondamentali della “vecchia” Provincia, essendo le Regioni stesse titolari della competenza legislativa per larghissima parte delle funzioni provinciali⁵⁹. Si tratta di un percorso articolato in molteplici passaggi in grado di influenzare gli sviluppi futuri delle istituzioni interessate (basti pensare alla ri-

⁵⁸ Art. 3-*bis*, c. 1-*bis*, d.l. 138/2011, come modificato dalla l. 190/2014, c. 609.

⁵⁹ Nel senso riferito, l'Accordo ai sensi del comma 91 dell'art. 1 della Legge n. 56/2014 tra Governo e Regioni, sancito in Conferenza Unificata, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, concernente l'individuazione delle funzioni di cui al comma 89 dello stesso articolo (11 settembre 2014).

levanza del processo di elaborazione degli statuti dei diversi enti⁶⁰) e composto di scelte inevitabilmente interconnesse ai fini del disegno complessivo dell'amministrazione territoriale nella singola Regione (si pensi alle scelte relative al riordino delle funzioni provinciali e alla loro incidenza sul modo di essere stesso della Regione futura, che potrebbe risultare, in esito ad esse, confermata nel ruolo di ente di legislazione e programmazione o invece amministrativizzata). Non meno cruciale il pieno sviluppo del secondo percorso, diretto al massimo utilizzo degli strumenti, convenzionali e tipicamente amministrativi (intese, convenzioni, deleghe, avvalimento), che consentono di svincolare il piano dell'attività, per quanto richiesto nel concreto dell'esercizio delle funzioni, ciascuna con le sue specificità, dalle rigidità delle circoscrizioni amministrative. In altre parole, si impone con evidenza la necessità di una trasformazione, con l'utilizzo di tutti gli strumenti messi a disposizione oggi dall'ordinamento, verso un'amministrazione più solida, più attrezzata, più dinamica, che per molte realtà significa anche un necessario aumento dimensionale, conseguibile comunque da "subito" – nell'attesa dei più lunghi processi di accorpamento degli enti – quantomeno sotto il profilo funzionale, attraverso gli strumenti associativi e collaborativi. Un'amministrazione territoriale, in definitiva, che consenta una distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli istituzionali il più possibile razionale, rispetto alla tipologia delle stesse, ovvero con il massimo di approssimazione al criterio dell'ottima corrispondenza tra delimitazione delle circoscrizioni dei diversi enti e tipologia delle funzioni ad essi assegnate, e che sia in grado di utilizzare in modo incisivo gli strumenti di flessibilità operativa per adattare, sul piano dell'azione, l'estensione, *alias* la "delimitazione territoriale", dell'intervento alle esigenze della funzione.

Ma è anche indispensabile che le scelte di organizzazione territoriale dei servizi procedano in sintonia e coerenza con l'attuazione della riforma dell'amministrazione locale, sul piano degli assetti istituzionali e della riallocazione delle funzioni. A seconda del tipo di funzione e di realtà regionale, e dunque del dimensionamento dell'ambito territoriale ottimale corrispondente, associazioni intercomunali più consistenti e consolidate, o enti di area vasta riformati, potrebbero in prospettiva esercitare essi stessi le funzioni oggi demandate agli Enti di governo dell'ambito territoriale ottimale, o costituire livelli vitali di articolazione di ambiti territoriali di dimensione regionale. Mentre i rischi di confusione di ruoli diversi in capo all'Ente locale, per la sovrapposizione delle situazioni di "proprietario del gestore, regolatore del comparto, rappresentante degli interessi locali", sarebbero oggi contenuti sia dal quadro normativo vigente e dai limiti in esso posti alla gestione diretta da parte

⁶⁰ Sottolinea l'importanza di questa tappa dell'attuazione della l. 56/2014, F. PIZZETTI, *Una grande riforma istituzionale: la legge n. 56 del 2014 (legge Delrio)*, in <http://astrid-online.it>.

dell'ente locale, sia dalla funzione regolatoria delle amministrazioni indipendenti.

L'alternativa che si profila, nel caso che la riforma dell'amministrazione locale non proceda in modo adeguato e che non si raccordino ad essa le scelte di organizzazione territoriale dei servizi, è che diventi inevitabile e irreversibile una crescente settorializzazione e verticalizzazione dell'amministrazione pubblica, e il venir meno del rapporto diretto delle istituzioni con il territorio⁶¹. A fronte di un'amministrazione locale debole, infatti, il processo di settorializzazione non potrebbe che essere incentivato dalla progressiva tecnicizzazione delle funzioni, e dunque dalla necessità della loro "fuga" verso apparati tecnicamente più idonei, sottoposti alla regolazione di autorità indipendenti. Con la conseguenza di un progressivo esautoramento degli Enti locali, del loro ruolo di rappresentanza politica e di responsabilità politica, a scapito del funzionamento effettivo del circuito democratico.

⁶¹ F. MERLONI, *Sul destino delle funzioni di area vasta ...*, cit., 223, accusa esserci stata nel nostro Paese una vera e propria rinuncia a riformare il governo locale, in luogo della quale si è avuta una "ricerca costante di soluzioni organizzative "esterne" agli enti locali (privatizzazioni formali a copertura di una crescita enorme del ceto politico) che garantissero quella efficacia/efficienza/economicità che andava ricercata invece sul terreno della semplificazione dell'assetto delle funzioni e nell'adeguamento organizzativo e dimensionale degli enti di governo alle funzioni da esercitare".

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI

GLI IMPEGNI DELL'ANTITRUST
E DELL'AUTORITÀ ENERGIA: UN RAFFRONTO¹

SOMMARIO: 1. Le autorità amministrative indipendenti. Le diverse natura e funzioni di Agcm e Aeegsi, tra regolazione e *adjudication*. – 2. La potestà sanzionatoria declinata nell'ambito delle diverse funzioni. Il potere di concludere il procedimento a mezzo di accettazione di impegni da parte di Agcm e Aeegsi: analogie e differenze. – 3. Gli impegni: preziose risorse o strumenti inadeguati per lo svolgimento delle funzioni istituzionali delle *authorities* in un quadro di perdurante crisi economica?

1. *Le autorità amministrative indipendenti. Le diverse natura e funzioni di Agcm e Aeegsi, tra regolazione e adjudication*

A cavallo tra gli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta del ventesimo secolo furono istituite, nell'ordinamento italiano, le prime autorità amministrative indipendenti, e si palesano così le avvisaglie di quello che, in breve tempo, avrebbe assunto i contorni del c.d. "erompere delle *authorities*"².

A livello di macrodefinizione, e avventurandoci in un'operazione che rischia di apparire sterile – per quanto si dirà nell'immediato prosieguo – possiamo definire autorità indipendenti quei corpi amministrativi³ che si caratterizzano – e distinguono rispetto ad altre autorità amministrative – per essere indipendenti dal potere politico⁴, titolari di un alto grado di conoscenze e

¹ Una breve indagine su natura e funzioni di istituti giuridici simili eppur eterogenei, sul rapporto esistente tra i medesimi e l'attività di *adjudication* e regolazione delle *authorities* e sul ruolo che gli impegni possono assumere nel quadro della perdurante crisi economica.

² Il riferimento va, naturalmente, ad A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

³ La natura amministrativa delle Autorità indipendenti (oggetto in passato di dubbi e dibattiti) è stata confermata dalla l. 205/2000, che ha assoggettato i provvedimenti delle *authorities* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

⁴ V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, 2009, in www.astrid-online.it, Rassegna, p. 1, sottolinea come il termine "indipendenza", rapportato alle *authorities*, venga utilizzato in modo impreciso e "atecnico" (rispetto, ad esempio, al concetto di indipendenza riferito alla magistratura, di cui agli artt. 100 e 104 Cost.), con il medesimo volendo indicarsi una "sottrazione delle organizzazioni stesse [A.a.i.] al potere di indirizzo e controllo, che al governo spetta sulla pubblica amministrazione nel suo complesso, nelle sue singole articolazioni organizzative, anche se soggettivate (enti pubblici) e nelle sue singole manifestazioni. Ciò da

competenze tecniche e preposti alla “cura” (intesa quale regolazione, vigilanza, controllo) di settori particolarmente sensibili, nonché alla tutela di interessi, aventi rilievo costituzionale, che potrebbero “*essere pregiudicati o compromessi dalla soverchiante presenza di gruppi politici ed economici*”⁵.

Delle diverse *authorities*, di cui tanto si è scritto e detto, è semplice ed immediato rilevare la grande disomogeneità, quanto a funzioni, scopi istituzionali e poteri (che possono essere consultivi, di regolazione, di vigilanza, di controllo...) al punto che da più parti si è sottolineata la difficoltà, se non la radicale impossibilità, di ricondurre le medesime ad un modello unitario⁶. L'assenza di un testo unico – o comunque di un atto normativo – dettante norme comuni alle diverse autorità indipendenti⁷, può essere visto come un chiaro indice della difficoltà di ricondurre ad unità i diversi organismi sorti nel corso degli anni e comunque riconducibili al macro-insieme “*authorities*”.

A livello ricostruttivo, si è giunti ad individuare una tripartizione – un sottoinsieme nel più ampio novero delle autorità amministrative indipendenti – fra autorità di regolazione, di vigilanza e di garanzia.

Altri autori hanno proposto una classificazione basata sulla distinzione tra autorità di settore ed autorità c.d. trasversali: le prime svolgono la propria funzione – regolatoria, di vigilanza, di controllo, ecc. – in relazione ad uno specifico e circoscritto settore; le seconde sono preposte alla cura di interessi che travalicano i confini di un singolo ambito, ed esercitano le proprie funzio-

cui consegue che il governo non possa rispondere davanti al Parlamento dell'operato di queste amministrazioni, del loro funzionamento (se non per alcuni limitati aspetti), dei risultati della loro azione. Esse sono, ovviamente, sottoposte alla legge, e operano nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge, come tutte le amministrazioni, ma, a differenza di queste, non sono soggette alla direzione politica del governo”.

⁵ C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE – C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 69 ss.

⁶ Cfr. M. DE BENEDETTO, *Intorno alla pretesa terzietà delle autorità amministrative indipendenti*, nota a Cass. civ. Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 11, 1183: “*La settorialità delle discipline istitutive impedisce, peraltro, l'individuazione di caratteri ricorrenti tra le autorità: queste, infatti, presentano una certa disomogeneità nell'organizzazione, nei poteri e nelle funzioni*”.

⁷ Riferimenti testuali alla categoria “autorità indipendenti” si rinvencono nella c.d. Legge Bassanini uno (L. 59/1997), la quale, all'art. 1 comma 4, lett. a) esclude dal conferimento di funzioni a Regioni ed enti locali “*i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti*”; nell'art. 23 *bis*, lettera d) della L. 1034/1971 (introdotto dalla citata L. 205/2000), che dettava una speciale disciplina (rito abbreviato) per i giudizi dinanzi al giudice amministrativo aventi ad oggetto “*i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti*” (ora la materia è disciplinata dall'art. 119 c.p.a.); nell'art. 23 della L. 241/1990, che detta disposizioni circa il diritto di accesso nei confronti “*delle Autorità di garanzia e vigilanza*”, stabilendo che il medesimo si eserciti nell'ambito dei diversi “ordinamenti” delle *authorities*.

ni nell'attuazione della legge e per la tutela del bene giuridico loro assegnato da quest'ultima (fra le autorità "trasversali" deve certamente annoverarsi l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, preposta alla tutela del bene giuridico "concorrenzialità dei mercati", e non di un singolo settore).

Concentrando l'attenzione, per quanto maggiormente interessa, sulle autorità di regolazione, si osserva che le medesime vengono istituite al fine di "regolare" un determinato settore, sotto il profilo tecnico e/o economico. L'attività di regolazione si estrinseca mediante attribuzione, alla singola Autorità, di eterogenee funzioni, che possono spaziare dalla titolarità di potestà normativo-regolamentare – per la fissazione delle regole del settore di riferimento – all'esercizio di poteri consultivi e sanzionatori; a garanzia, quest'ultimi, della conservazione dell'assetto regolatorio del settore come definito dalle disposizioni di legge e dagli atti e provvedimenti dell'autorità⁸.

Diverse, dunque, sono le funzioni ascrivibili alle autorità di regolazione.

Diversi, altresì, possono essere gli scopi e gli obiettivi della regolazione, in particolare quella economica, che viene normalmente esercitata in settori nei quali, per ragioni storiche, giuridiche o "naturali", non può svilupparsi "naturalmente" un mercato concorrenziale.

Così, nel nostro Paese picchi di attività di regolazione si sono avuti a fronte dell'apertura alla concorrenza di settori in precedenza dominati da monopoli (fossero pubblici o privati), per evitare che un mercato appena aperto al libero confronto concorrenziale fosse lasciato alla mercé e agli appetiti dell'ex monopolista, ancora dominante sul mercato stesso stante la propria posizione di *incumbent*⁹.

È il caso del settore dell'energia, caratterizzato da elementi strutturali

⁸ Sullo svolgimento di attività di regolazione e sulla potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti che svolgono detta funzione, V. CERULLI IRELLI, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., 1, sottolineava che "alcuni rilevanti settori della vita sociale (e, nell'ambito di queste note, alcuni importanti mercati, quello mobiliare finanziario, quello delle telecomunicazioni, quello dell'energia) sono sottoposti a regole (diciamo pure, disciplinati nel loro concreto svolgersi) stabilite, con forza cogente, da organizzazioni amministrative (le c.d. autorità amministrative indipendenti) preposte, appunto, alla regolazione del settore, nell'esercizio di poteri (di varia specie, accomunati nella nozione di regolazione) ad esse attribuiti dalla legge".

⁹ F. POLITI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 186: "La regolazione si proponeva come improntata anche, se non essenzialmente, a promuovere la concorrenza con peculiari misure asimmetriche a carico degli ex monopolisti". V. anche M. SEBASTIANI, *Prospettive della regolazione nei settori infrastrutturali*, Relazione presentata al workshop "Concorrenza e regolazione – confini mobili" organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 13 settembre 2010, rinvenibile sul sito ufficiale dell'Agcm (www.agcm.it) con la denominazione di "bozza provvisoria", 2, il quale descrive la regolazione come l'attività che "si prefigge obiettivi pro-concorrenziali, imponendo ex ante regole dirette a scongiurare che la conservazione di storiche posizioni dominanti si traduca in abusi di esclusione o in abusi di sfruttamento".

(quali “le reti”) la cui presenza, in assenza di compiuta regolamentazione, rischia di impedire lo sviluppo di una piena e corretta competizione fra i diversi operatori. È di facile intuizione, infatti, che laddove l’accesso alla rete di trasmissione (o di distribuzione) non fosse garantito – in condizioni di parità e trasparenza – a tutti i soggetti produttori (o importatori) di energia, ciò determinerebbe una discriminazione che falserebbe la concorrenza nella fase a monte della filiera.

Situazioni tutt’altro che infrequenti in ambiti – come quello dell’energia elettrica – che per lungo tempo hanno visto la presenza di soggetti operanti in condizione di monopolio (legale) e di imprese verticalmente integrate (aventi, vale a dire, un “controllo”, in diverso modo definito, su varie “fasi” della filiera).

Come è noto, l’Unione europea, nei tre pacchetti energia (di fine anni Novanta, 2003 e 2009) ha preso espressamente in considerazione detto aspetto del settore, imponendo agli Stati la scelta fra due diversi modelli di “gestione” della rete di trasmissione (per quella di distribuzione occorrerebbe effettuare un discorso a parte, che per motivi di spazio non è possibile condurre in questa sede): la separazione proprietaria della rete, rispetto all’impresa verticalmente integrata, e l’affidamento della medesima ad un soggetto che assumesse il ruolo di gestore della stessa, oppure la creazione di un gestore indipendente, laddove non intendessero effettuare la sopradescritta separazione proprietaria (art. 9 della Direttiva 72/2009).

In relazione al delicatissimo aspetto della designazione di un organismo quale gestore del sistema di trasmissione, la Direttiva n. 79/2009 ha disposto (art. 10, par. 1) che prima che *“un’impresa sia approvata e designata come gestore di un sistema di trasmissione, la medesima venga certificata dall’autorità di regolamentazione nazionale ai sensi del medesimo articolo 10, paragrafi 4, 5 e 6 e dell’articolo 3 del regolamento CE714/2009”*.

L’art. 37 attribuisce altresì all’autorità di regolazione nazionale il compito di *“garantire che i gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione e, se necessario, i proprietari dei sistemi, nonché qualsiasi impresa elettrica, ottemperino agli obblighi che ad essi incombono a norma della presente direttiva e di altre disposizioni della pertinente normativa comunitaria, anche per quanto riguarda le questioni transfrontaliere”*.

La delicatezza e la “sensibilità” di un settore come quello energetico hanno imposto l’attribuzione, ad un’autorità indipendente all’uopo creata (Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico - Aeegsi), di compiti di fissazione delle tariffe, per la tutela di soggetti particolarmente deboli (nonostante la piena liberalizzazione dell’attività di fornitura di energia), di funzioni consultive – nei confronti di governo e Parlamento - di poteri sanzionatori,

per la repressione di illeciti regolatori (violazione, da parte degli operatori del settore, di atti e regolamenti della medesima Aeegsi, omissioni di informazioni e documenti dovuti, ecc) nonché di potestà regolamentare rispetto a diversi ambiti.

Quest'ultima è particolarmente importante per lo svolgimento dell'attività regolatoria. Attraverso l'adozione di atti normativi, come tali dotati dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, l'Aeegsi è infatti in grado di dettare regole vincolanti per tutti gli operatori del settore (o per singole categorie di operatori), il rispetto delle quali è rafforzato dal riconoscimento, in capo all'Autorità, della succitata potestà sanzionatoria (la legge n. 481/1995 individua, quale primo illecito "regolatorio" suscettibile di essere sanzionato dall'Autorità per l'energia, l'inosservanza di "*propri provvedimenti*" – art. 2, comma 20, lett. B L. 481/1995), che viene così a coadiuvare incisivamente la potestà regolatoria.

Ciò detto in tema di Autorità di regolazione, di cui l'Aeegsi rappresenta il modello per certi versi più "puro"; come si è visto, tuttavia, accanto alle autorità di regolazione nel nostro ordinamento operano *authorithies* svolgenti attività di vigilanza, nel novero delle quali deve essere indubbiamente ricondotta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'Agcm venne istituita, in Italia, nel 1990, con un secolo di ritardo rispetto a quanto avvenuto negli U.S.A. Alla stessa il legislatore non ha attribuito, formalmente, funzioni di regolazione.

Ma è proprio così?

Formalmente, "ufficialmente", sì.

La tutela della concorrenza, infatti, "*ha una funzione di repressione puntuale, ex post, di comportamenti devianti rispetto a regole di buon funzionamento dei mercati, mentre la regolazione è esercizio di un potere discrezionale pubblico, che regola ex ante i comportamenti delle imprese in certi mercati, mentre la regolazione è esercizio di un potere discrezionale pubblico, che regola ex ante i comportamenti delle imprese in certi mercati, e che si giustifica in situazioni di «fallimento del mercato»*"¹⁰.

L'Agcm interviene dunque su fattispecie concrete: violazioni della normativa *antitrust* – nazionale o comunitaria – che devono essere contrastate e sanzionate secondo le modalità stabilite dalla legge, in una prospettiva *ex post*. Questa funzione è concettualmente e praticamente diversa da quella di regolazione¹¹.

¹⁰ M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, Torino, 2010, 116.

¹¹ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994 (in *Dir. Industriale*, 2009, 4, 353 nota di COLANGELO), resa in tema di impegni ex art. 41-ter l. 287/1990, la quale ha affermato che

Se questo è vero, altrettanto vero è che numerosi istituti e poteri, di cui l'*Autorithy* è titolare e di cui la medesima deve fare applicazione per svolgere la propria funzione di *public enforcement*, sono (volutamente) elastici – o non compiutamente definiti in via legislativa – e necessitano pertanto di essere riempiti di contenuto, di volta in volta, attraverso l'azione amministrativa di valutazione – che si attua a mezzo di scelte connotate da ampia discrezionalità tecnica – dell'Agcm (si pensi a concetti quali potere di mercato, mercato rilevante dal punto di vista geografico e merceologico, ecc). Detta attività di “riempimento” rappresenta una funzione che, per certi versi, si avvicina più alla regolazione che al controllo *antitrust*, in quanto è volta a individuare quale sia l'equilibrio concorrenziale da tutelare rispetto ad un determinato mercato, e dunque ad effettuare una ponderazione tra diversi interessi¹².

L'*agere* dell'Agcm è dunque funzionale a garantire un ordine di mercato che – in natura – non esiste; detta funzione non potrebbe essere svolta con efficacia se l'attività dell'Agcm si limitasse ad una “secca” applicazione di principi e criteri già rigidamente predefiniti per via normativa; per questa ragione, è assegnato all'*Authority* il compito di esercitare una “*complessa discrezionalità tecnica, sia nell'accertare le disfunzioni dei mercati, sia nell'individuare i rimedi appropriati*”¹³.

Non solo funzione repressiva dell'illecito (*public enforcement*), dunque, ma attività volta a trovare un punto di bilanciamento tra diversi interessi in gioco, e ad individuare (scelta tutta politica) “*quale sia il mercato rilevante ottimale e, all'interno di quel mercato, quale sia l'equilibrio ottimale tra domanda ed offerta*”¹⁴.

“*In questa prospettiva, è difficile negare che la politica di concorrenza si avvicini sempre più ad una sorta di regolazione amministrativa dei mercati*”¹⁵.

Ma non è tutto.

deve ritenersi preclusa, all'Agcm, “*l'adottabilità di una determinazione con la quale vengano resi "obbligatori" impegni la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) esulino dai profili di (sospetta) anticoncorrenzialità che avevano indotto l'Autorità ad attivare i poteri istruttori ad essa spettanti. Altrimenti, verrebbe ad introdursi nell'ordinamento la surrettizia esercitabilità, ad opera di AGCM, di quel potere "regolativo" del mercato (in precedenza accennato) che, prendendo spunto da elementi (o "sospetti") di eventuale condotta anticompetitiva rilevati in un determinato settore, si svolga (anche, se non soprattutto, prescindendo dalla mera esigenza di pervenire all'eliminazione di essi) ad una più ampia disciplina del mercato interessato, dettando prescrizioni orientative dell'agere degli operatori*”.

¹² In questo senso v. A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in P. BARUCCI – C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., in part. 372.

¹³ M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., 116.

¹⁴ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 245.

¹⁵ M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit., 117.

Sempre in relazione all'individuazione di funzioni *lato sensu* regolatorie in capo all'Agcm, infatti, potremmo parlare della funzione di vigilanza sulle concentrazioni, nell'esercizio della quale l'*Autorithy antitrust* è chiamata ad effettuare una chiara ponderazione *ex ante* tra diversi interessi, al fine di valutare se “autorizzare o meno o autorizzare con condizioni e misure (strutturali o comportamentali) un'operazione di tipo concentrativo”¹⁶.

Da ultimo, particolare interesse riveste, in relazione alla tematica *de qua*, il potere di chiudere i procedimenti istruttori a mezzo di accettazione di impegni.

L'attribuzione del potere di accettare impegni – e il largo uso che di detto potere ha fatto l'Agcm – ha certamente determinato un mutamento nella funzione *antitrust*.

Ci troviamo infatti di fronte ad un potere diverso da quello sanzionatorio: stante l'ampia discrezionalità di cui gode l'Agcm, nel decidere se accettare o meno gli impegni¹⁷, è evidente che l'attività amministrativa esercitata dall'Autorità comporti una ponderazione di interessi molto ampia (e discrezionale) nella quale, a giudizio dello scrivente, è possibile vedere riflessi di attività regolatoria.

Benché, dunque, funzione di regolazione e di *adjudication* siano “concettualmente” diverse, negli anni si è assistito non tanto ad un sovrapporsi delle medesime, quanto all'individuazione dell'una o dell'altra funzione in capo ad autorità che, originariamente, non ne avevano la titolarità¹⁸.

Certamente – “contrariamente” all'Agcm – l'Aeegsi è autorità di regolazione, che svolge la funzione di dettare le regole del settore di propria competenza, anche e soprattutto attraverso l'esercizio della propria potestà regolamentare.

¹⁶ F. POLITI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 203.

¹⁷ Ampia discrezionalità riconosciuta anche dalla giurisprudenza. V. Cons. Stato, Sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438, rinvenibile in www.giustizia-amministrativa.it. Per uno studio relativo ad alcune questioni problematiche concernenti l'atto di rigetto degli impegni Agcm si rimanda a B. RABAI, *L'atto di rigetto degli impegni antitrust al vaglio del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 20/7/2011, n. 4393, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, III, 1034 ss.

¹⁸ Cfr. F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., 784, il quale sottolinea come l'Agcm, nel corso degli anni, “è andata assumendo competenze che, se pure non possano dirsi strettamente regolatorie, certamente manifestano una attitudine ad operare nel campo regolatorio”.

Vero è però anche che molti illeciti regolatori non sono tipizzati, e vengono “riempiti di contenuto” grazie alla concreta attività dell’Aeegsi, compresa quella sanzionatoria¹⁹.

Non pare impossibile affermare che, in dette ipotesi, il miglior equilibrio regolatorio del settore viene raggiunto solo all’esito e in forza dell’esercizio della suddetta attività sanzionatoria²⁰. E ciò appare particolarmente chiaro in relazione alla conclusione (*rectius*: archiviazione) di procedimenti sanzionatori a mezzo di accettazione di impegni.

2. La potestà sanzionatoria declinata nell’ambito delle diverse funzioni. Il potere di concludere il procedimento a mezzo di accettazione di impegni da parte di Agcm e Aeegsi: analogie e differenze

Il decreto legge n. 223 del 2006, convertito con legge n. 248 del 2006, ha introdotto nell’ordito della legge 287 del 1990 l’art. 14 *ter*.

Il citato art. 14 *ter* stabilisce che “entro tre mesi dalla notifica dell’apertura di un’istruttoria per l’accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria. L’Autorità, valutata l’idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall’ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione”.

Il riferimento normativo per gli impegni relativi ai procedimenti sanzionatori dell’Aeegsi è da rinvenirsi nel d.lgs n. 93/2011, il cui art. 45 dispone, al comma 3, che “entro trenta giorni dalla notifica dell’atto di avvio del procedimento sanzionatorio, l’impresa destinataria può presentare all’Autorità per l’energia elettrica e il gas impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati. L’Autorità medesima, valutata l’idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per l’impresa pro-

¹⁹ M. PASSARO, *Le sanzioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas (Aeeg)*, in M. FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 992: “il fatto illecito non solo non è tipizzato dal legislatore, ma è lasciato alla determinazione dell’Autorità che applica la sanzione: è l’Autorità che adotta i provvedimenti, la cui inosservanza costituisce illecito amministrativo”.

²⁰ Ed infatti, come ricorda M. PASSARO, *La strategia del resiliente: le sanzioni dell’AEEGSI tra illecito “regolatorio” e illecito “comunitario”*, in *Questo volume*, parte prima, per la concreta individuazione degli illeciti regolatori occorre “riferirsi all’attività sanzionatoria dell’Autorità, che da oltre due lustri ha assunto una dimensione progressivamente crescente, per individuare le violazioni contestate con maggior frequenza e le “tipiche” condotte devianti, e dunque risalire induttivamente ai “macroprofili” ai quali queste siano riconducibili”.

ponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione".

Dal raffronto fra le due disposizioni emergono differenze, tra i due istituti, ma anche elementi di somiglianza.

Un primo elemento che accomuna la disciplina di cui all'art. 45 a quella dettata dal 14-ter è rappresentato dal soggetto cui è attribuita l'iniziativa dell'avvio del subprocedimento di valutazione degli impegni: in entrambi i casi si tratta dei destinatari di quello che, in assenza di accettazione degli impegni o di altre circostanze estintive del procedimento, sarà il provvedimento finale.

Né all'Agcm né all'Aeegsi è attribuito il potere di attivarsi d'ufficio al fine di proporre quella degli impegni come strada percorribile per la conclusione del procedimento sanzionatorio.

Altro importante elemento che accomuna la disciplina dei due istituti è rappresentato dall'effetto che la decisione di accettare gli impegni produce sul procedimento sanzionatorio in corso: l'archiviazione del medesimo senza che l'Autorità preposta provveda ad accertare l'infrazione. In entrambi i casi, dunque, il procedimento sanzionatorio si chiude senza che la relativa Autorità si esprima circa il merito dell'illecito (anticoncorrenziale o regolatorio)

Entrambe le norme prevedono poi meccanismi – in parte simili – volti ad assicurare il rispetto, da parte delle imprese, degli impegni divenuti vincolanti a seguito di accettazione dell'Autorità di riferimento.

In primo luogo, è attribuita ad entrambe le Autorità la facoltà di riaprire d'ufficio il procedimento sanzionatorio al ricorrere di determinati presupposti, rappresentati dalla contravvenzione degli impegni assunti, da parte delle imprese sottoscrittrici dei medesimi, e dall'essersi, la decisione di accettazione, fondata su *"informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti"* (così l'art. 14-ter, comma 3, lettere b) e c) della l. 287/1990 e l'art. 45, comma 3 del d.lgs n. 93/2011).

Solo per l'Agcm è prevista la possibilità di riapertura d'ufficio del procedimento a fronte di un mutamento della *"situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione"* (art. 14-ter, comma 3, lettera a) della l. 287/1990), facoltà che non trova un corrispondenti nel testo dell'art. 45 del d.lgs n. 93/2011.

Ad entrambe le Autorità è poi attribuita la facoltà – a fronte di riapertura del procedimento sanzionatorio – di concludere il procedimento mediante irrogazione di una sanzione pecuniaria più grave di quella che sarebbe stata originariamente prevista (fino al 10 per cento del fatturato, per l'Agcm – art. 14 – ter, comma 2 della l. 287/1990 – e *"aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni"*, per l'Aeegsi – art. 45, comma 3 d.lgs n. 9/2011).

I punti di contatto, fra i due istituti, finiscono qui.

Vengono in rilievo, specularmente, differenze di non poco momento.

A cominciare da quella – tutto sommato trascurabile – relativa al termine previsto per la presentazione degli impegni: 3 mesi a far data dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, per quelli da rendersi in materia *antitrust* (art. 14-ter, comma 1, l. 287/1990), 30 giorni dalla notifica dell'avvio del procedimento sanzionatorio, per le procedure di competenza dell'Aeegsi.

A fronte di questa – tutto sommato marginale – differenza, se ne rinven-
gono altre, e ben più rilevanti, relative al “contenuto” ed allo scopo che gli
impegni vengono ad assumere nei procedimenti di competenza – rispettiva-
mente – di Agcm e di Aeegsi; differenze in parte spiegabili in relazione alla di-
versa tipologia di “funzioni” di cui sono titolari le due *autorithies*.

Come si è scritto, e come è noto, l'Aeegsi “fa” regolazione (*rulemaking*),
l'Agcm *adjudication*.

Attività distinte e che dovrebbero restare “separate”, come sottolineato
dalla più autorevole dottrina²¹, in quanto la prima è volta a fissare *ex ante* le
regole (sovente *asimmetriche*²²) di un determinato mercato, la seconda a re-
primere (*ex post*) puntuali violazioni della normativa a tutela della concorren-
za.

La differenza di funzioni – attribuite in via normativa – si riflette sulla ti-
pologia di illeciti (concorrenziali, da una parte, regolatori, dall'altra) e, conse-
guentemente, sugli obiettivi dell'attività sanzionatoria e sul contenuto che gli
impegni devono assumere per poter essere accettati dalle Autorità.

Un impegno presentato nell'ambito di un procedimento di competenza
dell'Agcm deve tendere a ricucire quella “ferita al mercato” che il comporta-
mento anticoncorrenziale dell'impresa ha provocato. Stabilisce infatti l'art. 14-
ter della l. 287/1990 che “*le imprese possono presentare impegni tali da far ve-
nire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria*”.

L'impresa ha effettuato lo strappo alle regole della concorrenza e dovrà es-
sere la stessa impresa a ricucire. Eliminate le conseguenze anticoncorrenziali
dell'illecito *antitrust*, l'impresa ha tutte le carte in regola per sperare in un ac-
coglimento della propria proposta di impegni da parte dell'Agcm²³ (ferma re-

²¹ F. DI PORTO, *La regolazione «geneticamente modificata»: c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in *Riv. Int. Dir. Pubb., Com.*, 2006, 947.

²² Con l'aggettivo “asimmetriche” ci riferiamo a quelle regole “*volte a disciplinare con mo-
dalità diverse l'azione degli ex-monopolisti e quella dei nuovi entranti, fino ad un obiettivo – anco-
ra incerto – di instaurazione di un regime di normale concorrenza*”. Cfr. M. LIBERTINI, *Le riforme
del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 7, 802.

²³ Si veda, in proposito, L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*,
Relazione presentata al Convegno “Giustizia amministrativa e crisi economica”, Consiglio di
Stato, Roma, 25-26 settembre 2013, rinvenibile sul sito ufficiale dell'IRPA, la quale, nel com-

stando, lo si ribadisce, l'ampia discrezionalità di cui quest'ultima gode, mitigata solo dalla necessità della sussistenza di una proporzionalità tra infrazione e impegni²⁴).

Nella "Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287"²⁵ l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato non ha fornito ulteriori precisazioni – in relazione alla sopradescritta "idoneità" – probabilmente al fine di non dettare disposizioni che potessero costituire, per l'Agcm medesima, un autovincolo capace di limitare la propria ampia discrezionalità.

Oltre ad affermare, infatti, che la strada degli impegni non è accessibile alle imprese ree di aver posto in essere un'infrazione particolarmente grave ("sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione"), ponendosi così in linea con la prassi comunitaria e con il Considerando n. 13 del Regolamento CE n. 1/2003, l'Agcm, nella succitata Comunicazione (la quale, indubbiamente, produce un effetto autovincolante sull'Autorità stessa), si limita ad aggiungere che gli impegni debbano essere idonei a rimuovere "efficacemente" i profili anticoncorrenziali. L'avverbio non si rinviene nel testo dell'art. 14-ter, e pare effettivamente superfluo²⁶, rientrando, la valutazione dell'efficacia degli impegni, nella discrezionalità dell'Agcm. Gli impegni devono poi essere – ai sensi della succitata Comunicazione – "suscettibili di attuazione piena e tempestiva, nonché facilmente verificabili": anche queste precisazioni non paiono decisive, né idonee a creare particolari vincoli in capo all'Agcm, posto che pare *in re ipsa* che gli impegni debbano essere concretamente e tempestivamente realizzabili.

La Comunicazione *de qua* non sembra dunque idonea a fornire elementi di certezza alle imprese, né a limitare la discrezionalità di cui gode l'Agcm nel valutare se accettare o meno gli impegni: in ciò un ruolo certamente più deci-

mentare la citata sentenza Tar Lazio n. 4994/2009, ha sottolineato come l'Agcm, secondo quanto affermato dal collegio laziale anche in pronunce successive, non possa "tradire la propria funzione arbitrale e ripristinatoria e trasmodare da strumento di riequilibrio in strumento di regolazione e conformazione del mercato" (cfr. p. 15).

²⁴ Cfr. T.a.r. Lazio, Sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale, dopo aver sottolineato l'ampia discrezionalità di cui godono l'Agcm e la Commissione europea nel valutare l'idoneità degli impegni a rimuovere i profili anticoncorrenziali, ha affermato che "e' ragionevole ritenere, così come evidenziato dai primi contributi in materia, che le imprese offrano misure analoghe a quelle che potrebbero essere imposte dalla Commissione ove la stessa adottasse una decisione di infrazione. Come queste ultime, pertanto, debbono essere proporzionate alla violazione contestata".

²⁵ AGCM, provvedimento 23863 del 6 settembre 2012, in www.agcm.it.

²⁶ Ed infatti, secondo autorevole opinione, "i requisiti dell'efficacia e della pertinenza sono deducibili direttamente dalla lettera dell'art. 14 ter" cfr. D. GIURATO, *La decisione con impegni nel diritto antitrust italiano*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 6, 455.

sivo ha svolto l'analisi della prassi e delle decisioni dell'Agcm, dalle quali gli operatori del settore hanno tratto informazioni ed elementi per orientare le proprie condotte.

In ogni caso, nell'ambito degli impegni *antitrust* appare evidente come il requisito fondamentale – affinché un'impresa possa legittimamente sperare in un accoglimento della propria proposta – sia rappresentato dall'idoneità degli impegni medesimi a far venir meno i profili di anticoncorrenzialità che turbano il mercato; non sono previsti altri requisiti, né è richiesto alle imprese di raggiungere obiettivi diversi e ulteriori rispetto al “ripristino della concorrenza violata” (dal singolo atto/comportamento anticoncorrenziale).

Non lo stesso può affermarsi in relazione ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Aeegsi.

Come si è visto in precedenza, infatti, l'art. 45 del d.lgs n. 93/2011 stabilisce che i soggetti potenziali destinatari di un provvedimento sanzionatorio possano presentare all'Autorità *“impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati”*.

Come ben si può intuire, la funzione ed il contenuto degli impegni qui in analisi sono molto diversi da quelli che i medesimi assumono in ambito *antitrust*.

Questa differenza è ancor più chiaramente percepibile se si considera che l'Aeegsi può avviare un procedimento sanzionatorio *“in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri”*.

A giudizio dello scrivente, l'analisi dei presupposti per l'esercizio dei poteri sanzionatori dell'Aeegsi dimostra come questi ultimi siano – per così dire – strumentali all'esercizio dell'attività regolatoria, della quale finiscono per costituire importanti corollari.

L'Aeegsi, infatti, per poter svolgere efficacemente la propria attività di regolazione, necessita di disporre di un arsenale sanzionatorio che ne garantisca l'efficacia; e dato che la funzione regolatoria viene svolta, in buona parte, mediante adozione di atti, regolamenti e provvedimenti, è logico che la violazione di questi ultimi costituisca uno (probabilmente il più rilevante) degli illeciti regolatori.

Altrettanto logico è che il contenuto degli impegni, nel settore *de quo*, non sia agevolmente definibile *ex ante*, come avviene in materia *antitrust* – ove la cessazione della condotta illecita e il ripristino della situazione di concorrenza del mercato sono buoni indici di potenziale accoglibilità degli impegni – ma si parametri sulle esigenze regolatorie, individuate – caso per caso – dalla

legge, dal regolamento o dal singolo provvedimento dell'Autorità che si assumono violati. In quest'ottica, l'art. 45 del d.lgs n. 93/2011 pare richiedere un *quid* in più rispetto alla cessazione della violazione (ed al ripristino dell'assetto regolatorio che si assume violato), dal momento che la proposta, per poter confidare in un positivo riscontro da parte dell'Autorità, deve contenere impegni volti *“al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati”*. Il riferimento al *“più efficace perseguimento”* sembra porre, sul soggetto proponente, l'onere di escogitare soluzioni che non solo ripristino, ma addirittura migliorino l'assetto regolatorio in riferimento al caso specifico.

Tramite la presentazione degli impegni, i soggetti destinatari di una comunicazione di avvio di procedimento sanzionatorio finiscono dunque per partecipare alla funzione di regolazione dell'Aeegsi, contribuendo a migliorarla, da un punto di vista qualitativo (e laddove questo *“miglioramento”* non sia rinvenibile, gli impegni non potranno trovare accoglimento), tanto per quanto concerne la fattispecie concreta (la singola *“porzione”* del settore regolato – interessata dall'illecito e dalla proposta di impegni – viene infatti *“migliorata”* mediante cessazione dell'illecito regolatorio e assunzione di impegni ulteriori da parte del trasgressore), quanto, potenzialmente, in un'ottica di più ampio respiro: l'Aeegsi, infatti, constatando la bontà e l'efficacia degli impegni presentategli, potrebbe trarre spunti per lo svolgimento della successiva attività regolatoria²⁷. In effetti, una proposta che si sia rivelata proficua, in relazione ad una specifica violazione, ed efficace sotto il profilo del miglioramento dell'assetto regolatorio, potrebbe divenir soluzione da applicarsi ad un numero indefinito di casi, attraverso il recepimento della medesima in un atto di natura regolamentare²⁸.

²⁷ Sulla funzione e natura almeno parzialmente *“regolatoria”* degli impegni sembra concordare l'Aeegsi (v., in particolare, la Relazione annuale del Presidente Guido Bortoni presentata in data 19/6/2014, rinvenibile sul sito ufficiale dell'Autorità, specificamente 197-198, ove si legge che *“la prassi applicativa dell'istituto, attraverso la sua articolata procedura che culmina con l'adozione di un provvedimento di approvazione degli impegni presentati all'Autorità dalle imprese destinatarie dei procedimenti sanzionatori, sta rendendo queste misure una forma di “regolazione asimmetrica” sempre maggiormente utile al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme violate (così come ipotizzato dallo stesso legislatore nell'art. 43, comma 5, del decreto legislativo n. 93/11)”*).

²⁸ A titolo di esempio, si consideri la deliberazione 31 maggio 2012, n. 227/2012/S/GAS, con la quale l'Aeegsi ha accettato la proposta di impegni presentata da Estra Reti Gas S.r.l. Il procedimento avviato dall'Aeegsi (con deliberazione 15 dicembre 2011, VIS 107/11) era volto a contestare alla Estra Reti Gas alcune violazioni della deliberazione di approvazione della *“Regolazione della qualità dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo di regolazione 2009 – 2012”* (RQDG), ed in particolare dell'art. 25 della medesima RQDG, dettante disposizioni in materia di pronto intervento gas. In primo luogo, a quanto risultava all'Aeegsi, Estra Reti Gas

In ogni caso, è il sopracitato “*quid*”, vale a dire l’elemento ulteriore, rispetto alla mera cessazione della condotta, che la proposta di impegni deve contenere per poter ottenere un vaglio positivo da parte dell’Aeegsi, che rappresenta l’elemento di maggiore diversità e differenziazione tra lo strumento degli impegni in materia *antitrust* e il medesimo istituto nell’ambito delle funzioni e dell’attività dell’Aeegsi.

Se ciò è vero, un fattore che potrebbe destare perplessità è rappresentato dalla discrezionalità di cui dispone l’Aeegsi nel valutare l’effettiva sussistenza dell’“elemento ulteriore” nell’ambito di una proposta di impegni, vale a dire l’idoneità dei medesimi a realizzare il più “*efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati*”. La sussistenza di tale discrezionalità renderebbe arduo, per gli operatori ed i destinatari della comunicazione di avvio di un procedimento sanzionatorio, valutare come confezionare proposte di impegni che possano sperare di ottenere un positivo riscontro, da parte dell’Aeegsi.

Ciò potrebbe determinare incertezza fra gli operatori e rendere poco penetrante il controllo giurisdizionale sull’attività (di valutazione degli impegni) dell’Aeegsi, stanti i principi venutisi ad affermare in ambito giurisprudenziale circa la sindacabilità – da parte dell’autorità giudiziaria – dell’attività delle *au-*

non aveva inviato proprio personale a fronte di una chiamata di pronto intervento. Inoltre, la Società non aveva “*ottemperato all’obbligo di disporre di un centralino di pronto intervento in grado di assicurare la registrazione vocale di tutte le chiamate telefoniche ricevute e con un’autonomia di almeno 24 ore in caso di interruzione dell’alimentazione elettrica esterna*”, così violando le lettere a), b) ed e) della RQDG.

L’analisi della proposta presentata dalla Estra Reti Gas fa emergere come la medesima contenesse impegni che non si limitavano a prospettare la mera cessazione delle violazioni (con adeguamento ai parametri ed alle prescrizioni della RQDG), ma individuavano obblighi e “sforzi” ulteriori, non previsti dal citato art. 25 RQDG.

La Società proponeva, in particolare – impegno n. 3 – la “*riduzione del tempo massimo di risposta alle telefonate di pronto intervento, da 120 a 100 secondi, garantendo una percentuale di risposta, riferita a tale indicatore, in misura non inferiore a quella che risulterà per il 2011 e comunque superiore al 90%*”, obbligo non previsto dall’art. 25 della RQDG (che nulla dice circa i “tempi” e le “percentuali” di risposta).

Un altro impegno (n. 4) concerneva la “*realizzazione, per l’anno 2012, di una campagna pubblicitaria e di informazione sul tema della sicurezza gas sul territorio delle provincie di Arezzo, Siena e Grosseto*”.

Detti impegni, oltre ad aver consentito alla Estra Reti Gas di ottenere l’archiviazione del procedimento sanzionatorio, hanno prodotto il risultato di migliorare l’assetto regolatorio – nel caso specifico – migliorando i servizi offerti da Estra Reti Gas S.r.l. in relazione al pronto intervento gas rispetto al proprio ambito operativo; i medesimi potevano altresì offrire all’Aeegsi spunti per integrare la RQDG (ad esempio inserendo disposizioni concernenti i tempi e le percentuali di risposta).

thorities concretante esercizio di discrezionalità tecnica (sindacabile solo qualora emerga una “manifesta illogicità” della medesima).

Si potrebbe rispondere a dette critiche sottolineando che l'art. 17, comma 2 della Delibera Aeegsi n. 243/2012 – che ha adottato un regolamento per la disciplina dei procedimenti diretti all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni di competenza dell'Autorità medesima e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni – individua un elenco dettagliato di elementi che la proposta di impegni deve contenere affinché la medesima possa superare il vaglio di ammissibilità; una sorta di *vademecum* per l'operatore che intenda presentare una proposta di impegni.

Emerge da quanto sopra un ulteriore profilo di differenziazione, rispetto alla disciplina degli impegni Agcm: in relazione agli impegni Aeegsi esistono disposizioni regolamentari – dalle quali l'Aeegsi certo non può discostarsi, nella propria attività di valutazione, pena il sorgere di profili di illegittimità della decisione sugli impegni – che sono in grado di orientare il comportamento degli operatori. Ciò riduce la discrezionalità di cui è titolare l'Aeegsi nel valutare la proposta di impegni. In buona sostanza, la proposta che giunge sul tavolo dell'Aeegsi, a seguito del superamento dello scrutinio di ammissibilità, è una proposta che, evidentemente, contiene *in nuce* elementi che ne fanno prospettare l'accogliibilità: la decisione di ammettere gli impegni, in poche parole, evidenzia un *fumus* di accogliibilità della proposta che difficilmente non verrà confermato in sede di decisione finale.

Riassumendo: l'esercizio della discrezionalità dell'Aeegsi nella prima fase (quella relativa alla stessa ammissibilità della proposta) è “coperto”, e per certi versi “limitato”, da specifiche disposizioni regolamentari (art. 17 della Delibera n. 243/2012). La fase successiva, che non gode della stessa “copertura”, attiene alla valutazione di impegni che presentano già un importante *fumus* di accogliibilità.

Emerge dunque come, nelle procedure con impegni in ambito Aeegsi, gli operatori del settore dispongano di elementi solidi – in particolare il “catalogo di condizioni” di cui all'art. 17 della Delibera n. 432/2012 Aeegsi – per orientare le proprie scelte ed i propri comportamenti: ciò consente di superare le perplessità legate agli elementi di incertezza cui si faceva cenno in precedenza, relativi alla ampiezza della discrezionalità (tecnica) di cui è titolare l'Aeegsi nel valutare le proposte di impegni; a conti fatti, gli operatori del settore dell'energia e del gas (nonché dei servizi idrici) dispongono di elementi di valutazione superiori a quelli delle imprese interessate da procedimenti *antitrust*. Queste ultime, a ben vedere, possono di fatto far riferimento, al fine di orientare le proprie scelte, esclusivamente alla legge ed alla prassi che è andata sviluppandosi nel corso degli anni.

Lo studio dei “precedenti” è certo elemento di grande importanza nella valutazione dei contenuti da dare ad una proposta di impegni, ed il “materiale” è, da un punto di vista quantitativo, abbondante. Vero è però che le prassi possono sempre mutare, in particolare a fronte di cambi nella Presidenza e nella composizione del collegio, ed il mutamento può essere “silenzioso”, o comunque non conoscibile *ex ante*; al contrario, modifiche ad una disposizione regolamentare (come l’art. 17 della Delibera n. 243/2012) vengono – o dovrebbero essere – percepite da tutti gli operatori del settore, stante il grado di pubblicità della disposizione e la sua generalità ed astrattezza.

A ciò aggiungasi che i criteri contenuti nel più volte citato elenco di cui all’art. 17 della Delibera n. 243/2012 consentono al giudice di esercitare un controllo più penetrante rispetto alle decisioni dell’Aeegsi concernenti l’ammissibilità di una proposta di impegni: altro elemento che contribuisce a “rafforzare” la posizione degli operatori dei settori regolati.

Rispetto a quanto poc’anzi affermato potrebbe tuttavia avanzarsi un’ultima obiezione, relativa al fatto che l’art. 17 contiene certamente elementi idonei ad orientare il comportamento delle imprese, ma non in relazione al citato *quid*, vale a dire l’elemento ulteriore, rispetto alla mera cessazione della condotta, che rappresenta il vero profilo di differenziazione degli impegni Aeegsi rispetto a quelli *antitrust*.

Anche le disposizioni di cui alle lettere c) e d) dell’art. 17 (secondo le quali l’Aeegsi deve dichiarare inammissibili gli impegni “*in tutti i casi in cui gli impegni assunti siano manifestamente inutili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle disposizioni che si assumono violate*” ovvero “*nel caso in cui le misure contenute nella proposta di impegni non siano altresì idonee a ripristinare l’assetto degli interessi anteriori alla violazione o ad eliminare almeno in parte, eventuali conseguenze immediate e dirette della violazione*”) non sembrano in grado di fornire un particolare aiuto agli operatori: la prima – lettera c) – fa riferimento a impegni “*manifestamente inutili*”... ma si tratta di una manifesta utilità che si ricava solo in via relazionale, rispetto all’interesse (regolatorio) tutelato dalla norma-disposizione violata; inoltre, il carattere di manifesta inutilità fa pensare ad una proposta di impegni poco “seria”, carattere di cui – probabilmente – lo stesso operatore proponente è ben consapevole.

Quanto alla lettera d), la medesima si limita, nella prima parte, a riportare sostanzialmente il contenuto dell’art. 45, comma 3, primo periodo del d.lgs n. 93/2011. Più interessante il secondo periodo, posto che la congiunzione avversativa “o” sembra aprire un “corridoio di ammissibilità” per proposte di impegni che, pur non apparendo del tutto “*idonee a ripristinare l’assetto degli interessi anteriori alla violazione*”, quantomeno conducano ad un’eliminazione, almeno parziale, di “*eventuali conseguenze immediate e dirette della violazione*”.

Si può replicare a questa obiezione sottolineando che gli operatori possono comunque predisporre il contenuto della propria proposta di impegni parametrandolo sulle disposizioni che sono accusati di aver violato: lo studio della norma (e della contestazione dell'Aeegsi) nonchè del *vademecum* di cui all'art. 17, possono consentire la messa a punto di una proposta di impegni il cui contenuto sia in grado di superare il vaglio di ammissibilità dell'Aeegsi.

A ciò si sommerà, sempre più con il trascorrere degli anni, lo studio dei precedenti e della prassi dell'Aeegsi, che fornirà importanti indicazioni agli operatori.

Tutte queste considerazioni sembrano idonee a ridimensionare le preoccupazioni legate alla sussistenza di elementi di incertezza per gli operatori nel settore elettrico, del gas e dei servizi idrici e a fare degli impegni in materia di procedimenti Aeegsi uno strumento destinato ad avere un'ampia e diffusa applicazione.

3. Gli impegni: preziose risorse o strumenti inadeguati per lo svolgimento delle funzioni istituzionali delle *authorities* in un quadro di perdurante crisi economica?

Quello degli impegni è istituto giuridico che ha vissuto alterne fortune, ed è stato oggetto tanto di manifesti apprezzamenti quanto di feroci critiche da parte della più autorevole dottrina. Se infatti certi e numerosi sono i profili – su tutti, la deflazione del contenzioso – che fanno degli impegni uno strumento di grande utilità e “modernità”, allo stesso modo lo sviluppo di una prassi che veda negli impegni (*rectius*: nell'accettazione degli stessi) il perno dell'attività di Agcm e Aeegsi e la correlativa assunzione di consapevolezza – da parte dei soggetti “regolati” o, comunque, destinatari dell'attività delle due *authorities* – di un atteggiamento di “apertura”, se non di vero e proprio “favore”, delle Autorità medesime rispetto all'idea di assegnare una centralità agli impegni ai fini della definizione dei procedimenti di rispettiva competenza (si ricorda che la decisione di accettare impegni è connotata da ampia discrezionalità), può produrre – nel medio, lungo termine – effetti negativi – se non addirittura controproducenti – che rischiano di riverberarsi sull'attività delle due Autorità.

L'effetto negativo “per eccellenza”, da più parti stigmatizzato, è quello che concerne la progressiva perdita, a fronte di un atteggiamento di apertura delle *authorities* all'accoglimento di impegni, dell'effetto di deterrenza che indubbiamente deve permeare l'attività di *enforcement* dell'Agcm e quella sanzionatoria dell'Aeegsi.

In particolare, in materia *antitrust*, troppo appetibile può apparire, per le imprese, l'idea di porre in essere un gioco anticoncorrenziale, a fronte della mera eventualità dell'apertura di un procedimento – da parte dell'Agcm – e con la consapevolezza di poter in ogni caso intervenire, con la presentazione di impegni adeguati, al fine di chiudere la partita senza che l'*Authority* accerti l'infrazione²⁹.

Del rischio dell'affievolirsi dell'effetto di deterrenza alla commissione di illeciti *antitrust* (o regolatori), a causa di un atteggiamento troppo “aperto” rispetto alla presentazione degli impegni, si è mostrata ben consapevole l'Aeegsi, la quale, dotata dello strumento degli impegni solo nel 2011, cinque anni dopo l'Agcm e 8 dopo la Commissione europea³⁰, ha potuto far tesoro di quanto era accaduto in ambito *antitrust*, a livello nazionale e comunitario.

Ciò emerge con grande evidenza da un'analisi della succitata Delibera Aeegsi n. 243/2012, che contiene accorgimenti volti a contrastare l'indebolimento dell'effetto di deterrenza che l'introduzione (e la “diffusione”) dello strumento degli impegni può determinare.

Fra gli elementi contenuti nel catalogo di cui all'art. 17 figura l'indicazione che la proposta di impegni, per superare il vaglio di ammissibilità dell'Aeegsi, non deve consistere nel “*mero adempimento dell'obbligo violato*” (art. 17, comma 2, lett. e).

Il fatto che il contenuto della proposta, concernente il semplice adempimento dell'obbligo violato, venga valutato non già – o non solo – ai fini dell'accoglimento della proposta medesima, bensì, preliminarmente/pregiudizialmente, in relazione alla sua stessa ammissibilità, è indubbiamente indice di un atteggiamento dell'Aeegsi volto ad adottare contromisure in relazione al rischio dell'affievolirsi dell'effetto di deterrenza di cui si è dato conto *supra*.

In ogni caso, per quanto riguarda l'Aeegsi, la previsione, già a livello nor-

²⁹ Cfr. M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI, *20 anni di antitrust*, cit., 395, secondo il quale, per le imprese “la consapevolezza di una tendenza delle autorità di concorrenza a chiudere istruttorie con l'accettazione di impegni, potrebbe modificare il rapporto costi/benefici nella decisione sull'adozione di un comportamento anticoncorrenziale, diminuendo conseguentemente anche l'efficacia dei programmi di clemenza. L'eccessivo ampliamento dell'ambito di applicazione delle decisioni con impegni, sia dal punto di vista numerico sia da quello della tipologia di casi oggetto di decisioni con impegni, può dunque minare nel lungo termine l'efficacia della politica di tutela della concorrenza nel suo complesso”.

³⁰ Il riferimento va al Regolamento CE n. 1/2003. Deve tuttavia sottolinearsi, per completezza, che l'istituto degli impegni nasce da una prassi della Commissione europea sviluppatasi nel corso degli anni Ottanta, e successivamente “avallata dalla Corte di Giustizia” (cfr. A. CATTRICALÀ – A. LALLI, *L'Antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, 96), prima del suo formale recepimento in un atto normativo.

mativo, che la proposta avanzata dal soggetto sottoposto a procedimento debba contenere impegni idonei al “più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati”, comunque la si voglia declinare, è elemento certamente idoneo a rafforzare l’obiettivo di deterrenza che il riconoscimento di una potestà sanzionatoria, in capo all’Autorità, deve perseguire. Chiedere scusa ed aggiustare le cose non basta: è il “quid” a fare la differenza!

L’analisi delle più recenti decisioni di accettazione di impegni dell’Aeegsi dimostra, del resto, come gli operatori di volta in volta coinvolti abbiano dovuto sostenere sforzi notevoli – anche sotto il profilo economico - al fine di rendere la propria proposta soddisfacente e suscettibile di ottenere un riscontro positivo da parte dell’Autorità.

La decisione di perseguire la via della proposta degli impegni può dunque essere onerosa, per gli operatori: forse – in certi casi – perfino più di quella di “subire” una sanzione. Tuttavia, l’alto di numero di proposte di impegni presentate, nell’ambito dei procedimenti sanzionatori attivati dall’Autorità, dimostra che quello degli impegni è strumento cui gli operatori – destinatari di una comunicazione di avvio di procedimento sanzionatorio – guardano con interesse. E al sorgere e al crescere di detto interesse contribuiscono numerosi fattori, i più importanti dei quali sono indubbiamente rappresentati dalla possibilità, per gli operatori, di controllare – almeno fino ad un certo punto – il procedimento di presentazione e valutazione degli impegni (l’iniziativa, in fin dei conti, è dello stesso operatore!) nonché dall’ottenimento di un archiviazione del procedimento senza accertamento dell’infrazione, con quanto ne consegue in termini di non configurabilità di una “recidiva” e di ricadute “reputazionali”.

Insomma, l’Autorità dell’energia, facendo tesoro dell’esperienza maturata in ambito *antitrust* e esercitando con sapienza la potestà regolamentare di cui è titolare in materia di impegni – ex art. 45 del d.lgs n. 93/2011 – è riuscita a eliminare il profilo di maggior criticità relativo allo strumento degli impegni, pur riuscendo a mantenere alto il grado di “appetibilità” degli stessi, da parte degli operatori: fattore decisivo, quest’ultimo, nell’ottica dello sviluppo e della diffusione degli impegni.

Certo è che – forse anche per queste ragioni – la “fortuna” dell’istituto degli impegni sembra che stia attualmente percorrendo traiettorie diverse, rispetto ai procedimenti di Agcm, da una parte, e Aeegsi, dall’altra.

Se l’Autorità *antitrust* vive una fase di cautela, dopo la grande apertura nei confronti dello strumento degli impegni effettuata dalla presidenza Catricalà³¹,

³¹ L’ampio ricorso all’istituto dell’accettazione degli impegni si poneva come strumentale ad una politica *antitrust* la quale, in un contesto di grave e perdurante crisi economica, fosse

l'Aeegsi, che pure sta muovendo “i primi passi” nell'utilizzo del nuovo potere (assegnatole, non dimentichiamolo, solo nel 2011), sembra averne pienamente colto i profili di “utilità” rispetto alla propria *mission*: la soglia di “accettabilità” degli impegni, fissata a livello legislativo, che richiede che i medesimi contribuiscano a migliorare qualitativamente l'assetto regolatorio di un determinato settore, fissando obiettivi volti al “*piu' efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati*” e i minori rischi legati all'indebolimento dell'effetto di deterrenza che proprio detta disposizione (oltre a quelle di dettaglio contenute nella Deliberazione 243/2012) determina, sono due elementi che sembrano destinati a regalare anni di prosperità all'istituto di cui all'art. 45 d.lgs n. 93/2011, comma 3³².

E, certamente, l'aumento del numero dei “precedenti” consentirà agli operatori del settore di disporre di un bagaglio di informazioni che permetterà loro di effettuare valutazioni più ponderate e consapevoli, ulteriormente aumentando il grado di “appetibilità” degli impegni.

Insomma: da un'analisi astratta sembra che da una diffusione dello strumento degli impegni nell'ambito dei procedimenti di competenza dell'Aeegsi tutti (operatori, consumatori... la regolazione in sé!) abbiano da trarre vantaggi. L'esperienza pratica ci dirà se le cose stanno realmente così.

Certamente è da lodare l'operato dell'Aeegsi, la quale, anche a mezzo della Delibera n. 243/2012, è riuscita a raffinare uno strumento, quello degli impegni – già introdotto in via legislativa – che pare, da un lato, attagliarsi perfettamente alle esigenze dei settori regolati (e posti sotto la “sorveglianza” dell'Autorità) e, dall'altro, incontrare il favore di chi detto strumento deve (e dovrà) concretamente utilizzare, grazie alla funzione “*premiale e non meramente repressiva*”³³ di cui gli *impegni* sono espressione.

volta a spronare le imprese ad attivare logiche competitive, “*senza però deprimere quelle forze autonome che non si sono mai potute consolidare a sufficienza*”. Così A. CATRICALÀ, nell'intervento di *Introduzione* al ciclo di conferenze tenutosi a Roma per il ventennale dell'Autorità Antitrust, 7, rinvenibile sul sito ufficiale dell'Agcm (indirizzo: http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2445-ven-0121intervento-catricala.html) il quale, in un altro passaggio del citato intervento, parlando della “nuova stagione dell'antitrust in Italia”, affermava “*l'Antitrust ha deciso di inaugurare una politica del dialogo con le imprese attraverso il nuovo istituto delle decisioni con impegni. Esso è stato originariamente disciplinato nel Regolamento comunitario n.1/2003, ma non ne vengono intuite subito le potenzialità applicative che, invece, questa Autorità ha visto fin dall'inizio e perciò ne ha invocato l'attuazione anche nell'ordinamento nazionale, in un clima di diffidenza del mondo degli esperti.*”

³² Ne è riprova il fatto che, negli ultimi anni, è aumentato significativamente il numero di proposte di impegni presentate dai “*soggetti regolati sottoposti ad istruttoria*”, come riporta la Relazione Annuale del Presidente dell'Autorità dell'Energia, cit., 180.

³³ Cfr. M. PASSARO, *La strategia del resiliente*, cit..

ROBERTO CALZONI

SPUNTI SULLA FUNZIONE DI REGOLAZIONE DELL'ANAC TRA LINEE GUIDA E SEGNALAZIONE

SOMMARIO: 1. L'ANAC: *excursus* storico. – 2. ANAC quale autorità amministrativa indipendente. – 3. Le funzioni. – 3.1. *Segue*: Le rinnovate funzioni chiave. – 4. L'attività di regolazione. – 4.1. L'attività di regolazione nella relazione annuale 2013. – 4.2. L'attività di regolazione nella relazione annuale 2014. – 5. La sfera delle attività svolte. – 6. Le linee guida. – 7. Le segnalazioni sui servizi pubblici. – 7.1. La segnalazione in materia di società miste nei servizi pubblici locali. – 8. Le deliberazioni. – 8.1. In materia di moduli gestori nel SPL farmaceutico pubblico locale. – 9. I rapporti con le altre Autorità. – 10. Osservazioni finali.

1. L'ANAC: *excursus* storico

Con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*) convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, le funzioni dell'autorità di vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP)¹ sono state trasferite all'autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (già Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, CIVIT)² che è rinominato autorità nazionale anticorruzione (ANAC).

¹ L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) fu istituita con legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni) con l'obiettivo di garantire l'osservanza dei criteri di efficienza ed efficacia nello svolgimento delle procedure di gara e vigilare sulla libera concorrenza tra gli operatori nella materia dei lavori pubblici. Con il d.lgs. 163/2006, in recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, si scelse di ampliare l'ambito di competenza dell'autorità anche al settore dei servizi e delle forniture. Le competenze sono state, poi, ulteriormente ampliate nel corso degli anni successivi, prima con l'istituzione della Banca dati nazionale sui contratti pubblici (BDNCP), finalizzata anche ad informatizzare il sistema di partecipazione alle gare pubbliche, poi attribuendo all'autorità poteri collegati alle sempre più pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica. All'AVCP sono state attribuite, quindi, funzioni di particolare importanza nel sistema di controllo degli appalti, che vanno dalla possibilità di risoluzione non vincolante delle controversie (cd. attività di precontenzioso, di cui all'art. 6, c. 7, del d.lgs. 163/2006), all'attività di vigilanza sugli appalti di lavori, servizi e forniture (di cui all'art. 6, c. 9, del medesimo codice), allo svolgimento di attività di regolazione del mercato dei lavori pubblici mediante la predisposizione dei cd. bandi-tipo (di cui all'art. 64, c. 4-*bis*, d.lgs. 163/2006). Inoltre, ad essa

La nuova ANAC, oltre ad assorbire le funzioni delle precedenti menzionate autorità (e cioè CIVIT e AVCP), assume poteri di nuova attribuzione diventando l'unica *domina* nel sistema della strategia complessiva di prevenzione della corruzione e del settore degli appalti pubblici.

Non trattasi pertanto di una araba fenice risorta dalle proprie ceneri ma, a tutti gli effetti, di una nuova autorità con una *mission* rinnovata ed adeguata alla pienezza dei tempi, in una logica *in progress*.

La *mission* dell'ANAC, dopo il d.l. 90/2014, risulta quindi articolata sulle seguenti linee guida: delineare, integrando e innovando competenze e funzioni, un nuovo modello di *governance* e di organizzazione costruendo una rinnovata identità istituzionale, che renda ogni azione, nell'ambito della regolazione e della vigilanza, riconoscibile ed efficace; contenere i costi di funzionamento.

2. ANAC quale autorità amministrativa indipendente

Di particolare rilievo quanto affermato dall'art. 22, c. 1, della l. 114/2014 che menziona espressamente ANAC fra le autorità indipendenti oggetto di razionalizzazione³. In tal modo vengono superati i dubbi avanzati da parte

viene concessa la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie particolarmente elevate (fino 25.822 euro) anche nei casi in cui le stazioni appaltanti e gli operatori economici, richiesti di fornire informazioni o documenti, rifiutino o omettano di farlo senza giustificato motivo. Con l. 114/2014, l'autorità viene soppressa e le relative funzioni vengono trasferite all'autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui all'art. 13 del D.lgs 150/2009, che è ridenominata autorità nazionale anticorruzione.

² La nuova autorità nazionale anticorruzione non nasce come entità autonoma ma è il frutto di una trasformazione di altro organismo pubblico, cioè la commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) istituita con d.lgs 27 ottobre 2009, n. 50 con l'obiettivo di indirizzare, coordinare e sovrintendere alla misurazione e valutazione della *performance* organizzativa e individuale dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni nonché alla determinazione degli standard dei servizi pubblici ed alla trasparenza e integrità delle amministrazioni pubbliche medesime. Le competenze sono state, poi, ulteriormente ampliate: con l. 190/2012 (nota come legge anticorruzione) è stato affidato alla commissione il compito di monitorare il rispetto delle disposizioni in tema di prevenzione della corruzione e della trasparenza in tandem con il dipartimento della funzione pubblica. Solo con la l. 125/2013 la commissione ha assunto la denominazione di autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC), poi rinominata, dalla l. 114/2014, autorità nazionale anticorruzione.

³ Il citato art. 22, c.1, l. 114/2014, «*Razionalizzazione delle autorità indipendenti*», menzionando espressamente l'autorità nazionale anticorruzione fra le autorità indipendenti oggetto di razionalizzazione. Più specificatamente il citato art. 22, c. 1, l. 114/2014 recita: « 1] I componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, della Commissione nazionale per le socie-

della dottrina, già riferiti in particolar modo a CIVIT, circa la natura giuridica di tale autorità.

Risolutivo è il parere reso da Consiglio di Stato sez. I, 10 marzo 2010, n. 870.

Nel merito, la Sezione ha ritenuto di poter includere la CIVIT tra le autorità amministrative indipendenti. A tal fine, ha verificato la presenza di “*una serie di indici normativi*”⁴, quali la posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e l'autonomia organizzativa e finanziaria espressamente previste dall'art. 13, d.lgs. 150/ 2009, il sistema di nomina dei componenti e del suo presidente e l'assenza di un potere di controllo da parte di autorità politiche sull'operato della commissione.

Ulteriori indizi a favore della natura giuridica di *authority* della CIVIT sono stati individuati nei rapporti istituzionali con le autonomie locali e nel potere di proposta per l'emanazione di direttive sugli *standards* di qualità dei servizi pubblici.

3. Le funzioni

Per mandato istituzionale l'autorità svolge attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione; promuove l'integrità, la trasparenza, l'efficienza e l'efficacia delle pubbliche amministrazioni; indirizza, coordina e sovrintende all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione.

tà e la borsa, dell'Autorità di regolazione dei trasporti, dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Autorità nazionale anticorruzione, della Commissione di vigilanza sui fondi pensione e della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, alla cessazione dall'incarico, non possono essere nuovamente nominati componenti di una autorità indipendente, a pena di decadenza, per un periodo pari a cinque anni».

⁴ La prima sezione del Consiglio di Stato ha preliminarmente individuato, quali elementi caratterizzanti le autorità indipendenti: a) l'espressa qualificazione normativa, che precede nella definizione la stessa attività ermeneutica e di ricostruzione del sistema; b) la natura delle funzioni e la loro riferibilità alla tutela di valori di rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica di governo e, quindi, di maggioranza; c) la mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al governo e la conseguente assenza di un centro di imputazione politica dell'attività dell'organismo (*id est*, “frattura tra l'attività delle autorità e la responsabilità dell'indirizzo politico”); d) l'autonomia organizzativa e di bilancio; e) i requisiti richiesti ai componenti nonché il sistema di nomina dei componenti e la disciplina delle incompatibilità; f) il sistema dei rapporti internazionali e la posizione che l'organismo conserva nell'ambito del predetto sistema.

Tale missione istituzionale è il risultato di un quadro normativo che nel tempo ha visto le funzioni e le competenze evolversi progressivamente.

Originariamente, le competenze attribuite dal d.lgs. 150/2009, implicavano l'esercizio di funzioni consultive, di regolazione, vigilanza e controllo nell'ambito di tre settori che risultano strettamente collegati tra loro: la valutazione della performance, la qualità dei servizi, la trasparenza e l'integrità.

Sviluppando questo collegamento funzionale, la l. 190/2012 e i successivi decreti attuativi n. 33/2013 e n. 39/2013, hanno attribuito nuovi compiti all'autorità e definito nuovi strumenti di intervento con lo scopo di prevenire o sanzionare fatti, situazioni e comportamenti espressione di fenomeni corruttivi e di promuovere la trasparenza proprio in funzione di prevenzione della corruzione.

Oltre alla funzione consultiva, l'autorità ha mantenuto le funzioni di indirizzo in materia di trasparenza già previste nel d.lgs. 150/2009 e ha visto rafforzate quelle di vigilanza e di controllo sul rispetto del sistema della trasparenza, proprio in funzione di prevenzione della corruzione, anche nei confronti di enti pubblici e privati in controllo pubblico in precedenza esclusi dal novero dei soggetti destinatari degli obblighi.

Inoltre, per l'esercizio delle funzioni di prevenzione e contrasto della corruzione, l'autorità si può avvalere di poteri ispettivi che si sostanziano nella richiesta di notizie, in formazioni, atti e documenti e può giungere a ordinare alle amministrazioni l'adozione di atti e provvedimenti richiesti dai piani triennali di prevenzione della corruzione, nonché la rimozione di atti e comportamenti con questi ultimi contrastanti.

3.1. Segue: Le rinnovate funzioni chiave

L'art. 19, l. 114/2014, oltre a trasferire alla nuova autorità i compiti e le funzioni in passato svolti da AVCP, ne ha ampliato ulteriormente i poteri.

Ai sensi del c. 5 dell'art. 19, l. 114/2014, nella consapevolezza che la prevenzione e il contrasto dei fenomeni corruttivi passa soprattutto attraverso l'attività di segnalazione, ANAC è stata abilitata a ricevere notizie e segnalazioni da parte dei cittadini e dei dipendenti pubblici nelle forme previste dall'art. 54-*bis*, d.lgs. 165/2001, oltre a quelle pervenute dagli avvocati dello Stato ove vengano a conoscenza nell'ambito della propria attività, di violazioni di disposizione di legge o di regolamento o di altre anomalie o irregolarità relative ai contratti pubblici.

Il citato art. 19, inoltre, attribuisce ad ANAC poteri sanzionatori amministrativi per il caso di omessa adozione dei piani triennali di prevenzione della

corruzione, dei programmi triennali di trasparenza e dei codici di comportamento, salvo che il fatto costituisca reato⁵.

Una nuova competenza viene anche prevista dall'art. 37 della medesima legge: per ampliare il patrimonio di conoscenza, che può consentire l'esercizio dei poteri di vigilanza, viene fatto obbligo alle stazioni appaltanti (con previsione anche di una sanzione pecuniaria), di trasmettere le varianti in corso d'opera ai sensi dell'art. 132, d.lgs. 163/2006 di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto.

Altre norme della l. 11/2014 attribuiscono poi al presidente dell'autorità poteri autonomi rispetto al consiglio, al fine di garantire maggiore tempestività ed immediatezza degli interventi⁶.

Alla luce di quanto sopra argomentato, l'obiettivo di fondo è stato pertanto quello di dotare l'ANAC di strumenti e poteri tali da porla nella condizione di concentrarsi in particolare nella *“prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione”*⁷.

Cambiano pertanto le competenze dell'ANAC e quindi il *modus operandi*

⁵ Ai sensi del comma 5-bis dell'art. 19, l. 90/2014, competente a decidere i ricorsi proposti avverso le sanzioni amministrative previste dal comma 5 è il tribunale in composizione monocratica. Il comma 6 inoltre dispone che le somme versate a titolo di pagamento delle sanzioni amministrative restano nella disponibilità dell'autorità nazionale anticorruzione e sono utilizzabili per le proprie attività istituzionali.

⁶ Per quanto riguarda i poteri attribuiti al presidente dell'autorità, spetta a quest'ultimo: il compito di procedere al riordino di quest'ultima (art. 19, c. 3; il potere di formulare proposte al commissario unico delegato per l'Expo Milano 2015 per la corretta gestione delle procedure di appalto per la realizzazione dell'evento (art. 19, c. 5); di segnalare alle autorità amministrative competenti le violazioni in materia di comunicazioni delle informazioni e dei dati e di obblighi di pubblicazione quando da tale omissione consegue la sanzione pecuniaria (art. 19, c. 5); di svolgere funzioni di controllo e vigilanza preventiva su tutti gli appalti per il grande evento sopracitato, anche istituendo una unità operativa speciale che operi a suo diretto supporto (art. 30), ed infine di proporre al prefetto competente l'applicazione di misure straordinarie che, in proporzione alla gravità degli illeciti e al grado di ingerenza dei fatti corruttivi, vanno dall'estromissione del soggetto coinvolto nell'illecito dalla *governance* societaria o, nei casi più lievi, alla designazione *ad hoc* di esperti con compiti di affiancamento dell'impresa coinvolta, fino ad arrivare, nei casi più gravi, al commissariamento dell'appalto in questione (art. 32).

⁷ Come anche rilevato dall'atto di organizzazione dell'ANAC del 29 ottobre 2014.

nell'esercizio delle attività di anticorruzione e di vigilanza sui contratti pubblici.

Non si è pertanto trattato di una “fusione a freddo”, in quanto l'autorità che ne è scaturita ha come obiettivo quello di superare i pregressi limiti dell'AVCP, diversamente orientando al futuro l'ANAC stessa.

Capisaldi la l. 190/2012 (nota come legge anticorruzione) ed il d.lgs. 33/2013 (noto come trasparenza amministrativa), le cui prime applicazioni hanno interessato le incompatibilità e le inconferibilità delle nomine negli organismi degli enti locali e delle loro partecipate dirette ed indirette.

Così come la stessa ANAC si trova ora a cavaliere tra il d.lgs. 163/2006 (codice unico appalti) di recepimento delle direttive 2004/17/CE, settori speciali e 2014/18/CE, settori ordinari, e le nuove direttive 2014/23/UE, concessioni; 2014/24/UE settori ordinari e 2014/25/UE settori speciali⁸.

La sfida è quella di sostituire un approccio burocratico alle problematiche (crescenti) in materia di anticorruzione e di vigilanza e controllo in materia di contratti pubblici d'appalto.

È poi noto che le direttive UE citate, nutrendosi del diritto vissuto, hanno anche disciplinato gli affidamenti *in house* e le concessioni (non ricomprese nelle precedenti direttive UE).

Si tratterà poi di conoscere – nel concreto – gli esatti confini tra le potestà di prevenzione rispetto a quelle (vere e proprie) di regolazione e di sanzione, attribuite all'ANAC come autorità indipendente, tra l'immediatezza della sua trasformazione tra trasparenza, anticorruzione e appalti pubblici e la propria capacità di orientarsi al futuro.

4. *L'attività di regolazione*

Risulta preliminare la disamina della funzione di regolazione⁹ nel duplice

⁸ Cfr. ddl 1678/2014 contenente la delega al governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/UE e della direttiva 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/UE.

⁹ In generale sui poteri di regolazione delle autorità indipendenti, cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 49 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna Il Mulino, 2011; M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 2, 169; M. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Roma,

settore dell'anticorruzione e degli appalti pubblici. Mediante tale attività, ANAC fornisce regole di condotta o di comportamento per gli attori in gioco, cui non è attribuito dall'ordinamento carattere vincolante (quale fenomeno di *soft law*), seppur adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici formalmente collegati ad atti vincolanti¹⁰. In via analogica a quanto previsto quali atti non vincolanti dall'art. 288 TFUE, vedasi anche i libri bianchi, i libri verdi, le risoluzioni e conclusioni del Consiglio Europeo e le comunicazioni della Commissione, ecc.¹¹.

2015; G. PUCCINI, *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento degli atti normativi delle autorità indipendenti*, in www.giustamm.it; L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, relazione al convegno su "Le autorità Amministrative Indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi al Consiglio di Stato il 28 febbraio 2013, in www.avcp.it.

¹⁰ L'attività di regolazione se non di regolamentazione è stata tradizionalmente contestata dalla dottrina. Per un primo indirizzo, ora del tutto recessivo, non dovrebbe ammettersi l'attribuzione di un potere normativo alle autorità, attesa la loro estraneità al circuito della responsabilità e della legittimazione democratica (Parlamento, Governo).

Tale tesi appare ormai superata dall'indirizzo che ritiene che l'attribuzione di poteri normativi va individuata sulla base del principio costituzionale di legalità. Si ritiene, in particolare, che la copertura costituzionale dei poteri normativi attribuiti alle autorità nasce direttamente dal mercato e va rinvenuta nell'art. 97, Costituzione (che nel sancire il principio di legalità nell'organizzazione dei pubblici uffici, trova applicazione non solo con riferimento agli organi dotati di rappresentatività popolare ma anche con riguardo a tutte le pubbliche amministrazioni), nell'art. 3, c. 2, Costituzione (principio di uguaglianza sostanziale) e negli articoli che disciplinano specifici settori nonché nei principi comunitari della concorrenza, della libertà di circolazione e stabilimento e della tutela dell'investitore.

La tesi favorevole all'esercizio di un potere di regolazione è stata condivisa dal Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27/12/2006, n.7976) il quale ha ritenuto che "l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale". *Ibidem* Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., 6/2/2006, n. 355 dove è stata ribadita la compatibilità dei poteri normativi delle autorità con il nostro sistema ordinamentale, sottolineando altresì la necessità che le stesse prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati.

¹¹ L'art. 288, TFUE recita: "Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La deci-

Rientrano nell'attività di regolazione dell'autorità le attività di consultazione con gli operatori di settore, i bandi-tipo, le linee guida, le deliberazioni e i pareri.

Nell'esercizio della funzione di regolazione, ANAC, ai sensi dell'art. 8, c. 1 del d.lgs. 163/2006, si avvale di metodi di consultazione preventiva che consentono la partecipazione al processo decisionale di tutti i soggetti interessati¹².

In attuazioni a tale previsioni, l'autorità ha adottato il proprio regolamento su due livelli, recante *"Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)"*.

Il regolamento prevede una prima fase di selezione dei casi da sottoporre ad analisi di impatto, in quanto non tutti gli atti a carattere generale richiedono una consultazione pubblica o l'AIR¹³.

Una volta individuati i casi da sottoporre ad analisi di impatto e/o consultazione, al fine di garantire maggiore trasparenza e partecipazione, questi vengono pubblicati sul sito web dell'autorità.

La consultazione preventiva avviene sulla base di un documento di consultazione con i vari protagonisti di settore, nel quale sono indicati i principali

sione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti."

¹² In questo modo il legislatore ha dato attuazione al contenuto dell'art. 25, c. 1, lett. c) della l. 18 aprile 2005, n. 62 *"Disposizioni per l'adempimento di obblighi comunitari dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004"* il quale, alla suddetta lettera, recita: *"c) conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. I compiti di cui alla presente lettera sono svolti nell'ambito delle competenze istituzionali dell'Autorità, che vi provvede con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato"*.

¹³ Di regola conducono all'adozione di un AIR gli atti a carattere generale adottati da parte dell'autorità a seguito di modifiche normative che introducono variazioni di rilievo nel Codice o che richiedono importanti approfondimenti interpretativi ovvero a seguito dell'osservazione di particolare patologie nel mercato.

Al contrario non conducono all'adozione di un AIR o all'indizione di una consultazione pubblica, gli interventi dell'autorità a seguito di segnalazioni provenienti dalle stazioni appaltanti, dagli operatori economici o comunque da parte di qualunque soggetto interessato al corretto andamento della contrattualistica pubblica, relative a situazioni specifiche, che vengono concluse con un atto specifico che può assumere la forma di delibera, parere sulla normativa, parere precontenzioso, ecc. Parimenti non sembrano assoggettabili ad AIR atti che hanno unicamente valenza interna.

elementi su cui si chiede di conoscere la posizione dei partecipanti alla consultazione stessa.

Nel documento dovranno essere quanto meno specificate le ragioni per la scelta di intervenire, la descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, i possibili correttivi, indicando i probabili effetti sulle stazioni appaltanti, sugli operatori economici e sul mercato in generale.

Nei casi di particolare rilievo o di complessità, possono essere effettuate anche audizioni pubbliche con i soggetti interessati.

Successivamente si procederà ad una valutazione delle osservazioni raccolte per iscritto o verbalmente e, quando si considerano acquisiti elementi sufficienti, si procederà all'adozione dell'atto regolamentare¹⁴.

L'intero procedimento rappresenta pertanto strumento idoneo ad attribuire particolare coerenza agli atti di carattere generale.

4.1. L'attività di regolazione nella relazione annuale 2013

Dalla relazione annuale 2013, risulta la particolare attenzione riservata dall'autorità nell'ambito del recepimento delle tre nuove direttive comunitarie appalti (e concessioni).

Il lavoro da svolgere è, quanto meno, erculeo, a fronte della netta rottura di tali nuove direttive rispetto al passato.

È pacifico che (se non si rasentasse il paradosso) le modifiche al codice appalti in senso stretto rappresentano lo sforzo minore rispetto alle esimenti alle procedure competitive per gli affidamenti diretti (*in house*), in una "selva" di realtà tra servizi strumentali, servizi pubblici locali (SPL) privi di rilevanza economica, SPL di rilevanza economica, SPL di rilevanza economica che sommano per il gestore anche quelli a rete; tra servizi con e senza leggi di settore; tra le autorità di regolazione e gli enti di governo dell'ambito, tra soggetti *in house*, società miste e concessioni, tra partecipazioni dirette ed indirette, tra concessioni di servizi e concessioni di costruzione e gestione assistiti o meno da finanza di progetto, ecc.

L'ANAC ha nel frattempo fornito taluni bandi-tipo (ai sensi dell'art. 64, c. 4 *bis*, d.lgs. 163/2006, codice unico appalti), assai utili agli operatori di settore, all'interno di un quadro legislativo soggetto a permanenti ed alluvionali modificazioni (tra diritto positivo e diritto vissuto).

Di fondamentale importanza le indicazioni ANAC circa le "Le linee guida per l'applicazione dell'art. 48, d.lgs. 163/2006", senz'altro *in progress*.

¹⁴ In applicazione della procedura descritta, l'autorità ha adottato diverse linee guida rispetto a quelle qui richiamate.

Senza qui avere la pretesa di affrontare tutti gli immani sforzi compiuti dall'ANAC (per il cui approfondimento si rinvia alle citate “*Relazioni*”), si può concludere affermando che la strada intrapresa dall'ANAC, senz'altro in salita e ricca d'insidie, è quella utile agli operatori di settore e quindi al Paese.

4.2. *L'attività di regolazione nella relazione annuale 2014*

L'autorità ha dato attuazione (oltre ai processi organizzativi e strutturali interni) a quanto previsto dalla normativa anticorruzione e dal piano nazionale anticorruzione (PNA) e ha adottato, a conclusione della consultazione pubblica, il piano triennale per la prevenzione della corruzione 2014-2016 e il programma triennale per la trasparenza e l'Integrità 2014-2016 – che, come previsto dall'art. 10, c.2, del d.lgs. 33/2013, ne costituisce una sezione – e il piano della *performance* 2014 – 2016.

Dalla relazione citata emerge che anche nei primi mesi del 2014 i quesiti, le segnalazioni e le richieste di parere hanno impegnato in maniera significativa l'autorità, confermando l'andamento crescente registrato nel 2013.

L'autorità al 18 aprile ha ricevuto complessivamente 719 richieste di pareri, quesiti e segnalazioni: di questi 239 (33 per cento) hanno riguardato l'anticorruzione, 322 (45 per cento) la trasparenza e 158 (22 per cento) la performance e la nomina degli OIV (Organismi indipendenti di valutazione).

È elevato il numero di richieste per le quali non esistono i presupposti per un intervento dell'autorità.

Considerate le limitate risorse a disposizione, l'autorità ha deciso di non dare più seguito alle numerose richieste provenienti da privati, professionisti e società di consulenza. Trattasi di decisione condivisibile solamente se l'autorità saprà (in cambio) mantenere (così come ha dimostrato nel 2013 e 2014) la sua capacità di affrontare le problematiche di propria competenza in una logica di *helicopter view*, e cioè dall'alto, senza lasciarsi imprigionare ulteriormente dai propri vincoli strutturali ed organizzativi interni.

Con riferimento all'anticorruzione, sono pervenuti 107 quesiti e 132 segnalazioni.

È elevato il numero di richieste per le quali non esistono i presupposti per un intervento dell'autorità.

In conseguenza del trasferimento al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione delle funzioni consultive originariamente di competenza dell'autorità (ai sensi dell'art. 1, c.2, lett. d) della l. 190/2012 e dall'art. 16, c.3, del d.lgs. 39/2013) numerose questioni sollevate da pubbliche amministrazioni ed enti in ordine, in primo luogo, all'applicazione dell'art. 3 in tema

di inconfiribilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione e all'applicabilità della l. 190/2012, sono in attesa da tempo di essere risolte con direttive o circolari del Ministro.

Con riferimento alla trasparenza, sono pervenuti 226 quesiti provenienti da pubbliche amministrazioni ed enti (dei quali 99 nel periodo 18/3 – 18/4 in seguito all'avvio della campagna di ascolto), 96 segnalazioni (delle quali 43 nel periodo 18/3 – 18/4 in seguito all'avvio della campagna di ascolto) di carattere generale pervenute da parte di privati (persone fisiche e giuridiche) sull'inosservanza degli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali dei soggetti destinatari della normativa in materia di trasparenza.

Con riferimento alla *performance*, oltre ad un numero limitato di quesiti in materia di benessere organizzativo, di sistemi di misurazione e valutazione e di OIV, l'attività consultiva si è concentrata sulle richieste di parere sulla nomina di OIV, ex art. 14, c.3, d.lgs. 150/2009 che hanno dato luogo a 72 delibere pubblicate sul proprio sito istituzionale.

I quesiti con valenza generale saranno oggetto di prossima pubblicazione.

5. La sfera delle attività svolte

Alla luce di quanto sopra argomentato, le attività svolte dall'ANAC nell'ambito dell'anticorruzione e degli appalti pubblici, possono essere ricondotte all'applicazione delle seguenti norme: d.lgs. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*); d.lgs. 163/2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), d.p.r. 207/2010 (*Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"*); l. 136/2010; l. 98/2011 (*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*); d.lgs. 229/2011 (*Attuazione dell'articolo 30, comma 9, lettere e), f) e g), della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, di verifica dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti e costituzione del Fondo opere e del Fondo progetti*); l. 221/2012 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*); d.lgs. 39/2013 (*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*); d.p.r. 62/2013 (*Regolamento recante codice di com-*

portamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165); d.lgs. 33/2013 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni); d.l. 66/2014 (Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale); d.l. 90/2014 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari); l. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione).

6. Le linee guida

Le linee guida costituiscono espressione della funzione di regolazione esercitata da ANAC.

Scopo delle medesime è di fornire chiarimenti interpretativi, evidenziare *best practices* mediante determinazioni, comunicazioni interpretative, raccomandazioni, segnalazioni al fine risolvere e superare disfunzioni che ostacolano il mercato, orientando i destinatari nelle loro scelte.

Un particolare ruolo, ai fini dell'emanazione di linee guida (o di atti a carattere generale), assumono le segnalazioni ricevute dagli operatori di settore nonché l'analisi di vigilanza condotta da parte della stessa autorità.

Tali segnalazioni consentono di porre in evidenza le criticità interpretative ed applicative che possono sorgere al mutare del quale ordinamentale di riferimento (vedasi per esempio in relazione ai bandi-tipo appalti, incandidabilità ed incompatibilità delle nomine degli organi, ecc.).

Con riferimento alle linee guida nei contratti di appalto pubblici, sono stati emessi i bandi-tipo in materia di: servizi di pulizia; servizi di manutenzione degli immobili; affidamento di lavori pubblici (per quest'ultimo di importo superiore a 150.000 euro).

Tali bandi rappresentano un prezioso contributo sia per le stazioni appaltanti sia per gli operatori economici, ma sicuramente la strada resta ancora in salita.

Ciò vuoi per la platea dei bandi (ancora troppo ristretta), vuoi per la necessità di adeguarli al mutevole quadro ordinamentale di riferimento.

Resterà poi anche da "armonizzare" detti bandi con le intervenute decisioni del giudice amministrativo interno e della Corte di Giustizia UE in materia di appalti, in un tutt'uno con le decisioni in materia dell' AGCM, del Garante della *privacy*, ecc.

Come si potrà notare le problematiche applicative, di tempo, di ritmo e di armonizzazione non sono indifferenti.

Sarà, pertanto, necessario districarsi all'interno di una "foresta sempre più fitta" il cui *humus* si compone di fonti diverse tra un'alluvionale normazione, sentenze di varia fonte e grado, linee guida (validissime per quelle emesse ma ancora insufficienti rispetto a quelle necessarie per disporre dei bandi-tipo nei principali settori degli appalti) e interventi dell'*antitrust*, tra appalti, concessioni e società miste, tra diritto comunitario e diritto interno, tra realtà di mercato in rapita evoluzione ed il faticoso evolversi del diritto degli appalti.

La *ratio* delle linee guida è quindi quella di: individuare un quadro organico-applicativo della materia oggetto della medesima, finalizzato ad indicare modelli di comportamento e cautele sotto il profilo operativo ed a fornire un supporto agli operatori economici per favorire la corretta implementazione nel passare dalla norma alla sua applicazione.

Resta evidente l'obiettivo dell'autorità di affermare il proprio ruolo di verifica (oltre che di regolazione) al rispetto dei principi sull'anticorruzione e sui contratti pubblici, sui punti e nei settori più qualificanti.

Il ruolo delle linee guida resta pertanto complesso (per la loro esaustività, per la loro tempestività, per il raccordo con le altre autorità, per i tempi di aggiornamento, ecc).

7. Le segnalazioni sui servizi pubblici

Sulle segnalazioni al Parlamento ed al Governo aventi lo scopo di fornire il proprio contributo in termini di trasparenza, per quanto qui interessa, sui servizi pubblici locali (SPL), ANAC assume una veste fondamentale e di rilievo per porre il legislatore nella condizione di disporre di un adeguato supporto informativo al fine di meglio orientarsi in materia.

Per l'attività di segnalazione a Parlamento e Governo, di regola, non sono previste forme di consultazione pubblica, in quanto si tratta di interventi che non hanno un diretto impatto sul mercato.

7.1. La segnalazione in materia di società miste nei servizi pubblici locali

L'AVCP, nella segnalazione al Parlamento ed al Governo del 26/11/2008, sulle società miste ha precisato quanto segue.

«Si ritiene che il ricorso alle società miste debba comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza; in particolare, devono essere individuate le seguenti condizioni minime per l'ammissibilità dell'affidamento del servizio ad una società mista: a) gara unica per l'affidamento del servizio pubblico e per

la scelta del socio, in cui questo ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, che concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico; b) la previsione nel bando di gara dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi che consentono di selezionare e qualificare un socio cd. “operativo”; c) la previsione circostanziata nel bando delle attività oggetto di affidamento al fine di evitare che il privato possa godere di una ingiustificata posizione di vantaggio tramite ulteriori affidamenti diretti; d) l'indicazione della durata della partecipazione del socio che deve coincidere con quella dell'affidamento e deve essere proporzionata alle dimensioni dell'attività che è chiamato a svolgere; e) le modalità per l'uscita del socio con liquidazione della sua posizione per il caso all'esito della successiva gara egli non risulti più aggiudicatario; f) la disciplina dei rapporti interni tra società mista ed il socio privato, nonché dei rapporti tra socio pubblico e soci privati. Tali condizioni sono evidentemente obbligatorie anche nei casi in cui il socio privato entri in una società pubblica già affidataria diretta delle concessioni secondo il modulo organizzativo in house».

Circa quanto precisato nella lettera *sub* «e», il tutto sarà contenuto nella «Convenzione a disciplina dei rapporti tra gli enti locali ed il socio privato».

In punto di diritto positivo, le linee-guida sopracitate traggono fonte dall' art. 1 (Oggetto), c. 2; 3 (Definizioni), c. 15 *ter*; 30 (Concessione di servizi), e 244 (Giurisdizione), c. 1, d.lgs. 163/2006.

In sintesi, la lettera *sub* a) riconosce quindi, nell'ambito di una gara a doppio oggetto (appalto o concessione e ricerca del *partner*) l'affidamento del SPL ad una società mista a partecipazione pubblica (maggioritaria/paritetica/minoritaria), senza necessità di gare a “valle” per i successivi affidamenti.

Trattasi sempre di un socio non stabile in correlazione alla durata degli ammortamenti o alla remunerazione del capitale investito dal socio privato. Di volta in volta risulterà fondamentale distinguere tra appalto e concessione (quale distinzione di fondamentale importanza per l'attribuzione dei rischi in capo al socio privato (ed alla società mista))¹⁵.

¹⁵ Quanto ai rapporti tra concessione di servizi ed appalto, il codice appalti ha recepito i risultati dell'elaborazione dottrinale, consolidatasi soprattutto a seguito delle indicazioni fornite dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000.

Per quanto riguarda la concessione di servizi, la differenza con l'appalto di servizi, ai sensi dell'art 3, c. 12, d.lgs. 163/2006, sta nel fatto che “il corrispettivo spettante al concessionario, a fronte della fornitura del servizio, consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”. Il concessionario, quindi, non è remunerato direttamente dalla P.A, ma ottiene da questa il solo diritto di sfruttare il servizio percependo proventi dagli utenti mediante un determinato periodo di tempo coincidente con la durata della concessione.

Circa il contenuto della lettera *sub b*), tra gara sotto/sopra soglia comunitaria, risulterà fondamentale stabilire l'ammontare economico (per la sua intera durata del partenariato pubblico privato istituzionalizzato, PPPI) dell'affidamento.

Circa i requisiti economico finanziari il bando di gara avrà cura di qualificarli, in relazione ai relativi punteggi, nel rispetto dei principi di proporzionalità e senza pregiudicare l'accesso alle piccole medio imprese (PMI) attraverso le forme di aggregazione consentite dal codice unico appalti.

Circa i requisiti tecnico organizzativi e relativi punteggi il bando, evitando ogni aspetto di discriminazione, in linea con il diritto di stabilimento, metterà in evidenza i relativi parametri e punteggi per individuare il migliore offerente.

In relazione alla lett. *sub c*) l'autorità intende pertanto circoscrivere i SPL affidati a quelli esclusivamente previsti – quale *lex specialis* – nel bando di gara. Ne consegue che la società mista non potrà gestire servizi ulteriori né che nella compagine societaria potranno entrare soci diversi se non con gara.

In relazione alla lettera *sub d*) l'indicazione della scadenza del PPPI (anche diversa dalla durata della società mista) risulta di fondamentale importanza, in collegamento alla durata degli ammortamenti o al tempo necessario affinché il *partner* privato non stabile possa disporre della giusta “*remunerazione del capitale investito*”.

Sul punto è di grande ausilio il dettato del «Libro verde» del 30/4/2004 il quale, al § 46, prevede (relativamente ai partenariati pubblico privati istituzionalizzati, PPPI) che «46. *D'altra parte, il periodo durante il quale il partner privato assumerà l'esecuzione di un'opera o di un servizio deve essere fissato in*

In secondo luogo, la concessione implica il trasferimento della relativa responsabilità (cd. *alea gestoria*). Questa, a sua volta, investe sia gli aspetti tecnici che quelli economico-finanziari della gestione. Pertanto, se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea garantendo, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento rischio viene a mancare. Con riferimento al rischio di esposizione all'alea del mercato, sempre la Corte di Giustizia, con sentenza 10 novembre 2011, C-348/10, ha affermato che “*ai sensi della direttiva 2004/17, si ha appalto, e non concessione di servizi, quando risulta che il rischio di gestione non venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario essendo prevista la compensazione delle perdite del prestatore connesse all'esecuzione del contratto*”.

Quando espresso dalla Corte è stato poi recepito nella direttiva 2014/23/UE la quale, all'art. 5, lett. b) concessione di servizi afferma che: “*L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile*”.

funzione della necessità di garantire l'equilibrio economico e finanziario di un progetto. In particolare, la durata della relazione di partenariato deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto sia necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti ed una ragionevole rendita dei capitali investiti. Una durata eccessiva sarebbe infatti in contrasto con i principi che disciplinano il mercato interno o con le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza. Inoltre, il principio di trasparenza impone di comunicare nei documenti di gara gli elementi che permettono di stabilire la durata, per permettere agli offerenti di tenerne conto nell'elaborazione delle loro offerte».

La lettera *sub e)* tratta anche le condizioni da applicarsi alla scadenza del PPPI, previo rimborso del capitale sociale, dell'eventuale sovrapprezzo e/o avviamento commerciale a favore del *partner* privato, in precedenza versato.

Nel concreto, chi ha applicato tali linee-guida, si è trovato a “buon partito”, superando i *vulnus* storicamente riscontrati all'interno dei PPPI troppo spesso “in balia dei venti”.

L'autorità ha così fornito un contributo fondamentale nell'interpretare il complesso quadro ordinamentale di riferimento, in simmetria informativa tra il diritto comunitario e quello interno.

I bandi di gara successivi hanno tenuto conto di tale indicazioni meglio allineandosi alla giurisprudenza che ha indubbiamente nutrito la segnalazione in esame. Infatti, anteriormente a tale segnalazione, i bandi di gara difficilmente collegavano la durata del rapporto non stabile alla remunerazione del capitale investito dal socio privato, così come difficilmente entravano nel merito delle condizioni da applicarsi alla scadenza del PPPI, spesso non era affatto chiaro se si trattava di appalto o di concessione così come di difficile interpretazione risultava essere la definizione dello *status* del socio privato tra socio gestore amministrativo, socio gestore operativo, socio finanziatore. Quasi nessun bando di gara allegava le due convenzioni di cui una a disciplina dei rapporti tra l'ente locale e il socio privato, l'altra a disciplina dei rapporti tra il socio privato e la società mista.

8. Le deliberazioni

Nell'ambito della propria attività istituzionale, importante è altresì l'attività di deliberazione svolta da ANAC sugli argomenti ad essa sottoposti dagli enti locali e dagli operatori di settore, con ciò diramando le principali problematiche applicative (spesso con carattere innovativo) riferito all'anticorruzione ed ai servizi pubblici locali.

8.1. In materia di moduli gestori nel SPL farmaceutico pubblico locale

ANAC è intervenuta nella individuazione dei moduli gestori il servizio farmaceutico pubblico, “saldando” il diritto comunitario con quello interno (del resto datato al 1968 attraverso la c.d. legge Mariotti).

Con deliberazione n. 15 del 23 aprile 2014, fascicolo n. 947/2013¹⁶ ANAC si è espressa in senso favorevole all'affidamento del servizio farmaceutico pubblico locale al dettaglio in concessione a terzi, ritenendo «*che un approccio interpretativo comunitariamente orientato renda preferibile la soluzione secondo cui i comuni possono, a seguito di procedura ad evidenza pubblica, affidare la gestione delle farmacie comunali in concessione a terzi, in applicazione dell'art. 30 del Codice dei contratti*».

Lo stesso Consiglio di Stato, sezione III, con sentenza del 13/11/2014, n. 5587, ha richiamato la precedente deliberazione ANAC nel pronunciarsi sull'argomento riformando la precedente sentenza TAR Piemonte, del 14/6/2013, n. 767.

Con tale autorevole deliberazione la ANAC¹⁷ ha chiuso il cerchio sulla problematica dell'affidamento del servizio citato in concessione a terzi, non espressamente previsto nella citata legge di settore (l. 475/1968, art. 9), così diramando una controversia giuridica che opponeva in via favorevole al modulo concessorio TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, sentenza del 28/6/2011, n.

¹⁶ Si segnala che le problematiche evidenziate sulla gestione delle farmacie comunali sono state oggetto di altre due segnalazioni indirizzate ad ANAC: la prima, acquisita al prot. n. 49727 della medesima autorità (fascicolo n. 1409/2013); la seconda, acquisita al prot. n. 54140 della medesima autorità (fascicolo n. 1526/2013).

¹⁷ ANAC, in linea con quanto già affermato dal TAR Veneto, sezione I, con sentenza del 20/03/2014, n. 358 (*ibidem* TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, sentenza del 28/6/2011, n. 1598; TAR Lombardia, sezione Brescia, sezione II, n. 951 del 13/11/2013; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, n. 190/2010), ritiene che l'elenco delle modalità gestorie indicate nell'art. 9 della l. 475/1968 non sia tassativo, ammettendo, lo stesso ordinamento, forme di gestione del servizio farmaceutico comunale ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 9, l. 475/1968.

Di fatto i moduli gestori sono stati ampliati dall'art. 12, c. 1, l. 498/1992 (che ha introdotto le società miste senza il vincolo della maggioranza pubblica) poi abrogato, tale norma, dall'art. 274, c. 1, lett. w, d.lgs. 267/2000 (TUEL) e come tale sostituito, ai sensi del successivo c. 275, dal citato TUEL.

Quest'ultimo, all'art. 113, c. 5, lett. a), b), c) aveva già introdotto i moduli della concessione, della società mista e della società *in house*.

A sua volta la l. 127/1997 (Bassanini), all'art. 17, c. 58, ha esteso la forma della società per azioni anche alla società a responsabilità limitata.

È stato poi stigmatizzato che i farmacisti in forza non godono del diritto di predeterminazione legale rispetto ai possibili soci farmacisti privati o operatori di settore con oggetto sociale compatibile (cfr., tra le altre, la recente sentenza Consiglio di Stato, Sez. III, 9 luglio 2013, n. 3647).

1598; TAR Lombardia, sezione Brescia, sezione II, n. 951 del 13/11/2013; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, n. 190/2010 *contra* Piemonte. Adesiva la successiva sentenza del Consiglio di Stato sopra citata.

9. I rapporti con le altre autorità

ANAC può essere qualificata come autorità amministrativa indipendente di settore, preposta, in via esclusiva, ai settori dell'anticorruzione e degli appalti pubblici¹⁸.

Essa si distingue dalle autorità trasversali¹⁹, dotate di competenze non limitate a singoli comparti, in quanto riconosciute a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale.

La convivenza fra autorità di settore e autorità trasversali può dar luogo a interferenze fra le rispettive attribuzioni²⁰ e generare incertezze.

Si pensi, ad es., alla richiesta dell'ANAC di pubblicare nei piani triennali di prevenzione della corruzione dati "ulteriori" (in una logica *open data*) ri-

¹⁸ Si tenga poi conto che ANAC è l'unica autorità la cui *mission* istituzionale interessa due settori.

¹⁹ Sono autorità trasversali, in particolare, l'autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcom) (istituita con l. 10 ottobre 1990, 287), che opera a tutela del regolare funzionamento del mercato, e il garante per la protezione dei dati personali (l. 31 dicembre 1996, n. 675), che assolve a funzioni di presidio della tutela del diritto alla riservatezza, in applicazione del relativo testo unico, la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (istituita dalla l. 12 giugno 1990, n. 146), incaricata di contemperare il diritto di sciopero, costituzionalmente garantito, con altri interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico; ecc.

²⁰ La questione è stata sottoposta al Consiglio di Stato. In proposito sono da segnalare gli interventi dell'adunanza plenaria (sent. n. 11,12,13,14,15 e 16 del 2012) che ha stabilito i confini di competenza tra diverse autorità indipendenti. In particolare, con sentenza dell'11 maggio 2012, n. 11, (le cui argomentazioni sono analoghe a quelle svolte in occasione delle pronunce successive citate) l'adunanza si è pronunciata in ordine ai confini di competenza di autorità per le garanzie nelle comunicazioni e autorità antitrust in materia di servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet. Applicando il *principio di specialità* sulla base del confronto tra settori coinvolti, il Consiglio di Stato ha affermato la competenza dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni a stabilire regole, vigilare e sanzionare chi violi le disposizioni concernenti la ricarica nei servizi di telefonia mobile, la trasparenza e la libertà di recesso dai contratti, con esclusione di una competenza concorrente della autorità per la concorrenza nel mercato. Tale conclusione è apparsa in linea con il principio del buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.: in questo modo si evita di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti, con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità, e si consente, inoltre, che si dettino indirizzi univoci al mercato, nel rispetto del principio di proporzionalità.

spetto alla *vision* del legislatore alla quale il Garante della *privacy* si è invece strettamente attenuto (cfr. la l. 190/2012, art. 1, c. 9, lett. f) e il d.l. 22/2013, art. 4 cc. 3 e 7, nonché il provvedimento del garante n. 49/2013)

Utili ai fini della prevenzione del contenzioso sono i protocolli di intesa raggiunti tra ANAC ed altre autorità indipendenti che si pongono quale obiettivo quello di disporre di una rete d'informazioni e di decisioni coerenti, nell'ambito di una visione sistemica (quasi "porta a porta") nelle varie materie regolamentate²¹.

10. Osservazioni finali

L'attività di regolazione, tra linee guida e segnalazioni, esercitata dall'autorità (nel suo *excursus* storico sopra lumeggiato) rappresentano dei veri e propri *driver* per gli enti locali e per gli operatori economici del settore.

Al fine di evitare che la regolazione sulla stessa materia da parte delle diverse autorità possa risultare confliggente, è fondamentale che sia mantenuto aperto un dialogo tra le diverse *authority* competenti, senza incidere sull'esercizio delle rispettive competenze.

Su tale solco si auspica la prosecuzione dell'attività istituzionale dell'attuale ANAC gemmata, si potrebbe dire, "come Minerva vestita di tutto punto dalla testa di Giove".

²¹ A titolo esemplificativo, e senza pretese di esaustività è possibile citare: il protocollo di intesa raggiunto tra ANAC e AGENAS; il protocollo di intesa per le attività di cooperazione relative ad "EXPO Milano 2015" tra ANAC e OCSE; il protocollo di intesa tra ANAC e SOGEI, ecc.

PARTE SECONDA

LEGITTIMAZIONE DELLE AUTORITÀ E SINDACATO GIURISDIZIONALE

GIAN CLAUDIO SPATTINI

«TIRANNIDE E SAGGEZZA».
REGOLAZIONE E PARTECIPAZIONE NELLE AUTORITÀ
DEI PUBBLICI SERVIZI: IL CASO DELL'AEEGSI

SOMMARIO: 1. «Tirannide e saggezza». Democrazia liberale («demarchia»?) e autorità amministrative indipendenti: una convivenza difficile ma necessaria nello Stato di diritto. – 2. Democrazia «deliberativa» *versus* oligarchia; partecipazione *versus* democrazia processuale. – 2.1. Critica dell'ideologia «bene comunista» e valorizzazione della «dicotomia pubblico/privato». – 3. *Segue*. Il «teorema di Coase». Servizi pubblici e «fallimenti» di Stato e mercato: la risposta regolatoria e la legittimazione politica. – 4. Il regolamento AEEG sulla partecipazione procedimentale ad atti generali: un caso paradigmatico? – 5. Ruolo del giudice amministrativo, oppure altro: art. 24 Cost., «giusto processo» e pluralismo degli ordinamenti. Quale «giustizia per i mercati»?

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

Sul finire del secolo XX si è fatto vivace il dibattito sulla natura della modernità¹: si pensi alle tesi di Fukuyama sulla «fine della storia e l'ultimo uomo» che rinviavano rispettivamente a Hegel (che già la imputava alla vittoria napoleonica di Jena del 1806) e Nietzsche². Ma di esso è stata indubbiamente pre-

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

² Cfr. F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press 1992 (tr. it. Milano, Rizzoli, 1996). Già in questa monografia l'Autore replicava ai critici del suo precedente articolo che citavano fatti storici a confutazione della tesi da lui sostenuta, opponendo una posizione filosofica (e non storiografica) appunto fondata sul pensiero del Kojève laddove evocava lo Stato omogeneo fondato sul mutuo riconoscimento dell'eguale libertà dei consociati, ovvero proprio la democrazia liberale come conseguibile meta ultima dell'umanità. Ma cfr. anche IDEM, *Prefazione*, in S.P. HUNTINGTON, *Political Order in Changing Societies*, Yale Univer-

corritrice la dottissima discussione tra Leo Strauss e Alexandre Kojève sulle caratteristiche e i limiti della democrazia liberale³, iniziata con la critica del secondo al celebre libro del primo, *La tirannide. Saggio sul «Gerone» di Senofonte* (del 1948), mediante uno scritto dal titolo certamente emblematico, *Tirannide e saggezza*, apparso quasi subito a commentarlo, pur con qualche successiva modifica editoriale⁴, nel 1950. Nell'esaminare il ruolo dell'«intervistatore» (così definibile per sottolineare le modalità insolite e modernissime in cui si svolge quel dialogo) del tiranno siracusano Gerone, il poeta Simonide, Strauss perviene alla conclusione che quest'ultimo in veste non di filosofo bensì di «saggio» (stadio culminante della filosofia: ovvero più Aristotele che Platone) aspira in realtà al governo facendosi a sua volta tiranno (ma deve precisarsi che in quel linguaggio tirannia equivarrebbe a «forma di governo»)⁵. Egli conclude dunque auspicando una netta separazione tra saggezza e tirannide (onde scongiurare l'infausta esperienza di quella moderna). Per Kojève (forse il maggior interprete novecentesco del pensiero di Hegel⁶), invece, il filosofo che aspira alla saggezza, proprio questo deve fare: non può né deve sot-

sity, 1968/2006, ed. it. a cura di F. Battezzar, Soveria Mannelli, Rubbettino 2012. Per una felice dimostrazione dell'inesistenza di un vero contrasto, anche alla luce di ulteriori drammatici eventi, tra la posizione (filosofica) di Fukuyama e quella (sociologica e politologica) di Huntington cfr. M. TESINI, *Quale Fukuyama? La fine della storia e l'11 settembre*, in *Democrazia e diritto*, 2002, n.2, «Guerre e conflitti», a cura di A. Cantaro, 61-97.

³ L. STRAUSS - A. KOJÈVE, *Sulla tirannide*, cit.

⁴ Cfr. *op. ult. cit.*, 151.

⁵ Per una rilettura recentissima delle tesi platoniche cfr. ora PLATONE, *Il governo dei filosofi* (*Repubblica VI*), a cura di F. Ferrari, Venezia, Marsilio 2014, 9-48. Nella *Replica sul «Gerone» di Senofonte*, Strauss si spinge ad affermare «non sarebbe difficile mostrare che ... la democrazia liberale o costituzionale si avvicina a ciò che i classici richiedono più di ogni altra forma di governo attuabile nella nostra epoca»: L. STRAUSS - A. KOJEVE, *Sulla tirannide*, cit., 214. Osservano però Gourevitch e Roth che per quanto sia «stato a volte detto che il governo misto di Aristotele si avvicina alla nostra democrazia liberale ... nessuno deriverebbe la democrazia liberale moderna dai principi di Aristotele (cfr. ad esempio *Politica*, III, 9, 8)», tanto che «tutti i tentativi di questo tipo finiscono o con un'ammissione di fallimento o con concessioni ai moderni – riguardo ad esempio ai diritti naturali, il repubblicanesimo commerciale o la tecnologia – decisamente rifiutate da Strauss»: *op. ult. cit.*, 29-30; appunto per una dimostrazione delle relazioni, invero assai complesse ma necessarie, tra ordinamento liberale e mercato cfr. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna, il Mulino 2004, in specie 63-117; ma fondante già F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960 (ed. it. a cura di L. Infantino, *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino 2007).

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

trarsi al dèmone della politica (quasi una confutazione anche di quello Schmitt, filosofo politologo e giurista⁷ che poco dopo, segnato a sua volta dall'esperienza della tirannide moderna, a proposito del ruolo ambiguo dei giuspubblicisti citava Macrobio⁸). Questione sì invero risalente, ma, come appena detto, sempre più urticante con l'affermarsi della modernità, qualunque e controverso significato sia ad essa attribuibile⁹, fino ad assumere toni di evidente interesse anche per l'attualità più incombente, laddove si discuta appunto del ruolo degli intellettuali (che siano filosofi o piuttosto giuristi, economisti, scienziati o finanche «tecnocrati») in politica¹⁰.

⁷ Ma per come si reputava: C. SCHMITT, *Un giurista davanti a sé stesso*, Vicenza, Neri Pozza 2005, 183.

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

⁹ Per un'interpretazione in senso culturale è ancor oggi valida la lettura di M. BERMAN, *All that is Solid Melts into Air. The Experience of Modernity*, New York, Simon & Schuster 1982 (tr. it., *L'esperienza della modernità*, Bologna, il Mulino 1985). In un senso più politologico e di filosofia politica non pare controvertibile l'attinenza della vicenda con la storia e il pensiero occidentale: cfr. R. KOSELLECK, *Kritik und Krise. Ein Beitrag zur Phatogenese der bürgerlichen Welt*, Freiburg-München, Verlag Karl Alber 1959 (ed. it. a cura di P. Schiera, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, il Mulino 1972); S.S. WOLIN, *Politics and Vision. Continuity and Innovation in Western Political Thought*, New York, Little Brown, 1960 (tr. it., Bologna, il Mulino 1996); L. HUNT, *Politics, Culture and Class in the French Revolution*, Berkeley, University of California Press 1984 (tr. it., *La Rivoluzione francese. Politica, cultura, classi sociali*, Bologna, il Mulino 1989); per una efficace narrazione di tale faticoso processo cfr. R. COBB, *Reactions to the French Revolution*, Oxford University Press, 1972 (tr. it., Milano, Adelphi 1990) e A.J. MAYER, *The Persistence of the Old Regime to the Great War*, Pantheon Books, 1981 (tr. it., *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale*, Roma-Bari, Laterza 1982). Un punto di vista originale si può leggere ora in M. OAKESHOTT, *The Politics of Faith & the Politics of Scepticism*, New Haven-London, Yale University Press 1996, T. Fuller editor (ed. it., a cura di A. Carrino, *La politica moderna tra scetticismo e fede*, Soveria Mannelli, Rubbettino 2013). Per un'analisi ampia della «modernità occidentale» in termini di evoluzione istituzionale nel secolo largo delle Rivoluzioni borghesi si veda E. ROTELLI, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, il Mulino 2005; per il precedente dibattito teorico cfr. M. STOLLEIS, *Staat und Staatsraison in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp 1990 (tr. it., *Stato e ragion di stato nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino 1998).

¹⁰ Cfr. A. LIPPI, *La politica degli intellettuali*, Acireale-Roma, Bonanno 2012; e per una chiarificatrice definizione della «tecnocrazia» in contrapposizione ad altre figure, in specie dei «tecnici», cfr. N. IRTI, *Del salire in politica. Il problema tecnocrazia*, Torino, Nino Aragno 2014. Ma le basi della discussione non possono che rinvenirsi già nelle celebri conferenze weberiane

In controluce a questo denso dibattito si può agevolmente leggere uno dei dilemmi della democrazia liberale (oltre a quello, altrettanto classico, consistente nell'individuazione dei confini tra potere pubblico e potere privato¹¹), ovvero il contrasto tra una interpretazione democratica di detta forma di governo fondata prevalentemente se non addirittura in via esclusiva sulla sovranità del popolo, e quella cd. «madisoniana» preoccupata invece di evitare la tirannide della maggioranza¹². In questo percorso parrebbe potersi iscrivere proprio il tema delle autorità amministrative indipendenti¹³, la cui legittimazione democratica sarebbe da rinvenire, piuttosto che nell'ordinaria procedura elettorale in tal caso assente, di volta in volta nella competenza tecnica¹⁴ (ancora «la saggezza»), oppure anche dal basso (la forza del mercato concorrenziale, inteso quale luogo di incontro paritario delle decisioni individuali¹⁵,

del 1919 e negli scritti di Bobbio: cfr. M. WEBER, *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*, Berlin, Duncker & Humblot (tr. it. di A. Giolitti e Nota introduttiva di D. Cantimori, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi 1966); N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, Einaudi 1955.

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

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

¹³ La letteratura giuridica e politologica sull'argomento è sterminata, come già riconosceva, qualificandola «pantagruelica», F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, il Mulino 2000, 18: ci si limita pertanto a indicare M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino 2005 e la raccolta curata da M. D'ALBERTI e A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino 2010; per i riflessi dell'attuale, non finita, crisi economico-finanziaria, si vedano invece A. PISANESCHI, *Dallo stato imprenditore allo stato regolatore e ritorno?*, Torino, Giappichelli 2009, G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, il Mulino 2009 e, più in generale, G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino 2012.

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

¹⁵ Secondo la nota definizione dell'ordine del mercato come «catallassi» di F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, 1982 (tr. it., Milano, il Saggiatore 1994), 314 ss. Per la

piuttosto che un mero aggravio procedurale secondo altre tesi, come si vedrà) o dall'alto (il sempre più pervasivo diritto comunitario, primario o derivato che sia¹⁶). In sostanza, si tratta di istituzioni tipiche di quella democrazia liberale frutto della storia e della cultura occidentale¹⁷, magari proprio nell'accezione hayekiana di «demarchia», intesa come una democrazia delle origini non ancora corrotta dall'abuso fattone dalle masse e/o dalle oligarchie mediante «la creazione di nuovi privilegi attraverso coalizioni e interessi organizzati»¹⁸ (a loro volta più che probabile causa del suo declino per molte nazioni che pure ad essa si ispiravano¹⁹), che è espressione della naturale evoluzione dello Stato di diritto (da ritenere pure sua necessaria premessa²⁰), e che, al di là di una loro pretesa neutralità nei confronti del potere politico²¹, sono anche volte a garantire i diritti di libertà economica in un mercato regolato ma non

classificazione della concorrenza come «procedura per la scoperta del nuovo» si veda anche dello stesso, *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, il Mulino 1988, 309 ss. Ritiene peraltro che quella *antitrust* sia una «legislazione che, conferendo generalmente poteri discrezionali a enti amministrativi, non può pienamente conciliarsi con i principi liberali classici»: *Liberalism*, 1978, tr. it., Roma, Ideazione 1996, 94.

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

¹⁷ Qui ritenuta l'unica «vera» forma di democrazia, come già asserito altrove. *Ex multis* cfr. per ora solo C. TILLY, *Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press 2007, tr. it., Bologna, il Mulino 2009. Ma ulteriori riferimenti *infra*.

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

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

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

²¹ Per una confutazione della legittimità costituzionale di estensione al caso italiano delle note tesi schmittiane della «neutralità» si veda però M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè 1994.

diretto²². D'altronde proprio per le caratteristiche appena dette esse sono inevitabilmente esposte ad una continua tensione con il contrapposto principio della sovranità popolare da cui la stessa democrazia liberale era scaturita e del quale possono costituire un opportuno limite²³, fondato appunto sulle competenze²⁴.

2. Democrazia «deliberativa» versus oligarchia; partecipazione versus democrazia processuale

In qual modo, se non scongiurare, almeno attenuare questa tensione (peraltro, come dianzi affermato, almeno a livello filosofico potenzialmente in condizione di essere interamente sciolta sulla base di una qui prospettata idonea concezione della democrazia liberale, che cioè non si risolva esclusivamente in competizioni elettorali per la copertura degli incarichi di governo, o indirettamente di amministrazione) è stato il compito che legislatori e scienziati sociali si sono assunti in questi anni, esplorando una varietà di rimedi. Il principale dei quali, posto da taluno l'assunto che la dinamica istituzionale delle autorità indipendenti apparterrebbe alla forma di governo oligarchica, sarebbe la cd. «democrazia deliberativa» («l'aggettivo inglese *deliberative* ... riferito alla democrazia, racchiude in sé il doppio significato di discutere e decidere»²⁵), che peraltro assume una certa varietà di forme non tutte tra loro compatibili pur nella condivisione della necessità di un cospicuo incremento della partecipazione popolare²⁶. In buona sostanza e riassuntivamente, al preteso

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

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

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

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

²⁶ Cfr. l'accurata ricognizione di G. PARIETTI, *La democrazia deliberativa. Una ricostruzione critica*, Roma, manifesto libri 2013. Ma si legga ancora quanto scrive S.P. HUNTINGTON, *op. e*

deficit di legittimazione democratica di dette Autorità accennato sopra si verrebbe a sopperire con estese figure partecipative²⁷, tanto in sede istruttoria dei procedimenti amministrativi di loro competenza (ma le tesi più radicali la prefigurano anche in generale per quelli legislativi: nel qual caso sarebbe lecito interrogarsi sul destino riservato alla democrazia rappresentativa²⁸, quand'anche quest'ultima possa pure ragionevolmente ritenersi in crisi²⁹) quanto, ciò che

loc. ult. cit., che «in condizioni normali il funzionamento di un sistema politico democratico richiede un pizzico di apatia e disimpegno da parte di alcuni individui e gruppi», altrimenti «si ripresenta il pericolo di “sovraccaricare” il sistema politico con domande che eccedono ampiamente le sue funzioni e ne minano l'autorità».

²⁷ Che la «partecipazione» si vada configurando da parte di vari attori e interpreti della società come un rimedio alle supposte carenze della democrazia liberale sembra ormai assodato. Cfr. G. PASQUINO, *Partiti, istituzioni, democrazie*, Bologna, il Mulino 2014, 125, il quale osserva: «Le controversie scientifiche e politiche per quel che attiene alle conseguenze della partecipazione sono aspre, numerose e annose ... Tanto numerose che sembrano riapparire in ogni generazione di studiosi cosicché dopo gli elitisti si sono avuti i neELITISTI, ma anche i neoconservatori, e dall'altra parte si alternano le riscoperte e le reinterpretazioni di Rousseau e le rielaborazioni della democrazia partecipata ... Quanto all'asprezza delle controversie, basterà sottolineare che i democratici radicali accusano gli elitisti, i neELITISTI e i neoconservatori di voler soffocare la democrazia nell'elogio della non partecipazione, e in sostanza di essere antidemocratici. I secondi replicano affermando l'impraticabilità della strada della democrazia radicale e sottolineando che quella strada può addirittura essere controproducente rispetto al fine e condurre a una democrazia manipolata». Rischi e difficoltà inevitabilmente maggiorati nel campo dei rapporti con la pubblica amministrazione: cfr. E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza 2003. In G. PASQUINO, *op. ult. cit.*, 303 ss., si legge poi un'ulteriore originale classificazione delle democrazie; ma qui, va ribadito, si sottoscrive pienamente la definizione, che si risolve unicamente in quella «liberale», contenuta in G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli 1993. Per una prospettiva affatto diversa cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza 2013.

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

²⁹ Cfr. ancora N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, Feltrinelli 2013; per un forte impulso a queste nuove forme in risposta ad una crisi pretesa e quasi invocata della democrazia liberale rappresentativa cfr., tra gli altri, Y. SINTOMER, *Le pouvoir au peuple. Juries citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, La Découverte

più conta, in sede appunto «deliberativa», ovvero di adozione di atti di natura provvedimentale (*decision making*) o generale, quand'anche o proprio per questo, aventi natura di attività di regolazione (*rule making* o addirittura *law making*)³⁰. Dunque, ad una presunta dequotazione del principio di legalità sostanziale si sopporrebbe con un esponenziale incremento di quella procedurale³¹, come si vedrà sia dal lato argomentativo (nel senso di un'ulteriore estensione dell'obbligo di motivazione) che da quello partecipativo: in queste peraltro controvertibili direzioni esplicitamente sembra addirittura muovere anche una parte della recente giurisprudenza amministrativa e in specie del nostro Consiglio di Stato³². In tale ultima veste, il fondamento democratico del potere autoritativo esercitato dalle *Authorities* non è più rinvenibile nel mero contraddittorio processuale³³ oppure (*rectius*) procedimentale, della parità delle armi nel mercato di riferimento³⁴, bensì, neppure ritenute evidentemente adeguate le altre fonti di legittimazione sopra indicate, nella più ampia possibile (e confusa) partecipazione ai meccanismi decisionali. Ma con il risultato, fra l'altro, che fra le conseguenze di questa eccessiva «legalità procedurale»³⁵ vi

2007, tr. it., Bari, Dedalo 2009 e, da un altro angolo visuale, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil 2006, tr. it., Roma, Castelvecchi 2012.

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

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

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

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

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

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

sono anzitutto quelle di provocare un aumento dei rischi di cattura del regolatore nonché di «ossificazione» delle regole³⁶ e di inevitabile tardività o finanche paralisi dell'attività decisoria³⁷.

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

Peraltro, non soddisfatti di questa soluzione (destinata a creare più problemi di quanti ne possa dipanare), alcuni «novatori» hanno di recente escogitato un'altra via di fuga dalla democrazia liberale (altrimenti qualificabile, si è visto sopra, come «madisoniana»), oggi indubbiamente alle prese con una pluralità di ragioni di crisi, dalla «modernità liquida»³⁸ alla globalizzazione (non solo economica bensì pure giuridica)³⁹ e ai suoi riflessi nella caduta della politica⁴⁰ e del parlamentarismo (quest'ultima invero come noto risalente⁴¹), tutte variamente aggravate dalla recessione economica di asserita origine finanziaria degli ultimi anni⁴². E dunque, con particolare riferimento al suppo-

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

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

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

³⁹ Tra la letteratura fin qui sterminata si rinvia solo a O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Muenchen, Beck Verlag, 1999, tr. it., Bologna, il Mulino 2007 e ai volumi di M.R. FERRARESE, da ultimo *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza 2006, e S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza 2003.

⁴⁰ Si veda sull'argomento da ultimo G. PRETEROSSÌ, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza 2011, dove si mette in luce la relazione tra crisi delle ideologie novecentesche, dominio della tecnica e riemersione della politica *sub specie* populista, anche in risposta a richieste di sicurezza individuale e collettiva agli albori del nuovo secolo prodotte dal disordine globale post '89 e dalla diffusione del terrorismo.

⁴¹ Cfr. M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, in ID., *Parlamento e governo e altri scritti politici*, Torino, Einaudi 1982; ma si veda anche C. SCHMITT, *Parlamentarisme et démocratie*, Paris, Seuil (*Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923/26, Duncker & Humblot 1985), tr. it., Lungro di Cosenza, Marco Editore 1998. E, come ricorda, invero non adesivamente, L. CANFORA, *L'uso politico dei paradigmi storici*, Roma-Bari, Laterza 2010, 65, nt. 20, «Treitschke definiva il suffragio universale "il premio dato all'ignoranza"».

⁴² Sulle risposte della politica cfr. F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli 2013 e sulla questione del debito sovrano e dell'euro,

sto conflitto tra Stato e mercato (tema che qui maggiormente rileva), si sarebbe inventata l'arma finale, ossia una sorta di ideologia «bene comunista» in alternativa a (o meglio in sostituzione di) quella che aveva subito le dure repliche della storia, ma in qualche caso non molto dissimile, ed in parte animata anche dal rifiuto della «tecnocrazia», in specie economica (per questo aspetto ricollegandosi a quelle teorie di cui sopra), oltre che da varie altre forme di negazione⁴³.

Secondo queste dottrine⁴⁴ (pure qui come nel caso precedente della democrazia deliberativa è rinvenibile una pluralità di posizioni non sempre integralmente compatibili⁴⁵) che si sono spinte a tentare di consolidarsi in una re-

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

⁴³ Per una sintesi paradigmatica cfr. S. LATOUCHE, *Jacques Ellul contre le totalitarisme technicien*, Editions le passager clandestin 2013, tr. it., Milano, Jaca Book 2014. «Negazionismo» che va dall'utopia della «decrescita», al rifiuto degli OGM per via di un'inusitata estensione del principio di precauzione, alla collegata sindrome NIMBY (cfr. G. NAPOLITANO, *La logica*, cit., 224), al pregiudizio antiscientifico, del quale ultimo è testimonianza perfino nella giurisprudenza amministrativa l'ordinanza del TAR Lazio, Sez. III *Quater*, del 4 dicembre 2012, «*Stamina Foundation Onlus/Ministero della Salute*». A quest'ultima specifica vicenda potrebbe aver messo un punto fermo il giudice delle leggi con la recentissima Corte Cost. n. 274 del 1 dicembre 2014 che ha dichiarato infondata la questione sollevata dal giudice rimettente (Trib. di Taranto in funzione di giudice del lavoro) relativamente al cd. «Decreto Balduzzi» (art. 2 d. l. 25 marzo 2013 n. 24, conv. con modif. nella l. 23 maggio 2013 n. 57) laddove non avrebbe consentito l'estensione della deroga ivi prevista a pazienti non ancora in trattamento al momento dell'entrata in vigore del decreto, per pretesa violazione degli artt. 2, 3, I comma, e 32, I comma, Cost. Ma specialmente rileva qui, ai fini del presente scritto, più che il caso concreto, la succinta ma fermissima motivazione in diritto al punto 6 della sentenza, dove si scrive che «questa Corte ha già affermato che decisioni nel merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non potrebbero nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, bensì dovrebbero prevedere "l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali e sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che a questi fini rivestono gli organi tecnico-scientifici" (sentenza n. 282 del 2002)» (corsivi nostri). Da cui emerge una sorta di garanzia costituzionale del «potere tecnico di valutazione» e conseguentemente di precisi limiti al suo sindacato giudiziale, come si è altrove sostenuto e qui ribadito.

⁴⁴ Se ne veda un tentativo di sintesi in U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza 2011.

⁴⁵ Come ampiamente e validamente dimostrato da E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, Laterza 2013.

visione codicistica, peraltro finora senza esito⁴⁶, sarebbe possibile ipotizzare l'esistenza di un'ulteriore categoria di beni, da interporre tra quelli di appartenenza pubblica e quelli di appartenenza privata, da intendere sottratti alla logica del mercato, del resto alla stessa stregua dei primi. Come appare evidente, siffatta teorizzazione, quand'anche fosse enucleabile con un accettabile margine di precisione, si presta a critiche e confutazioni pressoché insuperabili. Infatti, da un lato anche per la riscontrata varietà di posizioni⁴⁷, non si riesce a individuare con sufficiente chiarezza quali siano questi beni, a chi appartenga la loro titolarità, ed infine chi abbia titolo (più agevolmente tra i poteri pubblici, o magari spontaneamente dal basso, in tal caso dando luogo ad ulteriori problemi) ad individuarli⁴⁸. Dall'altro lato, se la previsione della categoria è finalizzata alla sua sottrazione alle logiche di mercato, non se ne vede la necessità, posto che se questo fosse lo scopo principale, come sembra, non si comprende la ragione né di doppiare la funzione tipica della demanialità, né di inventare nuove categorie generali laddove il legislatore ammette la fruizione collettiva di determinati beni con apposite normative di settore (si pensi ad es. ai beni culturali⁴⁹), o comunque ne predispone un'efficace regolazione amministrativa⁵⁰. Vero è che se secondo alcune voci dottrinali nel nostro sistema costituzionale non sembra emergere una sicura definizione del diritto di proprietà⁵¹, questa è però ricavabile comunque dall'ordinamento positivo, il

⁴⁶ Si allude qui all'esperimento, appunto fallito, di riscrittura dell'art. 819 del Cod. civ., mediante un disegno di legge che introduceva in quella sede la categoria dei «beni comuni», e la cui formulazione è imputabile alla Commissione sui Beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà: cfr. *Pol. dir.*, 2008, 537 e ss.

⁴⁷ Tanto per fare un esempio, Ugo Mattei e Stefano Rodotà non paiono del tutto in sintonia, collocandosi su posizioni più moderate il secondo: cfr. E. VITALE, *op. cit.*, 65 ss. Ma già in precedenza il Rodotà aveva affermato che «l'emersione del momento collettivo, in forme e con intensità nuove soprattutto per gli interessi non proprietari che in esso si esprimono, impone di rivedere anche l'estensione e i confini delle tradizionali aree pubblica e privata»: *La rinascita della questione proprietaria*, in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino 1990, 44.

⁴⁸ Come rileva con acuta acribia critica E. VITALE, *Contro i beni comuni*, cit.,

⁴⁹ Si veda G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in AA. VV., *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, a cura di A. Bartolini, D. Brunelli, G. Caforio, Jovene, Napoli 2014, 171 ss. e in Aedon. *Rivista di arti e diritto* on line, 1, 2014.

⁵⁰ Su questi aspetti si veda M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè 2004, dove pure notazioni critiche ad es. a proposito del regime giuridico dei beni patrimoniali indisponibili, *ivi*, 83 ss.

⁵¹ Su ciò cfr. ancora S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto*, cit., 273-421. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli 1997, 76-77, pur escludendo il diritto di proprietà «dai “diritti della persona” e quindi dai diritti inviolabili in senso stretto», ammette che possa essere considerato fra i «diritti inviolabili in senso ampio o derivato, cioè diritti fondamentali». Per una ri-

quale poi la disciplina nel codice e nelle leggi speciali sulla base del riconoscimento di proprietà pubbliche e private; e d'altronde né la reminiscenza di antichi «usi civici» (come il «legnatico» ...), né una giurisprudenza ancora acerba della nostra Suprema Corte⁵² o quella dei giudici di Strasburgo che pure ne offre un'interpretazione talmente lata da giungere fino alla tutela di potenzialità e aspettative⁵³, paiono in grado di demolire tale assunto. A tacere del fatto che, da un lato la richiamata giustiziana CEDU per altri versi intende proprio tutelare con la massima ampiezza la titolarità privata del «terribile» diritto, e d'altro lato che ben si possono opporre teorizzazioni che di quella privatezza fanno il volano dello sviluppo economico non meno della fondamentale garanzia della libertà, e dunque il fulcro della democrazia liberale⁵⁴. Non sussi-

costruzione ancora su basi tradizionali di tale istituto cfr. IDEM, *Proprietà (dir.cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 1 ss. La revisione critica in ambito pubblicistico va notoriamente ascritta al celebre studio di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, nn. 4-5, 1971, ora in *Scritti*, Vol. VI, 1970-1976, Milano, Giuffrè 2005, 187-245 (da cui si cita), il quale però chiarendo come, sulla base di una pari dignità di pubblico e privato, «il legislatore costituente abbia rinviato al legislatore ordinario, il quale potrebbe perciò introdurre o regolare in diversi modi la proprietà pubblica» (197), ha pure ribadito come avesse proposto «una soluzione molto concreta, per effetto della quale il diritto di proprietà privata, come diritto fondamentale, troverebbe una disciplina costituzionale indiretta, mediante l'indicazione di ciò che sarebbe rimesso alle leggi destinate a regolarne il riconoscimento e le garanzie; una soluzione che, del resto, è reperibile anche in enunciati relativi ad altri diritti fondamentali», ivi, 214. Occorre perciò rifarsi al diritto positivo, che non prevede *commons* ...

⁵² A tal proposito, come ulteriore sintomo di «populismo giudiziario» oltre a quello del Tar Lazio citato prima (ma a questa deriva ha forse messo un freno la Corte costituzionale nella sentenza citata sopra), si veda la sent. n. 3813, Cass. sez. un. civ., del 13 febbraio 2011, sulle «valli da pesca della laguna veneta», con la spericolata affermazione, premessa l'asserita assenza, confortata da certa dottrina, di una precisa definizione costituzionale, che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini», 18-19 (www.italgiure.giustizia.it/sncass/).

⁵³ Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo infatti godono della stessa tutela dell'art. 1 del Primo Protocollo non solo i beni attuali, materiali o immateriali, ma anche altre utilità (beni potenziali o finanche aspettative) legittime in quanto sorgenti da una situazione di fatto o di diritto, ma ciò non sembra comportare l'individuazione della nuova categoria dei beni comuni ... Sulla giurisprudenza CEDU cfr. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, Giuffrè 2006.

⁵⁴ Si vedano D.C. NORTH, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, Princeton University Press 2005, tr. it., Bologna, il Mulino 2006, 85; C.H. REICH, *The New Property*, 73 Yale Law Journal, 1964, 733-787, tr. it., Torino, Giappichelli 2014. Per il primo le regole formali che fissano «i diritti di proprietà che definiscono il possesso e l'uso» sono tra i

sterebbe perciò alcun valido motivo per abbandonare la classica distinzione pubblico/privato, che giustamente Bobbio qualificava come la «grande dicotomia»⁵⁵ e il cui venir meno è stato espressione di forme di Stato totalitario⁵⁶. Tanto più se fosse soltanto per ossequio ad una malcerta nonché malintesa ideologia le cui origini paiono radicarsi in premesse conservatrici se non addirittura reazionarie (e come tale da valutare criticamente e, in questo caso, rifiutare)⁵⁷.

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

A dirimere il potenziale conflitto tra Stato e mercato o meglio a organizzare la loro necessaria coabitazione⁵⁸ paiono indubbiamente maggiormente strutturate, piuttosto che questa appena descritta, altre teorie, come quella del

fattori che determinano «la performance economica», *loc. cit.*; per il secondo «la proprietà svolge la funzione di mantenere l'indipendenza, la dignità e il pluralismo nella società mediante la creazione di zone in cui la maggioranza deve cedere al proprietario» e dunque «le libertà civili devono avere una base nella proprietà ...», *op. cit.*, 72.

⁵⁵ N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam 1974, 2187-2200, ora in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza 2007, 122-138.

⁵⁶ Su ciò cfr. ancora GIAMPAOLO ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli 2010, 23.

⁵⁷ Non si può dubitare che il predetto coacervo dottrinale tragga ispirazione fondamentale dalla nota teoria anglosassone dei «commons», la cui versione più esauriente si trova in E. OSTRUM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press 1990, tr. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio 2006. Sotto l'influenza dell'«istituzionalismo» (à la North) nel darne un'interpretazione equilibrata «il libro di Elinor Ostrom è divenuto negli anni ... un vero e proprio classico dell'economia delle scelte collettive» (così G. VETRITTO e F. VELO, *Una lezione per le politiche pubbliche: il governo delle realtà sociali complesse tra «pubblico» e «privato»*, *ivi*, XXIX), senza che ciò consentisse di occultarne le aporie. Infatti è stato chiarito che storicamente «il bene comune in molti casi non era poi tanto comune in quanto i diritti consuetudinari di sfruttamento del bene (specialmente quelli più importanti dal punto di vista economico) costituivano appannaggio di una ristretta cerchia di privilegiati, tipicamente proprietari terrieri abbienti» (così C.A. RISTUCCIA, *Alla ricerca di un buon modello per l'uso delle risorse comuni. Una verifica storica fra Open Fields System, regole ampiezzane e partecipanze emiliane*, *ivi*, IX) e dunque una riproposizione in chiave di attualità di queste fraintese soluzioni vira inevitabilmente verso «una sorta di «nuovo medioevo del diritto»» (G. VETRITTO e F. VELO, *op. cit.*, XXXVII), con buona pace delle pretese «novatrici» ... Si deve rammentare che la Ostrom è stata insignita del cd. Nobel per l'economia nel 2009.

⁵⁸ Cfr. C. WOLF JR., *Mercato o Stato. Una scelta tra alternative imperfette*, Giuffrè, Milano 1995.

cd. «teorema di Coase» (in realtà così definito non dal suo Autore bensì da un altro «Nobel per l'economia»: George Stigler⁵⁹), secondo cui, detto in estrema sintesi, il contratto può essere in generale un meccanismo di esternalizzazione dei costi sociali che siano causati dall'attività produttiva più efficiente di quello della regolazione pubblica⁶⁰. Ma nella realtà economica effettiva (non in quella virtuale di mercati «a concorrenza perfetta»⁶¹), ciò non accade sempre,

⁵⁹ Cfr. G. STIGLER, *The Economists Traditional Theory of the Functions of the State*, in ID., *The Citizen and the State*, Chicago, Chicago University Press 1975, tr. it. in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, il Mulino 1994, 311 ss., dove si parla del «teorema» e dei suoi «sorprendenti corollari», *ivi*, 306.

⁶⁰ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, poi in ID., *The Firm, The Market and the Law*, Chicago, Chicago University Press 1988, tr. it., Bologna, il Mulino, 1995, 199-259. Peraltro l'inesistenza del «teorema» emerge evidente: «E' chiaro che il governo ha poteri che gli permetterebbero di ottenere che alcune cose siano fatte a un costo inferiore di quello che sopporterebbe un'organizzazione privata (o almeno un'organizzazione senza speciali poteri governativi). Ma la macchina amministrativa governativa non è di per sé a costo nullo. In certi casi, infatti, può essere estremamente costosa. Inoltre non c'è ragione per supporre che gli interventi di regolazione, fatti da un'amministrazione fallibile, soggetta a pressioni politiche e operante senza alcun controllo concorrenziale siano necessariamente sempre quelli che incrementano l'efficienza con cui opera il sistema economico. Inoltre, essi hanno carattere generale, devono applicarsi ad una ampia varietà di casi e verranno imposti anche in circostanze nelle quali sono palesemente inappropriati. Segue da queste considerazioni che la regolazione diretta del governo non darà necessariamente risultati migliori di quelli ottenuti lasciando che siano il mercato o l'impresa a risolvere il problema. Ma ugualmente, non c'è ragione perché, in certe occasioni, la regolazione governativa non debba portare a incrementi dell'efficienza del sistema economico», *ivi*, 221.

⁶¹ Per vero è dall'inizio degli anni '30 del secolo scorso che quella mitologia economica è stata messa in discussione: si pensi a J.V. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan 1933 e a E.H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, Harvard University Press 1932 (tr. it. della 7a ed. del 1960, Firenze, La Nuova Italia 1961), il quale però negava ogni coincidenza teorica: «E' un vero peccato che due teorie tanto diverse nella loro interpretazione dei fenomeni economici, come quella della signora Robinson e la mia, siano state identificate nell'opinione di molti, fino al punto di essere considerate diverse solo nella terminologia»; infatti «non si tratta quindi di sostituire un tipo di concorrenza con un altro – l'imperfetto a quello perfetto – lasciando a sé il monopolio; si tratta di abbattere la barriera che sta tra la concorrenza (perfetta o imperfetta) ed il monopolio e di fondere l'uno con l'altro, di costruire una teoria che le contenga ambedue senza però distruggere la differenza fra di esse. E' questa, in breve, la differenza di significato della teoria della concorrenza monopolistica rispetto a quella della concorrenza imperfetta» (ID., *Prefazione all'edizione italiana*, XII). D'altronde la studiosa inglese ha replicato: «non sono mai stata capace di afferrare la natura della distinzione tra concorrenza imperfetta e monopolistica alla quale Chamberlin dà così tanta importanza. Mi sembra che dove ci siamo occupati dello stesso problema, nei nostri rispettivi libri, e abbiamo fatto le stesse ipotesi, abbiamo raggiunto gli stessi risultati (esclusi gli errori e le omissioni). Quando abbiamo affrontato problemi diversi abbiamo naturalmente fatto ipotesi diverse. Per molti aspetti le ipotesi di Chamberlin erano più interessanti delle mie, in

contrariamente a quanto intendono far credere alcuni suoi epigoni: infatti la soluzione va verificata caso per caso, come in effetti lo stesso Ronald Coase adombrava, e non sempre quella di mercato si palesa come la più idonea; in tale evenienza anche gli indubbi rischi (e costi) regolatori possono essere affrontati con maggiore fortuna⁶². Un settore nel quale dette problematiche si manifestano con maggior vigore è proprio quello dei servizi di interesse economico generale (secondo la definizione, invero non priva di incertezze, che ne fornisce il diritto comunitario⁶³), sia nazionali che locali, e a cui si applica ormai in prevalenza il diritto dell'Unione. Infatti nel caso dei servizi a rete (spesso in condizione di monopolio naturale, almeno in parte), o in quello dei servizi locali per i quali molto spesso non è neppure identificabile un mercato rilevante, accertata la difficoltà o addirittura l'impossibilità di dare libero corso alla concorrenza, si cerca di simularla proprio con la regolazione (ed eventuale dissociazione della demanialità della rete dalla gestione) e/o prevedendo una concorrenza non «nel» mercato (che manca del tutto o è comunque insufficiente) ma «per» il mercato, ad es. con meccanismi di gare (secondo una teoria ormai notissima applicata in prima battuta alle privatizzazioni britanniche⁶⁴). Dunque ai fallimenti del mercato, non meno costosi di quelli dello Sta-

particolare quelle connesse all'oligopolio ...» (*Imperfect Competition Revisited*, in EJ, 63, 1953, 579-93, tr. it. *La «concorrenza imperfetta» in prospettiva*, in ID., *Occupazione, distribuzione e crescita*, Bologna. Il Mulino 1991, 29-47, ivi, 29, nt. 1).

⁶² O. WILLIAMSON, *Economic Organization*, Brighton, Wheatsheaf Books 1986, tr. it., *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, il Mulino 1991. Scrive infatti l'A. a proposito della «concessione in appalto di monopoli naturali» (un tipico settore, quello monopolistico, con diversi problemi contrattuali), che «quando i processi autonomi di mercato falliscono o potrebbero fallire – perché i contratti incompleti a lungo termine sono altamente rischiosi, e la contrattazione sequenziale a breve è indeterminata e/o distorta – le alternative alla contrattazione, una delle quali è la regolamentazione, meritano chiaramente di essere prese in considerazione», ivi, 391.

⁶³ Ma ad avviso di D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 14-15, dalle fonti «non emerge, e si comprende anche come forse non possa esistere, una definizione comunitaria dei SIEG che vada oltre una scarsa essenzialità, sostanzialmente senza indicazione di contenuti»; cfr. pure, *amplius*, G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè 2006. Per un quadro sinottico delle varie esperienze europee di fronte all'applicazione del diritto comunitario cfr. *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di E. Ferrari, Torino, Giappichelli 2007.

⁶⁴ Cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino 2012, 93 ss. «Tutto cominciò quando un oscuro professore di economia di una università inglese periferica in una prolusione accademica propose di riportare in Europa la Scuola di Vienna, trasmigrata negli Stati Uniti ai tempi dell'Anschluss, ma di farle fare un passo avanti applicandone le teorie sul mercato concorrenziale ad un oggetto apparentemente impossibile: i servizi

to, si risponde con la regolazione amministrativa del mercato liberalizzato da parte non di un potere pubblico in potenziale conflitto di interessi (se ancora proprietario: da cui la spinta alla privatizzazione, non sempre imposta ma generalmente indotta dal diritto comunitario) ma di autorità amministrative «più» imparziali (laddove non si accolga completamente la tesi della loro «neutralità») dell'amministrazione tradizionale⁶⁵. Ma la *regulation*, che, si deve rammentare, fu inventata negli USA ancor prima del *New Deal* e da questo rafforzata⁶⁶ con finalità quasi opposte alle nostre (limitazione di un mercato piuttosto che propedeuticità alla creazione e funzionamento concorrenziale dello stesso), e che in genere mostra un impianto (di tipo condizionale anziché finalistico)⁶⁷ non sempre compatibile con quello della regolamentazione classica (prevalentemente di derivazione governativa o comunque politica), incontra ancor più severi limiti nell'ambito dei servizi pubblici locali dove l'ondivago percorso del legislatore statale non incontra la ferma guida del diritto comunitario, e dove perciò finisce per emergere in tutta la sua consistenza istituzionale la legittimazione politica delle comunità locali (al di fuori, o quasi, di ogni regola di mercato concorrenziale: *in house providing*, società miste, gestione diretta⁶⁸) nell'erogazione dei servizi ai cittadini. E del resto la concorrenza, dove praticata non sempre ha dato buoni risultati (anche nel caso di servizi a rete nazionali: si pensi alla privatizzazione delle ferrovie inglesi), dal quale esito risorge il problema di detta responsabilità/legittimazione politica degli enti esponenziali degli interessi collettivi che potrebbe essere anche per questo motivo ritenuta prevalente⁶⁹. Problemi tutti variamente ancora

pubblici. Lo «schema» proposto da Littlechild è noto; è diventato così noto che quasi nessuno si chiede neanche più chi l'abbia formulato»: *ivi*, 94.

⁶⁵ Sul tasso di imparzialità, asseritamente diverso, ma in termini problematici, delle une e dell'altra, si leggano le considerazioni di V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 133 ss.

⁶⁶ Cfr. T. LOWI, *La scienza delle politiche*, il Mulino, Bologna 1999, 84 ss. Dai cui scritti proviene la locuzione «arene del potere» («distributiva», «regolatoria», «redistributiva»), 16 ss., e dove a proposito di quella «regolatoria», si osserva che, poiché in quel processo decisionale «i rapporti fra le leadership dei gruppi e al loro interno su uno o più punti di condizionamento del governo sono troppo instabili per formare una singola élite decisionale» allora esso «tende a passare dalle mani delle agenzie amministrative e delle commissioni parlamentari direttamente al Congresso, il luogo dove sono sempre state risolte le questioni più incerte», *ivi*, 27.

⁶⁷ Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *mercato concorrenza regole*, 2, 2002, 265 ss. che sottolinea che «c'è regolazione quando le classi politiche si spogliano di una parte dei loro poteri a favore di organi non eletti capaci di bloccare le scelte delle maggioranze elette», *ivi*, 266.

⁶⁸ Su questi aspetti cfr. l'efficace sintesi di M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 127-156.

⁶⁹ Per un approccio dubitativo nei confronti del modello di razionalità del mercato concor-

complicati nel nostro Paese da esiti di consultazioni referendarie discutibili, inadeguate risposte del legislatore (aggravate da un mai finito riordino delle amministrazioni locali) e da sentenze della Corte costituzionale di non agevole interpretazione⁷⁰. Da cui appunto la difficoltà di implementare detta regolazione (programmaticamente indifferente alle *issues* politico-elettorali) testimoniata dalla perdurante assenza di Autorità amministrative *ad hoc* e dalla limitatezza delle competenze in materia affidate a quelle esistenti: si pensi a quelle di fatto solo consultive affidate all'AGCM in materia di *in house providing*, o a quelle ancora di incerta estensione attribuite alla nuovissima Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), campo in cui oltretutto resiste l'infausto assetto costituzionale della riforma del Titolo V disposta dalla l. cost. 3/2001⁷¹.

renziale dei servizi pubblici esposto da Merusi cfr. G. PERICU, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale* e M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., rispettivamente 43 ss. e 127 ss.

⁷⁰ Conclude infatti M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, n. 3, 2012, 505-523, a proposito del discutibile referendum abrogativo del notissimo art. 23-bis e delle censure alla sua immediata sostanziale restaurazione da parte dell'incauto legislatore (art. 4, d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 sett. 2011 e succ. m. e i.) accolte dalla sent. 20 luglio 2012, n. 199, della Corte: «La concorrenza nei servizi pubblici locali non è più un tabù, certo. A due condizioni, però: che la concorrenza sia soltanto quella per il mercato (che lascia comunque il timone all'ente locale) e che sia sempre una scelta dell'ente titolare del servizio, non la regola voluta dal legislatore. *Est modus in rebus*», *ivi*, 522. Sulla pronuncia della Consulta cfr. T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'«instabilità» nazionale alla «deriva» europea*, in *Munus*, n. 2, 2012, 417-438. La dicotomia stabilità/instabilità fa qui riferimento a un celebre libro di Fabio Merusi del 1990.

⁷¹ L'Autorità prevista dall'art. 37 del d. l. 6 dic. 2011, n. 201 convertito con modificazioni nella l. 22 dic. 2011, n. 214 si è insediata a Torino solo il 17 sett. 2013 dopo la nomina del Collegio avvenuta con D. P. R. del 9 agosto 2013. In effetti l'art. 2 della legge istitutiva (dopo che l'art. 1 l'aveva ricondotta nell'alveo delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla l. 481/1995 e ne aveva affermato l'indipendenza e autonomia di valutazione) sembra averle conferito un'ampia gamma di poteri anche nei confronti dei relativi servizi locali, ulteriormente rafforzati dal d. l. 24 gen. 2012, n. 1, convertito con modificazioni (*more solito*) dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e succ. ulteriori integrazioni, recante specifiche misure per il trasporto ferroviario. Resta aperto il problema della compatibilità di dette disposizioni con la riserva di competenza legislativa regionale; autorevole dottrina si è chiesta se norme attributive di poteri regolatori al governo sicuramente incostituzionali non lo sarebbero per il solo fatto della traslazione di questi in capo ad autorità indipendenti: così M. DUGATO, *Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore*, Seminario di studi, Nomisma/Università di Bologna, *Efficienza della gestione ed accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale*, 21 ottobre 2014; la risposta potrebbe essere positiva laddove esistente una funzione di tutela della concorrenza che la ormai pacifica giurisprudenza costituzionale riconosce come esclusivamente statale, e in generale, anche al di fuori di questa ipotesi, proprio per il ruolo sistemico e altrimenti legittimato sopra accordato alle Autorità amministrative. L'ART si è poi dotata, in ossequio alla legge, il 16 gennaio 2014, di uno scarso *Regolamento per*

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

Delle tematiche appena descritte - dove si intrecciano questioni relative alla natura della regolazione tramite poteri indipendenti dalla politica, dimensione economica dei servizi pubblici⁷² e strumenti di rappresentanza «democratica» degli interessi di un mercato più o meno perfetto e non solo di esso - sembra poter assumere una veste paradigmatica, nella misura in cui tutte o quasi le riassume ed evidenzia, il caso della Deliberazione 30 ottobre 2009 - GOP 46/09, di «Approvazione della “Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità per l’energia e il gas”». Essa consta in realtà di due documenti entrambi di grande interesse, il primo è l’atto deliberativo vero e proprio (di ben 7 pagine) che dà conto minuziosamente ed estesamente delle ragioni del provvedimento e soprattutto del complesso iter consultativo dei soggetti interessati al provvedimento, il secondo il testo (di poco più di due pagine) del regolamento adottato all’esito di tale corposa procedura. Peraltro al di là delle pur ampie e argomentate motivazioni, in fatto e in diritto, portate a sostegno dell’adozione del provvedimento di che trattasi (in «conseguente abrogazione dell’art. 5 della deliberazione dell’Autorità n. 61/97»), la vera e impellente causa di esso pare più direttamente risiedere in una importante e discutibile pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato (7972/2006, seguita poi da altre nello stesso senso già citate sopra⁷³), in riforma di una sentenza del TAR Lombardia (Sez. IV, n. 402/2005) con il conseguente annullamento appunto di una deliberazione dell’AEEG (tra l’altro per insufficienza di motivazione e violazione del principio di proporzionalità⁷⁴).

lo svolgimento in prima attuazione dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell’autorità e per la partecipazione dei portatori di interesse, tanto per gli atti generali che per quelli provvedimentali.

⁷² Con l’avvertenza di D. SORACE, *op. cit.*, 11, della non coincidenza della concettualità comunitaria con quella tradizionale italiana e «che il significato della prima non è ancora stabilizzato ma ha comunque destabilizzato quello della seconda» ... Per una sintesi delle problematiche più frequenti in ambito nazionale cfr. ancora R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè 2008 (5a ed.).

⁷³ Sulla 1215/2010 cfr. I. PIAZZA, *Sui rapporti tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *FA-CDS*, 1/2011, 288 ss., non privo di accenti critici e S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2010, 947-954, con adesive considerazioni di sottolineatura del superamento dell’esclusione dell’obbligo di motivazione di tali atti da parte della dottrina, qui seguita dalla giurisprudenza, e sembra, dal legislatore per effetto dell’introduzione dell’AIR, pur rammentando il rischio «ossificazione».

⁷⁴ Sulla rilevanza in questa decisione del mancato rispetto integrale dell’obbligo di motivazione, in connessione con un inusitato ampliamento partecipativo, mette l’accento M. RAMAJO-

Occorre a questo punto dar conto del rilevante apparato argomentativo dei giudici di Palazzo Spada che è in grado come detto di protendersi ben oltre il caso specifico, benché su questo in prima battuta abbia impattato (si trattava della delibera 48/2004 con la quale «l'Autorità ha avviato, in materia di scambio dell'energia elettrica, il dispacciamento di merito economico per l'anno 2004, definendo altresì le connesse disposizioni in materia di adeguatezza della capacità produttiva del sistema elettrico nazionale»)⁷⁵. Facendo riferimento ad alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali (Cons. Stato, Sez. Sesta, n. 2007/2006 e n. 2201/2006, peraltro da ritenere innovativi rispetto ai consolidati precedenti⁷⁶) il giudice d'appello nel ritenere fondato il ricorso, ha opinato di approfondire «i presupposti su cui si fonda l'esercizio del potere regolatorio delle Autorità indipendenti, proprio con riferimento all'Autorità per l'energia e il gas». Ad avviso di detto alto consesso dunque sarebbe stato «evidenziato che ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla

LI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 206 ss.

⁷⁵ Del resto non vi è stato commento che non abbia messo in luce il rilievo sistemico della sentenza in questione: per una enfattizzazione di questi aspetti cfr. S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2007, 377-385; più in generale vede un nesso tra obbligo della motivazione e quello della valutazione di impatto della regolazione, con accenti di marcato assenso alla giurisprudenza di cui sopra, qui non condivisi, M. COCCONI, *La motivazione degli atti generali delle Autorità indipendenti e la qualità della regolazione*, Osservatorio dell'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, aprile 2011: ad avviso dell'Autrice infatti la rilevanza delle finalità dell'AIR costituirebbe «per la giurisprudenza amministrativa più recente, una ragione sufficiente per ritenere inapplicabile agli atti regolatori generali la deroga all'obbligo di motivazione contemplata dal secondo comma dell'art. 3 della legge sul procedimento» (6), il che è certamente vero ma non esime quella stessa giurisprudenza dal trovare un preciso fondamento normativo che non si riduca ad affermazioni tautologiche e di adesione a interpretazioni dottrinali discutibili (che giungono a ipotizzarne un'estensione agli atti normativi, *ivi*, 7-8), come invece è fin qui accaduto (e non valgono a tal proposito i richiami della dottrina citata a discipline comunitarie che attengono ad atti comunitari – art. 296 TFUE – o a «decisioni» delle Autorità impugnabili, tantomeno riferimenti a precedenti statunitensi, *ivi*, 17, 20, peraltro non presi in considerazione dalle sentenze).

⁷⁶ Cfr. M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 206 e nt. 46: come infatti aveva chiarito con nettezza e precisione giuridica Cons. di Stato, sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467, «dal momento che “nessuna norma di legge prevede che i provvedimenti debbano essere codecisi o comunque concertati con gli operatori del mercato”, il principio della partecipazione non può essere “dilatato al punto da imporre una sorta di formazione progressiva dell'atto, con un'acquisizione delle valutazioni degli interessati sui diversi e successivi passaggi della decisione, quasi che si trattasse di una misura sanzionatoria implicante la necessità di una contestazione in *eundo* onde garantire la piena corrispondenza tra quanto deciso con quanto contestato”».

partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art. 3 e 13 l. n. 241/90)⁷⁷. Pertanto «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale». E conclude nel senso di ritenere «che non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati nei settori regolati» sottolineando come la caduta della legalità sostanziale debba essere compensata con un rafforzamento della legalità procedurale (come esplicitamente sostenuto da autorevoli voci dottrinali che si sono anche fatte promotrici del modello del *notice and comment* in luogo del tradizionale *command and control* ...⁷⁸).

Non è chi non veda a questo punto la rilevanza sistemica di tali argomentazioni, le quali infatti sembrano accogliere specifiche interpretazioni della dottrina amministrativistica, si direbbe quasi filosofiche, del fenomeno delle *Authorities* piegando in tale direzione la soluzione del caso concreto. E ci si potrebbe chiedere se questa e le altre decisioni della medesima sezione che l'hanno seguita, non vadano a configurare un ulteriore caso di «populismo giudiziario», oltre quelli menzionati prima (a tacer della giustizia penale)⁷⁹,

⁷⁷ Ma si veda E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa, Edizioni ETS 2010, 337, il quale, avvalorando detta tendenza, parla a proposito del superamento dell'art. 13 di «un'autentica perdita di attualità, in virtù del mutato quadro normativo di riferimento»; ma anche qui non si vede quale esso sia, quanto meno in termini generali, se non attuato mediante specifiche disposizioni.

⁷⁸ Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 671 ss. Ma già S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA. VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, Giappichelli 1999, 37-42, approvava la cd. «*Negotiated Rule-making*» o «*Regulatory negotiation*», 40; procedura giustamente contrastata da M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 210 ss., insieme all'«*adversarial system*» di cui è pure espressione come di un ordinamento giuridico non assimilabile a quello europeo, e comunque sottoposto ad una fondata revisione critica anche dove è stato in origine implementato.

⁷⁹ Si rammentano l'ordinanza del TAR Lazio sulla vicenda *Stamina Foundation* e le Sezioni unite civili sulle Valli da pesca della laguna veneta, citate sopra; per l'infelicitissima situazione della giustizia penale basti citare il caso dell'Ilva di Taranto; ma si pensi anche all'uso distorto

laddove codesti meccanismi ultra partecipativi non finiscano per doppiare le rinnovate ingerenze della politica (questa volta invece dal basso, oltre che più normalmente dall'alto) nei confronti delle *Authorities* (come più in generale dei «poteri tecnici»), mettendone perciò a rischio l'indipendenza⁸⁰. In specie non paiono condivisibili affermazioni che alludono ad una sorta di *fourth branch* (sulla scorta delle consuete suggestioni provenienti dagli USA) in deroga al principio di separazione dei poteri (al di là dell'ulteriore questione, qui in disparte, dell'esistenza di «poteri impliciti» e del loro ambiguo rapporto con quello di legalità, pure sulla scia di celebri precedenti statunitensi⁸¹), quando invece esse sono sicura espressione di una potestà amministrativa e solo di essa⁸². Non si possono trarre da norme che si occupano solo di determinate Autorità, specificamente enumerate (dalla legge sulla tutela del risparmio del 2005, peraltro in questa pronuncia neppure menzionata), conseguenze generali che le mettono in un unico contenitore rinnegando le singole specificità e neppure evocare un principio del «giusto procedimento» inteso in senso assai largo e così non esplicitamente costituzionalizzato⁸³ al contrario di quello

sempre più spesso invalso a cavallo delle varie giurisdizioni del cd. «principio di precauzione» che gli scienziati italiani hanno bollato come una vera «truffa»: cfr. l'*Appello. Ogm: la scienza non è divisa*, in *IlSole24Ore*, 16 ottobre 2014, 30.

⁸⁰ Su queste rischiose tendenze di inframmettenza, ancora prevalentemente governativa e parlamentare, si veda M. CLARICH, *op. cit.*, 23, il quale constatava che non deve «stupire se, superata la tempesta, la classe politica, come i giunchi, ha risollevato poco a poco la testa, cercando di recuperare la posizione di centralità che le compete comunque in un ordinamento fondato sui principi della democrazia rappresentativa» (ma non esclusivamente su di essi, si è qui sostenuto); per G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *op. cit.*, 34, inoltre, per effetto della crisi finanziaria del 2007, «il protagonismo degli organi di indirizzo politico finisce per investire i mercati liberalizzati dove più fortemente si erano manifestate le ragioni di una regolazione affidata alle cure di autorità pienamente indipendenti».

⁸¹ Cfr. il fondamentale saggio di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 703-777, che, anche per le Autorità indipendenti, li ritiene comunque subordinati ad esso.

⁸² Cfr. ancora G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2001, 164-255; ma cfr. anche E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse generale e regolatori indipendenti*, in *La regolazione*, cit., 75-91, dove una discutibile contrapposizione tra potere amministrativo e indipendenza dagli apparati di governo, *ivi*, 86, nel senso invece che poteri discrezionali, se presenti e ovviamente laddove attribuiti dalla legge, non sono incompatibili con l'indipendenza nei confronti della politica, il che rende comunque censurabile la permanenza in capo ad essa di «poteri di indirizzo»; per un'efficace dimostrazione dell'inesistenza della cd. «paragiurisdizionalità» delle *authorities* si veda da ultimo S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, Giappichelli, 2013, 15 ss., che parla di «incerta e indefinita categoria».

⁸³ Questione codesta invero assai risalente se si fa mente ai numerosi studi di Benvenuti sul rapporto fra procedimento amministrativo e processo e cui si rinvia (F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, 5 voll., Milano, Vita & Pensiero 2006). La giurisprudenza del giudice delle leggi sembra

del «giusto processo»⁸⁴, che deve essere invece ritenuto il presidio effettivo, necessario e sufficiente, delle garanzie dei privati nei confronti dei provvedimenti autoritativi, siano essi di natura provvedimentale o generale. In sostanza, il principio del contraddittorio paritario procedimentale (senza le problematiche esorbitanze di «democrazia partecipativa» che gli si vogliono annettere), appare adeguato fondamento della legittimazione democratica delle Autorità in questione (come, deve ribadirsi, di tutti quegli altri «poteri tecnici» espressamente previsti dall'ordinamento giuridico) senza scomodare controverse teorizzazioni dottrinali. Orbene, proprio in questa direzione si è invece mossa l'AEEG con la nuova Deliberazione, dove, addirittura, al sesto «Considerato» si sostiene che «appare opportuno in particolare adottare una compiuta e più articolata disciplina della consultazione in quanto essa costituisce un importante strumento di *democrazia deliberativa* [corsivo nostro], di trasparenza e di qualità della regolazione»⁸⁵. Con il che si vanno a prefigurare appunto quegli scenari sopra criticati, configurando probabilmente un nuovo e non condivisibile paradigma in materia.

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

Assume perciò in base a quanto fin qui sostenuto una speciale rilevanza il ruolo del controllo giurisdizionale (sempre più ampio e incisivo⁸⁶) sugli atti, a

però chiarita tutto sommato adeguatamente dalla sent. 104/2007 (redatta da Sabino Cassese), che riconduce il principio del «giusto procedimento» - dopo le modifiche alla l. 241 del 1990 introdotte dalla l. 15/2005 in punto di comunicazione dell'avvio del procedimento - ai principi costituzionali formali dell'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.; da ciò non pare ricavarsi la conseguenza della garanzia costituzionale di un allargamento della partecipazione ad una supposta «democrazia deliberativa». Per una possibile e ancora incerta ipostatizzazione a livello non solo comunitario del principio in discussione cfr. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino 2009.

⁸⁴ Sul «contraddittorio paritario» e sul «giusto processo» sia consentito di rinviare sinteticamente ai numerosi scritti di Fabio Merusi. Cfr. però da ultimo anche M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2013, 100-146.

⁸⁵ Passo che mette in connessione, illustrata da dottrine sopra citate, la qualità della regolazione con uno specifico asserito meccanismo democratico, di cui però, si ribadisce, non v'è traccia nel nostro ordinamento, per quanto sia in crisi la democrazia liberale: cfr. E. FREDIANI, *op. cit.*, il quale in un'ampissima analisi mette in relazione le «nuove frontiere» della partecipazione con le varie crisi, normative e di sovranità statale, che affliggono lo Stato di diritto, trattando in specie la vicenda AEEG di cui sopra, *ivi*, 173 ss., 331 ss. e spec. 345 ss.

⁸⁶ Cfr. *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Giappichelli, Torino 2006.

questo punto in specie generali o comunque di regolazione, delle Autorità indipendenti, proprio al fine di fondarne una legittimazione democratica, come visto sovente da una parte della dottrina (e della giurisprudenza) revocata in dubbio. Del resto, con il riferimento esplicito al «giusto processo» dell'art. 111 Cost. nel Codice del processo amministrativo sembra avviata a conclusione la sua contrastata «civilizzazione»⁸⁷, nel senso però solo del compimento di un pieno contraddittorio fra le parti nel giudizio esauendo così, dopo anche una necessaria e adeguata istruttoria procedimentale con ampia ma non ridondante partecipazione dei privati, le esigenze di garanzia dei soggetti operanti nei (o interessati ai) mercati regolati. Partecipazione che, si deve ribadire, qui non si nega in radice, neppure per i procedimenti regolatori, ma che si vuole ricondurre ad una fisiologia lontana dalle ricostruzioni forzate di certa dottrina e giurisprudenza ...

Come non si può e vuole negare l'esistenza del «giusto procedimento» come principio (forse) generale del diritto amministrativo, e si vuol solo sostenere che esso non appare sorretto da garanzie costituzionali autonome e ulteriori rispetto a quelle ricavabili dall'art. 97, Cost., tali, in siffatto eccessivo allargamento della partecipazione, da imporsi alle guarentigie, costituzionali implicite (ex art. 117, Cost.) e comunitarie esplicite, assicurate all'indipendenza delle Autorità di regolazione, comunque sottoposte al principio di legalità (quello sì immanente e di rango costituzionale in quanto aspetto essenziale della separazione dei poteri)⁸⁸. Da cui appunto l'affermata centralità

⁸⁷ Si veda M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, ESI 2006, 506-595, il quale peraltro giustamente osserva «come la comparazione con il processo civile, oltre ad essere uno strumento ambiguo al fine di sindacare la legittimità costituzionale delle norme sul processo amministrativo, non appaia comunque uno strumento rispettoso dell'autonomia riconosciuta dalla Costituzione a questo processo (per quanto la sua disciplina operi numerosi rinvii al codice di procedura civile), nemmeno in realtà quando la comparazione dia esito negativo e il giudizio di costituzionalità si risolva nell'affermazione della diversità tra le situazioni sostanziali e processuali relative al processo amministrativo e quelle relative al processo civile», *ivi*, 590. Da questo punto di vista non sembra che le parziali innovazioni del CPA possano mutare troppo la situazione: cfr. la recente vasta rassegna di G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale Scientifica 2013.

⁸⁸ A sostegno di una certa qual costituzionalizzazione cfr. A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna – F. Saitta, Milano, Giuffrè 2012, 509 ss., che cita il noto precedente della sentenza 13/1962 commentata da Vezio Crisafulli, ma né il tenore letterale di essa né gli sviluppi successivi paiono legittimare tale conclusione: si veda la sentenza del 2007 citata sopra. Inoltre potrebbe non essere un caso che in quel ricco volume non sia annoverato fra i «principi più generali del diritto amministrativo»,

della natura e dei limiti (generalmente ammessi) di tale decisività della verifica giudiziale sulla correttezza dell'esercizio delle funzioni attribuite dalla legge alle Autorità (esplicitamente, oppure a certe condizioni anche implicitamente) esplicantesi in loro provvedimenti puntuali e/o regolatori.

Altrove si è già sostenuto che la tecnicità delle decisioni delle Autorità amministrative indipendenti non sembra consentire un sindacato diverso da quelli previsti dalla legge e dunque prevalentemente di legittimità⁸⁹, ciò però non inficiando per nulla il conseguimento del risultato atteso dal ricorrente, e non si ha qui motivo di mutar opinione. Altra questione, ma in parte collegata, è quella se si debba dar corso alla tendenza sempre più emergente fra dette Autorità, in specie di regolazione, a disciplinare, avvalendosi di una propria autonomia normativa/organizzativa, forme alternative di risoluzione dei conflitti tra operatori del mercato regolato e tra essi e il regolatore (*alternative dispute resolutions, ADR*), vicenda di cui dà conto una recente ricostruzione assai ampia e analitica⁹⁰. Affiora qui l'ulteriore tentativo di aggirare in qualche

diversamente da quelli di legalità, imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza, merito, legittimo affidamento, responsabilità, giustiziabilità dell'azione amministrativa (su cui si vedano rispettivamente i contributi di A. Bartolini e A. Pioggia, F. Vetrò, M. Spasiano, M. Occhiena, B.G. Mattarella, M.T.P. Caputi Jambrenghi, A. Police, F. Saitta, *ivi*, 79-256). Per gli aspetti comunitari cfr. A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, Cedam 2009. Per un tentativo originale di ricostruzione a livello globale del principio di legalità cfr. G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, il Mulino 2012.

⁸⁹ Lo stesso c. p. a. prevede casi di giurisdizione esclusiva estesa anche al merito, come quello delle sanzioni amministrative. Su di esse si vedano i contributi in *Giur. Comm.*, 2/2013, di: R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti*, 340-357; M. CLARICH e L. ZANETTINI, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, 358-386; G. BRUZZONE, M. BOCCACCIO e A. SAIJA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti nella prospettiva europea*, 387-407. Ma sull'attribuzione al g. a. di detta comprensiva giurisdizione si veda ora Corte cost., n. 94 del 2014, a proposito delle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, restituite da questa sentenza alla Corte d'Appello di Roma. Per una rivendicazione della tassatività delle fattispecie ex art. 134 sia consentito rinviare a G.C. SPATTINI, *Ancora una ingiustizia amministrativa nei confronti della discrezionalità tecnica? Brevi considerazioni su Autorità indipendenti, separazione dei poteri e giusto processo*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, «Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi», a cura di E. Catelani, A. Fioritto e A. Massera, Napoli, Editoriale Scientifica 2011, 101-114. Sulla questione se essa vi sia nel caso dell'annullamento dell'aggiudicazione e conseguente inefficacia del contratto (art. 121 e ss.) risponde negativamente, sia pure con soluzioni non persuasive, anche G. MARI, *op. cit.*, 534 ss.

⁹⁰ Cfr. S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., con un ampio spazio dedicato proprio alle procedure di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, *ivi*, 82-115; cfr. anche L. GIANI, *Gli strumenti di giustizia alternativa*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli 2013, 655 ss., la quale ne sottolinea il rilievo assunto nell'ambito delle procedure comunitarie, 656 ss.

misura la funzione della giustizia amministrativa, laddove queste misure procedurali contenziose (si badi bene, lo si deve ribadire, non «paragiurisdizionali») aspirano a sostituirla. Codesta soluzione, per quanto acutamente argomentata, non può però condividersi per l'esistenza dell'insormontabile ostacolo rappresentato dall'art. 24 Cost.⁹¹, né a giustificazione di un diverso esito potrebbe invocarsi un pluralismo degli ordinamenti giuridici appartenente ormai ad un altro contesto storico⁹² e non più replicabile neppure sotto i cieli del pur invasivo diritto comunitario anche derivato⁹³, facendo assurgere il mercato ad organismo indipendente quando è invece istituzione del capitalismo alle altre correlate⁹⁴.

Dunque, per concludere, non si crede che possano esistere altre vie - certo non quella di una partecipazione esasperata diretta a sostituire un supposto «deficit» democratico, piuttosto che l'altra di una legalità procedurale da affermare in luogo di un'asserita «dequotata» legalità sostanziale⁹⁵ - per garanti-

⁹¹ Non è qui possibile citare la sterminata letteratura in proposito, si segnalano soltanto, in generale per la granitica resilienza del diritto al «giusto» processo, L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli 2004 e per gli aspetti più spiccatamente amministrativistici i contributi di Franco Gaetano Scoica in *Giustizia amministrativa*, cit., e ivi bibliografia.

⁹² Cfr. G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino 2007, dove una completa ricostruzione del dibattito storico-giuridico; ma del medesimo Autore vedi anche *Ordinamento statale e ordinamento sportivo. Tra pluralismo giuridico e diritto globale*, in *Dir. Amm.*, 3/2012, 299-327, nel quale si rammenta che per concorde opinione della dottrina, se «vero è che l'art. 2 della Carta fondamentale, con una significativa discontinuità rispetto alle costituzioni dell'età liberale, sancisce il principio pluralistico, e quindi garantisce e tutela le formazioni sociali; è però altrettanto vero che in questa disposizione le formazioni sociali non vengono tutelate per un qualche valore a esse intrinseco, ma piuttosto, perché sono funzionali alla tutela dei diritti inviolabili del singolo», *ivi*, 300.

⁹³ Come nel caso della proprietà pure qui emerge la rilevanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, questa volta tramite il diritto ad un «equo processo». Peraltro, bene argomenta M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica 2012, 147 ss., da un lato «anche dal punto di vista della CEDU, le garanzie procedurali potrebbero essere in se stesse soddisfattive, ove realizzate pienamente», dall'altro lato «la prospettiva CEDU è perfettamente compatibile con i principi costituzionali interni e, in particolare, con l'art. 24 ... e con l'art. 113 ...», e ancora osserva che la tesi dottrinale sulla natura paragiurisdizionale delle autorità, fondata sulla configurazione arbitraria dei loro poteri appartiene ad una prospettiva «che è estranea alla logica della CEDU: quest'ultima, infatti, focalizza l'attenzione innanzitutto sul profilo, funzionale, dell'effetto del potere esercitato».

⁹⁴ Secondo l'ormai noto insegnamento di D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press 1990, tr. it., Bologna, il Mulino 1994, non a caso ritenuto uno degli ispiratori, insieme alla scuola della «Public Choice», della teoria «istituzionalista».

⁹⁵ D'altra parte si deve rammentare che non sono mancate affatto voci dottrinali che riten-

re la giustizia nei mercati e la democraticità, nell'accezione «madisoniana» del concetto, delle Autorità indipendenti che li regolano, diverse da una riserva legislativa di competenza (ancora la «saggezza» ...), deliberata dalle istituzioni sovrane della democrazia rappresentativa titolari esclusive della relativa potestà, con il contemperamento di un efficace controllo giurisdizionale (da parte di veri giudici), sintetizzabile nella formulazione codicistica di un «giusto processo amministrativo» che faccia però salva la legittimità dei «poteri tecnici»⁹⁶. Ovviamente appunto, e di nuovo, nei limiti e nelle forme del principio di legalità espressione della separazione dei poteri insita nella Costituzione repubblicana⁹⁷. Principi tutti, quelli sopra richiamati, nessuno escluso, posti a fondamento di quello Stato di diritto e di quella democrazia liberale/constituzionale (comprensiva delle Autorità amministrative indipendenti) che sono indubbio patrimonio comune dell'Europa⁹⁸, e potenzialmente messi a rischio dalle strambe «idee dei novatori»⁹⁹ ...

gono dette soluzioni inidonee a colmare quei pretesi vuoti: cfr. G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè 2006, 80 ss., 94.

⁹⁶ Quanto possa risultare decisiva una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dal punto di vista sistematico con riguardo al fondamento dei poteri anche normativi delle Autorità indipendenti si può desumere anche dall'importante scritto di M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore on line*, in corso di pubblicazione in *Rivista AIDA*, 2014 (Atti del Convegno AIDA su "L'enforcement amministrativo dei diritti d'autore ed il regolamento Agcom", Milano 16 maggio 2014), dove si prefigura l'ipotesi (nel caso di specie invero assai criticabile e perciò messa in dubbio considerato lo spessore dei diritti fondamentali in gioco), della funzione legittimante di una *full jurisdiction* in carenza di esplicita attribuzione di potestà normativa.

⁹⁷ Che si debba necessariamente «tenere insieme il principio di legalità con la divisione dei poteri» è l'assunto, qui pienamente condiviso, di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna 2007, 10, e ss.

⁹⁸ Su ciò si veda il densissimo volumetto di A. VON BOGDANDY, *Principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica 2011.

⁹⁹ G. VERDI, *Don Carlo*, Atto IV, Scena I.

LUCIA MUSSELLI

REGOLAZIONE TARIFFARIA DEI SERVIZI IDRICI
E PRIME PRONUNCE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’evoluzione della normativa in materia tariffaria. – 3. Il metodo tariffario. – 4. Le prime pronunce del giudice amministrativo. – 5. Qualche prima conclusione.

1. *Introduzione*

Il settore dei servizi idrici è stato al centro, in questi ultimi anni, di un dibattito dai toni accesamente ideologici che si è sostanzialmente polarizzato attorno alla questione dell’acqua come “bene comune” finendo per assorbire, entro tale profilo, quasi ogni aspetto, anche a carattere tecnico-giuridico, relativo alle tipologie di gestione del servizio idrico integrato ed alla regolazione tariffaria¹. Si è già avuto modo di osservare come una tale impostazione abbia finito per creare ambiguità e confusioni, anche nella corretta percezione da parte degli elettori dei contenuti del quesito referendario del giugno 2011 divenuto, nella vulgata comune, il referendum “contro” la privatizzazione dell’acqua, che avrebbe scongiurato il rischio dell’affermarsi nel settore di logiche di mero profitto².

L’ambito dei servizi idrici, inoltre è stato oggetto di interventi normativi, succedutosi a brevissima distanza di tempo l’uno dall’altro, che in nome di esigenze diverse, anche di *spending review*³, hanno determinato un quadro

¹ Sintetizza bene tale impostazione F. CLEMENTI in *Contro il “benicomunismo” e la sua retorica*, in Europa, 2013. Sul punto, per gli esiti negativi di tale impostazione, con riferimento al settore idrico vd. da ultimo, A. MASSARUTTO, *L’acqua alla prova del fuoco*, in *Lavoce.info*, gennaio 2014 e, in questo stesso volume, F. MERUSI, *Note conclusive*, 317 ss.

² Cfr. L. MUSSELLI, *I servizi idrici dopo il referendum: prime considerazioni*, in www.federalismi.it, 2011 a cui si rinvia anche per la bibliografia in materia. Sul punto vd. inoltre F. BASSANINI, *L’acqua che non è acqua: ovvero l’abuso di un istituto democratico (i referendum)*, in www.firstonline.info, 10 giugno 2011 e S. SILEONI, C. STAGNARO, *L’inganno referendario - Perché i quesiti sull’acqua cambiano poco ma peggiorano tutto*, IBL Briefing Paper, 102/2011.

³ Per il rapporto tra contenimento della spesa e scelta dei modelli organizzativi vd. le interessanti riflessioni di V. PARISIO, *Gestione di servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro Amm.*, 2013, 385 ss.

piuttosto confuso ed incerto, con particolare riferimento ai profili di *governance*.

Risulta evidente, e la cosa è stata ampiamente sottolineata in dottrina, come tale instabilità normativa appaia particolarmente negativa sotto il profilo del reperimento dei finanziamenti che richiedono come preconditione necessaria una (al momento mancante) certezza ed adeguatezza del quadro normativo e regolatorio⁴.

In questo scritto si vuole concentrare l'attenzione su un aspetto specifico della questione e cioè quello relativo ai profili giuridici della regolazione tariffaria dei servizi idrici, a seguito del trasferimento delle relative competenze in capo all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG), divenuta ora Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (AEEGSI).

Com'è stato di recente sottolineato la tariffa, identificando le condizioni per la gestione economica di un servizio che presenta caratteristiche "singolari"⁵, assume un valore centrale nei servizi idrici rappresentando «un punto di equilibrio tra esigenze diverse alle quali è attribuito rilievo, in un dato momento, ai fini della gestione del servizio»⁶. Svolgeremo dunque alcune prime riflessioni sul punto, ripercorrendo in estrema sintesi l'evoluzione normativa della materia tariffaria e soffermandoci su alcune prime pronunce del giudice amministrativo intervenute in materia.

2. L'evoluzione della normativa in materia tariffaria

La regolazione tariffaria del settore idrico è stata oggetto, in questi ultimi

⁴ Sul punto vd. le lucide riflessioni contenute nell'intervento di A. TONETTI al convegno *La nuova regolazione del servizio idrico*, Genova, 18 gennaio 2013, consultabile in www.astrid-online.it ed ampiamente il primo rapporto di Astrid, *La regolazione dei servizi idrici*, a cura di M.R. MAZZOLA, Roma, Aprile, 2013 ove vengono fornite anche alcune indicazioni operative per migliorare il quadro istituzionale e regolatorio. In merito all'evoluzione delle forme gestorie cfr. M. A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www.federalismi.it, 4/2011 e V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione europea* in V. PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, Giuffrè, 2010, 107 ss.

⁵ La singolarità del servizio deriverebbe sia dalle caratteristiche intrinseche del bene acqua, sia dal fatto che il suo utilizzo risulta rivolto al soddisfacimento di esigenze essenziali delle persone; vd. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 127. Per un esame approfondito delle diverse implicazioni giuridiche conseguenti all'identificazione dell'acqua come "risorsa" cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità: la risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁶ Sul punto vd. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit. pp. 126-127.

anni, di significativi mutamenti, sia con riferimento agli attori coinvolti, che al contenuto della regolazione. Per sintetizzare quanto avvenuto si può dire che si è assistito al passaggio da una regolazione di tipo “contrattuale”, ove il governo giocava un ruolo fondamentale nella determinazione delle componenti della tariffa che veniva poi ad essere adottata dalle Autorità di Ambito Territoriale Ottimale (AATO) ed applicata dai gestori, ad un modello di regolazione “indipendente”, ove un ruolo centrale viene invece ad essere svolto dall’Autorità per l’energia elettrica ed il gas⁷. In particolare, con l’art. 21 c. 19 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, c.d. decreto salva Italia, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, sono state trasferite all’AEEG “le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici” in precedenza spettanti alla neoistituita Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua⁸. Le funzioni trasferite “vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all’Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995 n. 481”. La precisa individuazione delle ulteriori funzioni spettanti in capo all’Autorità viene poi ad essere disciplinata, in attuazione dell’art. 21, comma 19, del decreto legge n. 201/2011, da un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri recante «Individuazione delle funzioni dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell’art. 21 comma 19, del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214»⁹.

Sempre con riferimento ai soggetti, l’art. 2 c. 186 bis della l. 191/2009 (legge finanziaria 2010) ha soppresso le Autorità di Ambito Territoriale Ottimale previste dalla legge Galli, demandando alle Regioni il compito di attri-

⁷ Per tale ricostruzione vd. A. TONETTI, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezze delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 11/2013, 1102 ss. e *La regolazione dei servizi idrici*, a cura di M. R. MAZZOLA, cit.

⁸ A tale Autorità, che non divenne mai operativa, sulla base del d.l. 13 maggio 2011 n.70, era stata attribuito il potere di determinare il modello tariffario: «L’Agenzia predispone il modello tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell’utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio “chi inquina paga”». Per una ricostruzione della tormentata vicenda che portò all’istituzione della precedente Autorità vd. L. ARNAUDO, *I servizi pubblici dall’anarchia al disordine: a proposito di un’Autorità per acqua e rifiuti*, in www.astrid-online.it. e G. NAPOLITANO, *Per un’autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, *Rapporto sulla regolazione dei servizi idrici*, relazione presentata all’incontro “Acqua e Autorità” organizzato da Federutility, Roma, 23 aprile 2010, il cui testo si può leggere in www.astrid-online.it.

⁹ Adottato su proposta del Ministero dell’ambiente, della tutela del territorio e del mare il 20 luglio 2012 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 3 ottobre 2012.

buire con legge le funzioni già esercitate dalla Autorità nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza¹⁰. La decorrenza dell'operatività di tale disposizione è stata poi nel tempo soggetta a numerose proroghe.

Attualmente le normative regionale hanno previsto, in sostituzione delle AATO, diversi modelli organizzativi¹¹. Talora in modo innovativo, come nel caso dell'Emilia-Romagna, si è proceduto ad affidare le funzioni dei servizi idrici e dei rifiuti ad un unico ente regionale, l'Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e i rifiuti¹², mentre in altri casi si è proceduto all'utilizzo della formula dell'associazione tra enti¹³ o, come nel caso lombardo, si sono riproposti modelli tradizionali come l'Ufficio di ambito¹⁴. Alla luce delle attuali iniziative di revisione costituzionale volte all'eliminazione delle province¹⁵, rimane ancora parzialmente aperta la questione relativa all'identificazione dell'ente territoriale di riferimento nel settore idrico, i cui servizi, per loro natura, trascendono la dimensione comunale¹⁶.

3. Il metodo tariffario

La disciplina della tariffa dei servizi idrici si ritrova dapprima nelle previsioni dell'art. 23 della l. n. 36/1994 e successivamente nell'art. 154 del d.lg. 152/2006. La legge Galli faceva rinvio per la definizione dei metodi di fissazione della tariffa ad un successivo decreto, che sarà adottato nel 1996¹⁷, ove si adottava il c.d. metodo tariffario normalizzato (MTN) che prevedeva, per age-

¹⁰ Per una ricostruzione della vicenda vd. A. M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 1191 ss.

¹¹ Per un inquadramento della tematica relativa ai rapporti tra territorio e svolgimento del servizio idrico vd. F. MERUSI, *Acqua e istituzioni*, in *Dir. Ec.*, 2009, 32.

¹² Istituita dalla L. r. Emilia-Romagna n. 23 del 23 dicembre 2011.

¹³ Come nel caso degli "enti d'ambito" previsti dall'art. 6 della l. r. 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».

¹⁴ Tale ente è un'azienda speciale. Con riferimento all'esperienza lombarda vd. F. OSCULATI, *Strutture amministrative. Semplificazione per aggregazione. Il caso del servizio idrico integrato a Pavia*, intervento al seminario su «Servizi e imprese pubbliche in Europa tra convergenza e sussidiarietà» organizzato a Pavia, il 24 maggio 2013, dal Dipartimento di scienze politiche e sociali e dalla Fondazione Giandomenico Romagnosi, pubblicato in www.astridonline.it.

¹⁵ Sul punto vd. G. MARCHETTI, *Alcune considerazioni sul recente processo di riforma del sistema delle autonomie territoriali*, CSF Research Paper, June 2014, in www.csffederalismo.it

¹⁶ Sul punto vd. A. M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali*, cit.

¹⁷ Decreto Ministero dei lavori pubblici dell' 1 Agosto 1996.

volare gli investimenti, la remunerazione del capitale nella percentuale fissa del 7%, sia con riferimento al capitale proprio che di debito.

In realtà l'attuazione della legge Galli, sia con riguardo alla creazione degli ATO che con riferimento alla determinazione tariffaria incontrò da subito grandi difficoltà di attuazione, anche in ragione della previsione di un periodo transitorio in cui permaneva la competenza del CIPE.¹⁸

Con riferimento alla tariffa dei servizi idrici il referendum del 2011¹⁹ con la vittoria del sì nel secondo quesito ha determinato il venir meno della previsione di cui all'art. 154 c. 1 del d.lg. 152 del 2006 nella parte in cui veniva prevista come componente della tariffa l'«adeguata remunerazione del capitale investito».

L'art. 154 c. 1, a seguito dell'esito referendario, oggi così recita: *«La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio «chi inquina paga». Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».*

La normativa comunitaria prevede, d'altro canto, che la tariffa debba coprire integralmente i costi (*full cost recovery*), compresi quelli finanziari (vd. Comunicazione COM(2000)477 della CE che precisa il significato dell'art. 9 della direttiva 2000/60/CE (Water Framework)). Tale principio d'altro canto viene tenuto fermo anche dall'art. 154 del d.lg. 152/2006, dagli artt. 2 lett. e) e 3 c. 1 lett. c) del d.p.c.m. 20 luglio 2012 e dall'art. 10 del d.l. n. 70 del 2011.

L'abrogazione della previsione sulla «remunerazione» del capitale, che, va precisato, è cosa diversa dall'utile o profitto della società di gestione del servizio idrico²⁰, solleva diversi aspetti problematici di compatibilità con la norma-

¹⁸ Sulle questioni di decorrenza temporale dei poteri regolatori dell'AEEG in materia tariffaria vd. il parere n. 267/2013 della sez. II del Consiglio di Stato e sui suoi aspetti problematici, con particolare riferimento alla tutela dell'affidamento dei privati cfr. A. TONETTI, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezze delle regole*, cit. Sul punto vd. inoltre da ultimo TAR Campania, sez. I, 10 luglio 2014 n. 3850 ove viene annullata per incompetenza la delibera della giunta regionale nella quale veniva approvata la proposta di aggiornamento della tariffa per la cessione dell'acqua all'ingrosso e per la raccolta e depurazione per l'anno 2013 sulla base del passaggio della titolarità della potestà tariffaria in capo all' AEEGSI anche con riferimento alle gestioni regolate con il metodo tariffario CIPE.

¹⁹ Indetto con DPR 18 luglio 2011, n. 116.

²⁰ Precisano infatti SILEONI e STAGNARO (*L'inganno referendario*, cit., 8-9) che «la remunerazione del capitale è un *costo* che è necessario pagare per ottenere i capitali necessari

tiva comunitaria²¹. Tali profili sono stati puntualmente evidenziati in dottrina²² e, da ultimo, affrontati in alcune prime sentenze del giudice amministrativo (vd. *Infra*).

Nell'ambito del dibattito referendario, che si è polarizzato attorno al tema delle tariffe idriche si è a lungo dibattuto sul significato che la consultazione referendaria avrebbe prodotto nel caso, come poi avvenuto, di vittoria del sì.

Del tutto correttamente si è ricordato come, al di là dell'effetto giuridico del referendum, i costi del capitale per poter garantire gli investimenti necessari nel settore (anche per ottemperare alle normative comunitarie in materia di qualità delle acque) e per rispettare il vincolo dell'equilibrio economico-finanziario andassero comunque remunerati e come il problema a questo punto fosse quello di trovare il modo di coprire tali costi. Se, infatti, i costi non sono coperti in tariffa l'unica strada percorribile rimaneva quella della fiscalità che sotto il profilo dell'efficienza economica e della sostenibilità ambientale non appariva a molti la strada preferibile, anche alla luce della già crescente pressione fiscale a livello locale a seguito della recente introduzione di nuove imposte²³. Della difficoltà di pervenire ad una soluzione coerente con gli esiti del referendum, ma concretamente percorribile alla luce della situazione effettiva²⁴ si dichiara convinto anche chi ritiene che nella sentenza della Corte costituzionale di ammissibilità del referendum venissero postulati due modelli di gestione: quella "economica", che mira alla mera copertura dei costi e quindi implicitamente presuppone una gestione pubblica, e quella "imprenditoriale", in cui trova spazio anche una componente di remunerazione del capitale²⁵.

Al riguardo però, come fra poco vedremo, la prima giurisprudenza intervenuta sul punto, a dispetto di quanto affermato dai referendari chiarisce come la soluzione di una gestione esclusivamente pubblica del settore idrico non si possa ricavare dal referendum, ma richieda un apposito intervento legislativo²⁶.

all'investimento» che come tale può corrispondere al rendimento che avrebbero potuto generare se lasciati nelle mani dei proprietari originari.... mentre «i profitti della società dipendono dalla sua capacità da un lato di essere efficiente nella gestione operativa, dall'altro di minimizzare i costi dei fattori produttivi (incluso il capitale)».

²¹ Anche se come sottolinea A. TRAVI (*La disciplina tariffaria*, cit.) «l'aspirazione ad una gestione imprenditoriale, in regime di concorrenza, non può invocare, come argomento prioritario, una scelta del diritto comunitario».

²² Cfr. M. R. MAZZOLA, *La regolazione dei servizi idrici*, cit. 11.

²³ In tal senso vd. S. SILEONI, C. STAGNARO, *L'inganno referendario*, cit. p. 9.

²⁴ Caratterizzata dalla necessità di reperire ingenti risorse per l'ammodernamento degli impianti e la realizzazione, laddove mancanti, di impianti di depurazione.

²⁵ Sul punto vd. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit. 130 ss.

²⁶ Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, nn. 779 e 780 che affermano come "l'obiettivo

Le scelte che l'Autorità si trovava a compiere sotto il profilo tariffario dovevano d'altro canto confrontarsi con i requisiti imposti dal rispetto del quadro normativo comunitario. Consapevole della delicatezza della questione ed in assenza di una standardizzazione dei dati economici, patrimoniale e tecnici in materia²⁷ l'AEEGSI è intervenuta con un'intensa attività di regolazione tariffaria²⁸. Non facendosi influenzare, come era giusto che fosse in ragione del suo configurarsi come "Autorità indipendente", da letture "politiche" dell'esito referendario, l'Autorità a partire dalla deliberazione del 1 marzo 2012 ha iniziato la sua attività regolatoria approvando alcuni documenti di consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici. Prima di arrivare alla formulazione del metodo definitivo l'Autorità, secondo procedure disciplinate dai propri regolamenti interni, a seguito di ulteriori consultazioni pubbliche²⁹, ha approvato la deliberazione 585/2012/R/idr del 28 dicembre 2012 aventi ad oggetto il metodo tariffario transitorio (MTT) per il periodo 2012-2013³⁰. Con la successiva deliberazione n. 88/2013/R/idr del 28 febbraio 2013 viene poi approvato il MTT per le gestioni ex CIPE per gli anni 2012-2013 e con la delibera n. 643/2013/R/idr del 27 dicembre 2013 viene infine approvato il metodo tariffario idrico "a regime".

L'attività dell'Autorità, fin dall'adozione del metodo tariffario transitorio, tende a realizzare un quadro regolatorio per promuovere gli investimenti nel settore, perseguire l'innalzamento degli standard di qualità conciliando il risultato referendario con la normativa europea in materia di recupero dei costi

della sostanziale pubblicizzazione o nazionalizzazione del servizio idrico non può certo essere conseguito con la parziale abrogazione per effetto del referendum, di un inciso del primo comma dell'art. 154, richiedendosi semmai radicali riforme legislative".

²⁷ Il problema della carenza di disponibilità dei dati nel settore idrico da parte dei vari attori interessati è un aspetto sottolineato in *La regolazione dei servizi idrici*, cit. ed evidenziato dalla stessa AEEG nella *Consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici*, 22 maggio 2012, 204/2012/R/idr.

²⁸ Vd. C. SCARPA, *La perfezione provvisoria della tariffa idrica*, in www.lavoce.info, 18/12/2012 e per una completa ricostruzione dell'attività regolatoria vd. M. R. MAZZOLA, *La regolazione dei servizi idrici*, cit.

²⁹ Cfr. AEEG *Consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici*, cit. e *Consultazione pubblica per l'adozione di provvedimenti tariffari in materia di servizi idrici. Il metodo tariffario transitorio*, 12 luglio 2012, DCO 290/12/R/idr. Per un commento alle componenti tecniche di tali atti cfr. sempre M. R. MAZZOLA, *La regolazione dei servizi idrici*, cit. 14 ss.

³⁰ Per un commento a tale provvedimento vd. Assonime (a cura di), *Il metodo tariffario transitorio per il calcolo delle tariffe idriche e la prima direttiva per la trasparenza della bolletta dell'acqua: sintesi delle principali novità*, Note e studi, n. 2 del 24 gennaio 2013.

e del principio “chi inquina paga”³¹. In tal senso, come messo in luce in dottrina, l’AEEGSI ha adottato i suoi provvedimenti sulla base di un’interpretazione “marginale” degli esiti del referendum tale solo da escludere la possibilità della riproposizione di un tasso fisso «come se in gioco fosse sostanzialmente la misura della remunerazione, e non la remunerazione stessa»³².

4. Le prime pronunce del giudice amministrativo

La vicenda della regolazione tariffaria dei servizi idrici ha da subito suscitato un ricco contenzioso giurisprudenziale³³ avente principalmente ad oggetto, da un lato, la legittimità della definizione di componenti tariffarie che comportino il riconoscimento dei costi finanziari e dall’altro la possibilità che il meccanismo di eterointegrazione legale previsto nell’art. 1339 del c.c.³⁴ andasse riconosciuto anche nel caso in cui le modifiche delle clausole convenzionali non fossero contenute direttamente nella legge, ma introdotte da un’attività regolatoria “autorizzata” dalla legge³⁵.

Con le due sentenze n. 779/2014 e n. 780/2014³⁶ il TAR Lombardia si pronuncia per la prima volta sulla legittimità del metodo tariffario provvisorio adottato dall’AEEG con delibera n. 585/2012 e con la successiva del. n. 38/2013, a seguito dei ricorsi presentati dall’Associazione Acqua Bene Comune e da Federconsumatori in un caso e dal Codacons nell’altro. Con tali ricorsi si contestava la legittimità del metodo tariffario transitorio introdotto con la delibera 585/2012. In particolare in tale delibera nelle premesse, dopo aver escluso «ogni componente remunerativa del capitale investito», si riconoscevano nella tariffa i “costi finanziari”³⁷ e gli «oneri fiscali connessi agli investi-

³¹ Sul punto vd. Assonime, *Il metodo tariffario*, cit. 4 ss.

³² Sul punto vd. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria*, cit. 133-134.

³³ Per un primo commento a tali sentenze vd. M. VANNI, *Le tariffe dei servizi idrici dopo il referendum: note a margine delle decisioni del Tar Lombardia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 6 giugno 2014.

³⁴ Per un commento a tale articolo vd. M. R. MAUGERI, *Art. 1339, Inserzione automatica di clausole*, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Utet, 2011, 508 ss.

³⁵ In generale, per una panoramica sui rapporti tra regolazione del mercato e contratto vd. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *20 Anni di antitrust- L’evoluzione dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato*, 2010, 1095 ss. e V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1611 ss.

³⁶ Tar Lombardia, sez. II, 26 marzo 2014, nn. 779 e 780.

³⁷ Nel successivo art. 18 dell’All. A della del. 585/2012 veniva poi introdotta la formula per

menti e alla gestione del servizio». Nella parte dispositiva poi all'art. 4 della delibera si individuano tra le componenti di costo i "costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione degli investimenti".

Secondo i ricorrenti in questo modo si sarebbe surrettiziamente reintrodotta il principio della remunerazione del capitale, previsto in precedenza con il metodo normalizzato ed abrogato dall'esito referendario.

Il giudice amministrativo, prima di affrontare le singole questioni che vengono sollevate dai ricorrenti - non solo attinenti alla legittimità del metodo tariffario, ma anche ad alcuni aspetti relativi alla restituzione delle somme all'utenza di quanto riscosso dai gestori dopo il 2011 - sente il bisogno di muovere da "un'asserzione fondamentale": quella secondo cui «l'analisi della normativa risultante dal referendum non può essere confusa con le finalità di ordine politico o sociale... perseguite dalle associazioni o dai soggetti che hanno proposto il referendum stesso, soggetti a cui si può ricondurre l'attuale ricorrente». In tal senso, sempre secondo il tribunale amministrativo, il compito del giudice deve limitarsi ad un'interpretazione della normativa vigente e non a «pervenire per via giurisprudenziale, ad un risultato di ordine più generale, al quale -legittimamente sul piano politico... tendono le associazioni ricorrenti e che potrebbe invece essere meglio perseguito attraverso una riforma della legislazione».

La necessità di rivendicare un ruolo meramente tecnico e "neutro" alla propria attività ermeneutica, «interpretare, alla luce degli ordinari strumenti ermeneutici, la disciplina normativa vigente quale risultante dal referendum», appare il segnale di un esplicito rifiuto di una dimensione di attività giurisdizionale più spinta, di tipo "creatrice" che, se in alcuni ambiti ha portato a risultati positivi, talora ha dato luogo a decisioni assai discutibili.

Venendo al punto controverso e cioè alla individuazione delle componenti della tariffe l'interpretazione che ci fornisce il giudice amministrativo legittima chiaramente le delibere dell'Autorità ove si prevede la necessità della copertura integrale dei costi.

Partendo dalla premessa che il servizio idrico sia qualificabile, anche alla luce della sent. n. 325/200 della Corte costituzionale, come "servizio di interesse economico" ne discende la necessità di una copertura integrale dei costi. Il principio del *full cost recovery* troverebbe fondamento non solo a livello nazionale (art. 154 Codice ambiente, DPCM 20 luglio 2012 e art. 10 DL 70/2011), ma anche sulla base della normativa europea tra cui in primis, la Dir. 2000/60/CE³⁸. Tale principio implica che la gestione debba essere

la concreta determinazione degli oneri finanziari del gestore del SII.

³⁸ Tra le altre norme che ricorda il TAR si possono ricordare le seguenti Comunicazioni

“economica” e cioè fondata sull’equilibrio tra i costi dei fattori produttivi e i ricavi.

Tra i costi quindi, sempre secondo le argomentazioni del giudice, andrebbero annoverati anche il costo di investimento del capitale proprio. Tale costo, inteso nella sua nozione economica di “costo-opportunità”³⁹, rappresenta il valore del mancato impiego del fattore produttivo in altra attività comunque profittevole e va distinto dalla diversa nozione dell’“adeguata remunerazione” a cui viene qui attribuito il significato di “riconoscimento certo e predeterminato di una remunerazione del proprio investimento” che per la sua automaticità e fissità, prescindendo dagli investimenti effettuati, appariva da tempo fortemente criticabile⁴⁰.

Escludere invece la remunerazione del capitale proprio dalla tariffa, oltre che risultare una soluzione illogica, dato che anche l’impiego di capitale in un investimento in beni durevoli produce un rischio di impresa, finendo per premiare l’indebitamento esterno dei gestori risulterebbe svantaggiosa anche per gli utenti portando verosimilmente ad innalzamenti tariffari⁴¹.

Un altro punto oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali⁴² è invece quello relativo alla legittimazione dell’AEEGSI ad adottare, con la del. 585/012, modifiche degli atti negoziali che regolano i rapporti tra gestori del SII e gli enti di riferimento⁴³. Alcune società del settore, principalmente gestori di servizi idrici⁴⁴, propongono ricorso avverso la delibera n. 585/2012

della Commissione: COM(2000) 477 del 26 luglio 2000, COM(2012)672, COM(2012) 673 del 14 Novembre 2012, COM(2007)414 del 18 luglio 2007.

³⁹ Da non confondersi, come si precisa, con la figura del “costo” prevista dai principi contabili internazionali ed impiegata per la redazione dei bilanci consuntivi delle società.

⁴⁰ Finendo per assicurare, come si legge nella sentenza, una sorta di “rendita parassitaria” ai gestori.

⁴¹ Sul punto vd. M. VANNI, *Le tariffe dei servizi idrici dopo il referendum*, cit. 2.

⁴² Tar Lombardia, sez. II, sent. 4 aprile 2014, n. 890, Tar Lombardia, sez. II, 16 aprile 2014, n. 982; Tar Lombardia, sez. II, n. 1272, 1274 e 1275 del 15 maggio 2014.

⁴³ La questione degli effetti dell’attività di regolazione delle Autorità indipendenti sull’attività negoziale delle parti è assai complessa; sul punto per un inquadramento della questione vd. G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2006 e nello stesso volume i saggi di F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, 43 ss. e G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, 125 ss. In particolare sui rapporti tra regolazione pubblicistica proconcorrenziale del settore dell’energia elettrica e disciplina del potere negoziale vd. C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti di regolazione del mercato*, in *Contr. Impr.*, 2010, 1368 ss.

⁴⁴ Una di queste Acqua Campania SpA era un grossista e gestore del segmento di sovraambito, e tale attività viene fatta rientrare nell’ambito della nozione di servizio idrico integrato (TAR Lombardia, sent. 1274/2014, pt. 12).

dell'AEEG ed altri atti applicativi ritenendo che l'applicazione del nuovo metodo tariffario anche alle convenzioni in corso, senza prevedere apposite misure compensative si porrebbe in contrasto con «i principi di ordine costituzionale e comunitario di certezza del diritto, *tempus regit actum*, legittimo affidamento, ragionevolezza, proporzionalità, *pacta sunt servanda* e tutela dell'iniziativa economica privata...». In aggiunta a ciò le previsioni, sempre contenute nelle delibera, relative alla perdita di efficacia delle clausole contrattuali non adeguate alle previsioni regolatorie, sostituendo in via eteronoma previsioni contrattuali dovrebbero, ai sensi dell'art. 1339 del c.c., essere previste in fonti di rango primario e non in una fonte secondarie qual è una delibera di un'Autorità di regolazione⁴⁵.

Il giudice amministrativo tratta unitariamente le due questioni. Dopo avere ricostruito l'evoluzione normativa della materia afferma la legittimità dell'intervento regolatorio, ritenendo sulla base di uno specifico precedente della Cassazione in materia di attività regolatoria nel settore energetico⁴⁶ che l'art. 1339 del c.c. si applichi non solo ai casi di clausole imposte direttamente dalla legge, ma anche all'ipotesi in cui la legge prevede che l'individuazione della clausola sia operata da una fonte normativa di rango secondario da essa autorizzata. Nel caso di specie dunque la potestà dell'AEEGSI di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito e i gestori del servizio idrico integrato troverebbero fondamento nell'art. 10 c. 14 lett. d) ed f) del d.l. n. 70 del 2011⁴⁷ che attribuisce all'Autorità il potere di approvare il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato nonché di impartire a pena d'inefficacia, prescrizioni sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra Autorità d'ambito territoriale ottimale e i

⁴⁵ Sui profili problematici con riferimento alla riserva di legge in materia contrattuale vd. tra gli altri G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit.

⁴⁶ Cass. Civ., sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401 su cui vd. M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e integrazione del contratto di utenza (Problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)*, in *Annuario del contratto*, 2012 38 ss. Con tale sentenza, che si inserisce in un filone giurisprudenziale che annovera altre decisioni, si è chiarito che il potere di direttiva attribuito all'AEEG dall'art. 2 c. 37 della l. n. 481/1995 prevede la possibilità di una integrazione in via diretta del regolamento di servizio che successivamente comporterebbe un'integrazione autoritativa del contratto di utenza. Tale potestà non risulta tuttavia assoluta dovendosi rispettare il duplice limite del fatto che le norme di legge cui si deroga siano meramente dispositive, rimanendo esclusa la possibilità di deroga a norme imperative, e che la deroga non debba andare a sfavore dell'utente e del consumatore.

⁴⁷ Accanto a queste previsioni viene anche richiamato l'art. 3 del D.P.C.M. 20 luglio 2012.

gestori del servizio. Tale previsione di rango primario avrebbe dunque autorizzato l'AEEGSI ad eterointegrare le convenzioni⁴⁸.

Con riferimento alla questione relativa alla decorrenza temporale dei poteri regolatori il giudice amministrativo, riprendendo alcune indicazioni previste in precedenti giurisprudenziali⁴⁹ si esprime per l'applicazione della nuova modalità tariffaria anche alle convenzioni in corso⁵⁰.

Sulla base della constatazione che nella materia dei contratti di durata dei servizi pubblici gli operatori siano in un certo senso "abituati" ad una certa variabilità ed instabilità delle condizioni economiche e che comunque la riforma avrebbe determinato un limitato impatto economico, dato che comunque viene di fatto riconosciuto in tariffa un onere finanziario del 6,4% anziché come in precedenza del 7%, il giudice non ravvisa, anche sulla base della giurisprudenza costituzionale ed europea, una violazione dei principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto e della stabilità dell'equilibrio economico-finanziario⁵¹.

5. Qualche prima conclusione

Le prime decisioni del giudice amministrativo presentano il grande merito di evidenziare la distinzione tra gli *effetti giuridici* del referendum, qui accolti in una lettura "minimalista", secondo cui nella determinazione della componente tariffaria viene espunto unicamente il riferimento ad una rigida predeterminazione della remunerazione del capitale, e gli *obiettivi politici* portati avanti dai vari movimenti e dalle associazioni, che dovranno invece trovare

⁴⁸ Mediante clausole "imperative" definite dal regolatore indipendente. Sulla qualificazione in tale senso delle clausole vi è ampio dibattito nella dottrina civilistica; sul punto vd. la ricostruzione di C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia*, cit.

⁴⁹ Cons. Stato, par. sez. II, n. 267 del 25 gennaio 2013 e Cons. St. sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 319.

⁵⁰ Afferma infatti il giudice (sent. 1272/2014, pt. 12.6 e sent. 1274/2014, pt.13.4,) che "la differente interpretazione, che ritenga la vigente formulazione dell'art. 154, d.lg. n. 152/2006 applicabile solo alle nuove convenzioni, con esclusione di quelle in essere, considerando la loro lunga durata (sino a 30 anni), porterebbe invece ad una vanificazione degli effetti del referendum 2011".

⁵¹ Sul principio di affidamento riferimento fondamentale rimane il testo di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970 che oggi può essere letto in F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza*, Milano 2001. Di recente vd. inoltre S. ANTONIAZZI, *La tutela dell'affidamento dei privati nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

uno sbocco in una procedura di riforma legislativa e che vengono dunque correttamente ricondotti allo spazio della rappresentanza degli interessi⁵².

Sviluppando ulteriormente il discorso, desumere dalla modifica di una parte dell'art. 154 la necessità di una pubblicizzazione del settore idrico appare, secondo le decisioni esaminate, logicamente forzato, oltretutto inesatto dato che allo stato attuale il servizio idrico, come servizio di interesse economico, può essere gestito anche da operatori privati o misti⁵³.

Fino a questo punto il ragionamento del giudice appare convincente e particolarmente apprezzabile risulta lo sforzo di "deologicizzare" la materia dei servizi idrici, riportando la questione nella corretta ottica dell'interpretazione giudiziale.

Diversamente invece appaiono un pò meno convincenti le argomentazioni proposte laddove si vada a giustificare l'ampio sindacato regolatorio svolto dall'AEEGSI che produce l'effetto di una eterointegrazione imperativa di norme contrattuali.

Qui, infatti, il giudice per uscire dalla questione relativa all'identificazione della base giuridica legittimante un'attività regolatoria così spinta, sotto il versante dell'incidenza sulle convenzioni negoziali in essere, richiama da un lato un importante precedente giurisprudenziale, che peraltro verteva in una materia parzialmente diversa, quella dell'eterointegrazione del contratto di servizio e del contratto di utenza⁵⁴, e dall'altra identifica in una norma piuttosto generica, l'art. 10 c. 14, lett.f) del d.l. n. 70/2011, il fondamento dell'attribuzione del potere all'AEEGSI di modificazione tariffaria.

Per rafforzare la sua tesi e per confutare l'obiezione prospettata dalle parti di violazione del principio di legittimo affidamento viene inoltre prospettato un elemento di tipo soggettivo e cioè la "prevedibilità" da parte dei gestori dei servizi idrici della variabilità normativa del settore.

La ricostruzione operata, non pare però del tutto convincente sotto il profilo della tutela delle libertà economiche dei gestori dei servizi idrici e più in generale della certezza del diritto⁵⁵.

⁵² Su cui vd. M. C. ANTONUCCI, *Rappresentanza degli interessi oggi. Il lobbying nelle istituzioni politiche europee ed italiane*, Cacucci, 2012.

⁵³ Sul punto vd. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 settembre 2014, n. 4599.

⁵⁴ Sui rapporti di utenza vd. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001.

⁵⁵ Come ben sottolinea A. TONETTI (*Investimenti infrastrutturali*, cit.) "dovendo i privati (operatori e finanziatori), in ragione della durata generalmente lunga del rapporto, valutare la convenienza non solo attuale, ma anche prospettica dell'operazione-diventa cruciale poter contare, prima ancora che sulla qualità dell'assetto regolatorio sotteso all'investimento, sulla certezza e (ragionevole) stabilità dello stesso, con riguardo sia alla disciplina generale di settore sia alla disciplina convenzionale del singolo progetto".

Se è vero che nei contratti di durata, come ci ricorda il giudice, spesso sono introdotte norme che permettono un adeguamento delle convenzioni alle normative sopravvenute, questo appare da ricollegarsi ad elementi di disfunzionalità della funzione normativa piuttosto che ad una positiva intrinseca flessibilità del sistema.

In conclusione dalla lettura delle prime pronunce intervenute, pur ravvisandosi indicazioni fortemente condivisibili sulla legittimità della regolazione tariffaria dell'Autorità che tenga conto anche dei costi, emergono invece alcuni profili maggiormente problematici con riferimento ai rapporti tra regolazione proconcorrenziale ed autonomia privata, che forse avrebbero meritato un approfondimento maggiore.

Sicuramente non ha giovato ad una più equilibrata tutela dei vari interessi in gioco⁵⁶, la straordinaria incertezza normativa che si è verificata all'indomani del referendum con il determinarsi di veri e propri "vuoti" normativi.

Forse a questo punto sarebbe veramente opportuno un intervento legislativo che, pur nel rispetto di alcune esigenze particolari connesse alla particolarità del servizio, ma senza cadere nella retorica del "bene comune" riesca a restituire all'ambito dei servizi idrici quella chiarezza e stabilità legislativa di cui il settore fortemente necessita⁵⁷.

⁵⁶ Anche se, sotto questo profilo, nell'attività di regolazione risulta evidente il primario perseguimento della tutela degli utenti dei servizi di pubblica utilità.

⁵⁷ Soprattutto nell'ottica di attrarre i necessari investimenti infrastrutturali, sul punto vd. A. TONETTI, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole*, cit.

OLIVIA PINI

GARANZIE PROCEDIMENTALI E REGOLAZIONE PARTECIPATA
COME POSSIBILI CANONI DI DEMOCRATICITÀ DELLE AUTORITÀ
INDIPENDENTI: L'ESEMPIO DELL'AEEGSI

SOMMARIO: 1. Autorità indipendenti: un modello complesso sotto il profilo della legittimazione. – 2. Un dibattito aperto. – 3. Un esempio virtuoso: L'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico. – 3.1. Democrazia procedurale nei procedimenti di regolazione. – 3.2. Il metodo della consultazione nel Servizio Idrico Integrato. – 3.3. Altre iniziative per il coinvolgimento diretto del consumatore. – 4. Tecnica, Autorità specializzate e garanzia democratica: alcune considerazioni conclusive.

1. Autorità indipendenti: un modello complesso sotto il profilo della legittimazione

Il fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti, in significativa espansione negli ultimi decenni anche nel nostro ordinamento¹, si fonda come

¹ Le ragioni dell'affermazione di tale modello di Amministrazione anche nel nostro ordinamento sono con ogni probabilità da far risalire alla crisi del modello di Stato interventista affermatosi sin dal secondo dopoguerra, conseguita all'incremento incontrollato di domande sociali da esso stesso innescato, che ha condotto ad un ripensamento profondo in ordine al ruolo statale nell'economia, comportando una crisi della politica e della sua funzione razionale, con effetti fortemente disgreganti. Sul piano istituzionale la crisi dei modelli previgenti si è tradotta in un rovesciamento di fronti, che ha trasformato l'Amministrazione da apparato ancillare di quello politico ad affidataria di primari compiti di gestione e mediazione degli interessi, anche al fine di consentire la progressiva integrazione delle domande sociali che lo Stato interventista non era stato in grado di assicurare. All'Amministrazione è stato così attribuito un ruolo di promozione della rappresentanza degli interessi attraverso la *socialità* della propria azione, e ciò può ritenersi analogo all'aver attribuito ad essa un ruolo ed una rappresentanza *politici*, per supplire alle carenze legislative e alle frammentazioni dell'indirizzo politico a cui poc'anzi si accennava.

Con l'avvento del XIX secolo si è poi affermata una concezione nuova dello Stato, non più incentrata esclusivamente sulla legittimazione del potere e della sovranità in termini giuridici, ma fondata anche sulla teoria economica; in altre parole, il potere dello Stato non è stato più valutato nella sua legittimità sotto un profilo esclusivamente giuspubblicistico, ma anche a partire dalla sua coerenza ad un sapere tecnico e dalla concreta capacità di assicurare spazi di libertà al mercato. Alla luce di ciò si comprende dunque la tendenza ordinamentale a misurare il diritto (anche) in relazione alle sue conseguenze economiche, e di conseguenza l'emersione sempre più frequente nell'ordinamento, a partire dalla fine del secolo scorso, delle *Authorities* come

è ben noto sull'esigenza di affidare rilevanti poteri, soprattutto nei settori di più forte impatto economico, a soggetti dotati di esperienza tecnica e sottratti al modello ordinario di responsabilità pubblica di fronte all'esecutivo, in funzione di una più estesa garanzia di imparzialità in ambiti che, per la delicatezza degli interessi in gioco, non possono correre il rischio di ingerenze politiche nello svolgimento di funzioni neutrali². Ciò, tuttavia, pone alcune questioni problematiche sul punto della loro legittimazione e fa emergere profili di complessità che non consentono la facile individuazione di soluzioni univoche: la natura composita di tali questioni comporta molteplici implicazioni, peraltro non circoscritte al piano strettamente giuridico ma che all'opposto coinvolgono considerazioni più ampie inerenti alla più generale questione del fondamento dell'autorità, rendendo così necessari taluni sconfinamenti e contaminazioni con altre discipline politico-sociali dai quali non sembra possibile prescindere.

Oltre dunque ad interrogarsi sulla reale portata dell'*indipendenza* di tali Autorità, ossia sugli strumenti previsti affinché tale attributo non resti una mera affermazione formalistica e di principio, pare interessante soffermarsi, in via preliminare e pur senza la pretesa di fornire risposte univoche ed esaustive, sulla eventuale capacità delle *Authorities*, così come disegnate dal Legislatore, di soddisfare attraverso canoni diversi da quelli ordinari il requisito della rappresentanza/rappresentatività: ciò, ovviamente, al fine di ovviare al *deficit* di democraticità che consegue al loro affrancamento dai tradizionali circuiti fiduciari della politica.

Sotto il primo profilo, occorre notare che il carattere dell'indipendenza ha finito per subire nel tempo interpretazioni sempre più ampie, che hanno portato a ricondurre ad essa aspetti anche estranei al suo significato originario,

nuova frontiera dell'apparato amministrativo statale; esse, ed in particolare quelle tra esse dotate di poteri di regolazione, esprimono infatti perfettamente l'esigenza di conformare la società all'ordine economico, secondo una tendenza invero fortemente rafforzata negli ultimi decenni anche dal quadro normativo europeo. Su tali questioni si vedano soprattutto G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 147 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 208. Si vedano anche L. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, Milano, 3/2013, 319 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005; B.G. MATTARELLA, *Pubblica amministrazione e interessi*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 113 ss.; sul predominio della tecnica, si vedano altresì N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2008 ed E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009.

² Per una teorizzazione sul punto, su cui ancora *infra*, si veda sin d'ora M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1/2004, 59 ss.; si veda anche V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il Diritto dell'economia*, 1998, 258.

sino a generare in proposito alcune perplessità interpretative: con grande probabilità le ragioni di un simile approccio vanno ricercate nel tentativo da parte di molti enti e soggetti pubblici di vedersi riconosciuti, per mezzo della qualifica di Amministrazioni indipendenti, gli speciali privilegi e garanzie connessi all'autonomia di queste ultime rispetto alla tradizionale amministrazione statale³.

Alla base del concetto di indipendenza, peraltro, è fuor di dubbio che risieda un certo «affrancamento» delle *Authorities* rispetto all'indirizzo politico-governativo dello Stato; pur dovendosi necessariamente rilevare che non vi è assoluta omogeneità nel modo e nell'intensità con cui tale carattere si manifesta nelle diverse tipologie di Autorità, si può in linea generale sostenere che esso si esprime di regola attraverso molteplici istituti di garanzia voluti a tal fine dal Legislatore stesso⁴. Un diverso approccio, condiviso da alcuni autorevoli esponenti della dottrina⁵, privilegia invece il concetto di *neutralità* delle Autorità amministrative indipendenti, giungendo sino a sottolinearne la natu-

³ I privilegi connessi all'autonomia delle Autorità indipendenti dall'organizzazione amministrativa statale, ad esempio sotto il profilo contabile e di gestione del personale, spingono infatti alcuni gruppi d'interesse a sollecitare l'attribuzione di tale qualifica anche ad enti che non sono realmente indipendenti rispetto all'indirizzo politico-governativo, ma che in ragione delle proprie funzioni, tipicamente di controllo, vigilanza o ispettive, o comunque connotate in senso marcatamente tecnico, semplicemente godono di qualche spazio di maggiore autonomia dalla tipica struttura ministeriale: in tal senso si veda F. MERUSI – M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, II ed., Bologna, 2011, 8.

⁴ Come è ben noto, elementi sintomatici dell'indipendenza sono ad esempio la disciplina di nomina dei vertici delle Autorità, affidata a soggetti a cui è tradizionalmente riconosciuto un ruolo di forte garanzia istituzionale quali i Presidenti delle due Camere o il Presidente della Repubblica, o la durata in carica dei membri, tendenzialmente fissata in sette anni con esclusione della riconferma proprio per svincolare le nomine da eventuali influenze legate ai cicli elettorali. Sul piano relazionale, poi, l'inapplicabilità del principio di responsabilità ministeriale implica che i ministri non possano impartire direttive alle Autorità indipendenti se non sul piano della politica generale, né abbiano poteri di controllo sugli atti e sui bilanci di queste. L'indipendenza di tali amministrazioni, pertanto, da strutturale diviene funzionale: gli elementi sintomatici di tale carattere, infatti, sono pienamente coerenti con un'organizzazione che supera la mediazione governativa tipica dei rapporti tra Amministrazione e Parlamento nelle forme di governo parlamentari: sul punto cfr. F. MERUSI – M. PASSARO, *op. cit.*, 87 ss. Sui concetti di autonomia e indipendenza si veda, per alcuni richiami, M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova, 1999.

⁵ Cfr. V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle Autorità indipendenti*, cit., 258 e ID., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, 37. Il concetto di neutralità, secondo tale interpretazione, deve essere inteso come conseguenza della estraneità e indifferenza delle *Authorities* rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali la loro funzione va ad incidere, poiché i poteri di tali amministrazioni non presuppongono propriamente una attività di ponderazione fra essi e dunque sono privi del carattere della discrezionalità in senso stretto.

ra c.d. *paragiurisdizionale* e giustificando in tal modo la necessaria applicazione, anche ai procedimenti che si svolgono dinanzi ad esse, delle garanzie del contraddittorio⁶.

Simili considerazioni sono ben note, e qui non si può trattare in termini esaurienti ed approfonditi di tutti i caratteri sintomatici dell'indipendenza riconosciuta a tali Amministrazioni; e pur tuttavia, non si può dimenticare che l'indipendenza garantita alle *Authorities* non può significare completa ed assoluta incomunicabilità fra l'attività da esse svolta e la generale azione politico-amministrativa: anch'esse, infatti, in quanto strutturalmente inserite nell'organizzazione statale e chiamate a svolgere soprattutto compiti di tutela di settori sensibili in chiave di sviluppo economico, sono tenute, al pari di altri soggetti dell'ordinamento, a rispettare (e in qualche misura ad attuare) il complessivo indirizzo economico-finanziario determinato a livello statale da Parlamento e governo in funzione di sviluppo sistemico. Proprio in questo senso, corre l'obbligo di domandarsi se ed in che modo l'imparzialità di queste Amministrazioni sia garantita anche nei confronti di soggetti amministrati che con la loro attività concorrono, anch'essi, a determinare e realizzare il medesimo indirizzo politico-economico, quali ad esempio banche, operatori economici e finanziari, grandi imprese, ed in generale tutti quei soggetti che più o meno esplicitamente, e finanche talora in modo non manifesto, operano attraverso azioni spesso di forte impatto negli stessi settori tradizionalmente affidati alla tutela delle *Authorities*, al punto che in alcuni casi non appare remoto il rischio di «cattura» di queste ultime da parte di tali soggetti⁷. Il problema, peraltro, si pone con maggiore intensità rispetto a quelle Autorità a cui sono attribuiti compiti di regolazione in funzione di efficienza dei mercati e di tutela della concorrenza; per esse, oltre ai tradizionali strumenti posti dalla legge a

⁶ Il riconoscimento del carattere paragiurisdizionale delle *Authorities* non ha incontrato univoco accoglimento fra gli interpreti, ed anzi è stato oggetto di alcune critiche soprattutto ad opera della giurisprudenza, la quale ha affermato che l'ordinamento «*non conosce un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*», non essendo giustificabile nel nostro sistema costituzionale «*una figura di paragiurisdizionalità a sé stante*» (cfr. in tal senso Cass. Civ., sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341, in *Foro it.*, 2002, I, 86). In realtà, si potrebbe affermare che tale natura, riferibile alle funzioni delle Autorità più che alla loro struttura, giustifica da un lato la loro indipendenza organizzativa e funzionale rispetto al potere esecutivo, in quanto il loro ruolo di applicazione della legge al di fuori della discrezionalità in senso proprio (al pari di quanto fanno i giudici) consentirebbe di estendere anche ad esse l'art. 101, comma 2, Cost.; ed in secondo luogo legittimerebbe nei procedimenti dinanzi a tali Autorità l'applicazione di garanzie del contraddittorio rinforzate, al pari di quanto avviene nel procedimento giurisdizionale.

⁷ Sul fenomeno della «cattura» del regolatore v. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 9-16; si veda anche, dello stesso Autore, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 13-56.

garanzia dell'imparzialità, può affermarsi sin da ora che assuma rilievo primario, in questo senso, proprio il complesso di strumenti che vanno sotto la denominazione di garanzie procedimentali e partecipative, nel senso che sarà meglio specificato nel prosieguo della trattazione.

È proprio a partire da queste brevi premesse che emerge anche l'ulteriore snodo critico concernente le Autorità indipendenti, di cui già si è accennato in precedenza, che in particolare coinvolge la ricerca del fondamento tanto della responsabilità quanto della rappresentatività di tali organizzazioni, non essendo esse riconducibili, come si è detto, al tradizionale circuito fiduciario Parlamento – governo – Pubblica Amministrazione⁸; pare opportuno, a tal fine, circoscrivere il campo di analisi ai poteri di regolazione attribuiti ad alcune delle *Authorities*, aspetto nel quale le riflessioni qui condotte assumono particolare rilievo.

2. Un dibattito aperto

Da quanto si è accennato in precedenza, peraltro, pare sin da ora possibile anticipare *in nuce* una risposta ai quesiti che si sono posti: poiché all'Amministrazione è in generale attribuito il compito di bilanciare i valori e gli interessi affidati alle sue cure mediante l'emanazione di una regola, e se in particolare le *Authorities* sono affidatarie di compiti di tutela e riequilibrio in settori di grande delicatezza e rilievo (soprattutto economico) in ossequio all'attuale prospettiva di sistema che ricerca nel mercato il fondamento del potere, si può ipotizzare che la fonte di legittimazione del loro potere di regolazione, ossia il parametro di bilanciamento dei valori ad esse affidati, non possa che risiedere nella *genesis endogena* delle fonti della regola, ossia nella assunzione dei fatti e dei bisogni rilevanti proprio là dove essi nascono, dalla viva voce degli attori sociali ammessi al dialogo con l'Autorità⁹.

Soltanto in questo modo sembra possibile assicurare che la regolazione definisca con coerenza i c.d. *équilibres souhaitables*¹⁰ di coesistenza tra i beni-

⁸ Si deve segnalare, peraltro, che il modello delle Autorità indipendenti, proprio a partire dalla sua caratterizzante estraneità alle dialettiche elettorali e al circuito politico, crea alcune criticità anche per l'assommarsi in un unico soggetto di funzioni normative, di amministrazione attiva e, talvolta, *lato sensu* giurisdizionali (o para-giurisdizionali), con evidenti problemi di *checks and balances* nell'ottica della tradizionale tripartizione dei poteri: v. sul punto S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 217-223.

⁹ V. in tal senso G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, 11.

¹⁰ L'espressione è di J. CHEVALLIER, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation du marchés*, in *Just. et écon.*, 1995, 83.

interessi in gioco, fondamento di una buona amministrazione; inoltre è proprio la garanzia di partecipazione a divenire titolo legittimante della decisione *lato sensu* politica delle Autorità indipendenti, nonché fondamento della loro democraticità e rappresentatività: la legittimazione di queste ultime fuoriesce dunque dalle dinamiche dei pubblici poteri tradizionali per riposare invece sull'esperienza, in rispondenza ad un nuovo tipo di necessità normativa¹¹.

Procedendo peraltro nell'ulteriore approfondimento di tale assunto, sembra possibile rinvenire nelle forme che garantiscono la partecipazione dei soggetti regolati all'attività delle *Authorities* anche lo strumento per assicurare una forma di responsabilità di queste ultime alternativa a quella tradizionale ex art. 95 Cost.; l'indipendenza rispetto all'indirizzo governativo non può infatti dar luogo ad una sostanziale irresponsabilità di tali soggetti rispetto all'attività svolta, profilandosi in caso contrario non solo un concreto rischio di assoggettamento all'influenza delle *lobbies* ma anche un insuperabile contrasto con le logiche dell'indipendenza e della stessa funzione di tutela ad essi attribuita; né peraltro sembrerebbe sufficiente, a tal fine, il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolazione, stante la natura eminentemente tecnico-discrezionale dei contenuti di questi ultimi.

Per questa ragione, dunque, si ritiene di poter affermare con relativa certezza che la responsabilità delle Autorità indipendenti possa essere assicurata attraverso la c.d. *procedimentalizzazione* delle attività di regolazione da queste compiute, ed in particolare attraverso la previsione di idonee garanzie procedurali che servano a rafforzare l'*accountability* delle stesse – intesa come capacità di dare conto (*give account*) delle scelte effettuate – e creare al contempo i presupposti per facilitare il compito di verifica *ex post* da parte del giudice, qualora attivato dagli interessati¹².

L'estensione delle garanzie procedimentali anche ai procedimenti che si svolgono davanti alle Autorità indipendenti, e particolarmente a quelli di regolazione, è ad oggi considerato un indispensabile «filtro di legittimazione» delle stesse¹³, con la funzione di colmare appunto il *deficit* di democraticità che le caratterizza e di mitigare l'unilateralità degli atti regolatori¹⁴; tuttavia,

¹¹ V. in questo senso G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, IV ed., Padova, 2001, 151.

¹² Sulla particolare configurazione della *accountability* delle *Authorities* si veda S. CASSESE, *Negoziare e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato n. 5, Torino, 1999, 42, ove l'Autore afferma che «le Autorità indipendenti, che non sono politicamente accountable, sono in altro modo accountable e questo diverso modo sta nella visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati. La loro legittimazione non discende dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale».

¹³ Cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 154 ss.

¹⁴ Sull'importanza della legalità procedurale in chiave di legittimazione democratica delle

tale assunto non è sempre stato pacifico, specialmente se si pone mente al fatto che la L. n. 241/1990 sottrae espressamente gli atti amministrativi generali all'applicazione di alcuni importanti istituti di garanzia, tra i quali in particolare l'obbligo di motivazione¹⁵. Fondamentale per l'estensione dei principi di partecipazione procedimentale anche a questo tipo di attività è stata pertanto l'opera esegetica degli interpreti, ed in particolare della giurisprudenza¹⁶, la quale è giunta ad affermare, in accordo con la prevalente opinione della dot-

Authorities v. ad esempio M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno su «La regolazione dei servizi di interesse economico generale», Firenze, 6 novembre 2009, in *www.giustamm.it*; S. CASSESE, *Negoziiazione e trasparenza nel procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, cit., 37 ss.; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. XIV, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, 377 ss.; si vedano però anche le osservazioni sui limiti della democrazia procedurale formulate da S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss. e da F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, 18-37 e *passim*.

È noto che l'idea di democrazia procedurale rimanda all'elaborazione filosofico-politica prima che a quella giuridica: per la teorizzazione di tale concetto si rimanda al pensiero e alle opere di H. KELSEN (in particolare *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966) e J. HABERMAS (in particolare *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. CEPPEA, Milano, 1996).

Per un'analisi sui limiti del proceduralismo contemporaneo, ancora secondo una prospettiva filosofica, si veda A. HONNETH, *La stoffa della giustizia. I limiti del proceduralismo*, Torino, 2010, in part. 20 ss.: l'A. afferma in particolare, con approccio critico nei confronti delle teorie rawlsiane, che la centralità della democrazia procedurale (giustizia come risultato di un'equa procedura) potrebbe giustificarsi solo se al contempo si presuppone che i soggetti possano disporre dell'oggetto della decisione in maniera libera ed illimitata, ossia che il contenuto primario della giustizia sia rappresentato dall'equa distribuzione dei beni decisa da soggetti già autonomi; non altrettanto accade, invece, se al centro dell'idea di giustizia si pongono rapporti di riconoscimento e relazioni intersoggettive di reciprocità, necessarie alla formazione stessa della autonomia.

¹⁵ Per una bibliografia essenziale sul dibattito dottrinale e sul valore delle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo si veda M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, cit.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 97 ss.; M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 91 ss.

Anche la giurisprudenza per lungo tempo ha sostenuto l'inapplicabilità delle garanzie procedurali ai procedimenti di regolazione: v. in tal senso, *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. I, 4 maggio 1999, n. 997, nella quale si afferma che il diritto di un'associazione nazionale di emittenti o reti televisive private ad essere consultata da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni non è desumibile dalla normativa vigente; sull'esclusione dell'applicabilità di singoli istituti di partecipazione previsti dalla L. n. 241/1990 v. anche Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2002, n. 802 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 marzo 2007, n. 2235.

¹⁶ Si veda per tutte Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con commento di S. DEL GATTO, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2011, 947 ss.

trina, che la previsione di garanzie procedurali stringenti è condizione minima ed essenziale perché ai privati destinatari degli atti di regolazione possa essere assicurato il rispetto delle regole in assenza di una responsabilità politica delle Autorità¹⁷.

È proprio in questo snodo interpretativo che convergono con compiutezza le risposte ai quesiti posti in apertura di questo lavoro, ricomponendosi in un quadro sistemico unitario e coerente: le garanzie procedurali e la partecipazione, nei procedimenti avanti alle *Authorities* ed in particolare in quelli di regolazione, hanno la funzione di assicurare sia la piena imparzialità delle stesse, mediante lo strumento della trasparenza che consente il pieno superamento di ogni opacità decisoria, sia la responsabilità che esse assumono non dinanzi al governo ma dinanzi agli stessi amministratori (*accountability*), ed inoltre consentono un fondamento ed una legittimazione c.d. *dal basso* non solo ai poteri regolatori, per loro stessa natura caratterizzati da una certa ampiezza e genericità del precetto, ma anche alla stessa neutralità ed indipendenza delle Autorità¹⁸.

Il nuovo compito *politico* a cui sono chiamate le Autorità indipendenti, dunque, deve intendersi come la capacità di fornire ai mercati regole quanto più possibile certe e condivise, particolarmente necessarie nella generale instabilità normativa che negli ultimi anni caratterizza il nostro ordinamento, in special modo con riferimento ai settori più sensibili, ossia i servizi pubblici,

¹⁷ V. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 1/2004, 59 ss.

¹⁸ Tale affermazione è confortata anche dalla giurisprudenza che in proposito osserva come «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio» (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, con commento di S. SCREPANTI, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007, 377 ss.); v. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, n. 2007/2006 e Cons. Stato, sez. VI, n. 2201/2006. In questo modo, dunque, si riconosce come fonte del potere regolatorio proprio il procedimento stesso, e indirettamente i principi di trasparenza e partecipazione: così anche M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, cit., 19; v. poi F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica, Milano, 2003, secondo il quale la legittimazione del potere delle Autorità indipendenti può consistere esclusivamente nel contraddittorio completo e paritario poiché, mancando la tradizionale rappresentanza fondata sulla democrazia rappresentativa, il contraddittorio deve essere completo ed integrale non solo per garantismo ma per giustificare l'esistenza stessa di un'Autorità: in altre parole, secondo l'Autore, è attraverso la *democrazia economica*, come contraddittorio ad armi pari nei settori economici, che si può superare il *deficit* di legittimazione democratica. Sul tema della legittimazione democratica e della responsabilità si veda altresì A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 167-227.

stante la natura essenziale degli stessi e la necessità che ne sia garantita la fruizione universale; è necessaria dunque l'assunzione di un *commitment* da parte delle Autorità per assicurare una certa stabilità del quadro regolatorio, ma ciò non pare un risultato concretamente possibile in assenza di un diretto coinvolgimento degli *stakeholders* nelle procedure di formazione delle regole, specialmente se si considera che le Amministrazioni indipendenti, pur essendo portatrici nei settori di competenza di capacità tecniche di certo superiori a quelle dei soggetti regolati, scontano però normalmente un *deficit* conoscitivo iniziale che solo gli operatori di sistema possono colmare, mettendo a disposizione del regolatore il proprio *know-how* in una proficua sinergia collaborativa¹⁹.

Preme tuttavia segnalare che la c.d. *procedimentalizzazione* dell'attività di regolazione, al pari dell'estensione ad essa delle garanzie procedimentali, può avere implicazioni e significati assai diversi a seconda di quale sia la finalità in concreto perseguita attraverso la concreta applicazione di essa e degli istituti che ne sono espressione; su tale aspetto non pare superfluo soffermarsi brevemente, poiché dalle riflessioni sul tema potranno trarsi significative conseguenze per confermare o all'opposto confutare le considerazioni sin qui fatte in tema di fondamento della legittimazione delle *Authorities*.

In particolare, infatti, la nozione di *procedimento* regolatorio può avere almeno due significati: esso può essere inteso in senso c.d. *tecnocratico*, valorizzando gli aspetti di trasparenza e competenza dell'Autorità che esercita poteri di regolazione, o in senso per così dire *comunitario*, conferendo piuttosto risalto al dialogo che essa deve intrattenere con la società in generale, e particolarmente con i destinatari della regola, acquisendo così un ruolo per così dire *servente* rispetto a questi ultimi. Non si tratta soltanto di una mera questione terminologica, poiché, come si è detto, a seconda di quale approccio sia in concreto privilegiato nella prassi si avrà anche una diversa spiegazione del fondamento del potere regolatorio stesso: se la procedimentalizzazione e la partecipazione vengono interpretate nel senso che si è definito *tecnocratico*, infatti, l'azione amministrativa partecipata si conformerà principalmente ad istanze di razionalità, di correttezza oggettiva e di ordinata scansione dei fatti e delle conoscenze necessarie per valutarli, e l'Autorità fonderà poi la propria decisione su criteri di competenza tecnica specialistica di cui essa è titolare,

¹⁹ La partecipazione serve dunque anche a compensare la «debolezza» dell'amministrazione sotto il profilo della conoscenza di fatti e problemi; quando le conoscenze del regolatore sono limitate, esso deve acquisire ciò che non sa «*facendo parlare i contendenti, così come il giudice raccoglie le prove e gli argomenti nel dibattimento, sia esso scritto o orale*»: cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2002, n. 2, 273.

che consentono di validare la decisione come la migliore possibile nelle condizioni esistenti in concreto; all'opposto, se il modello accolto è quello *comunitario*, la regolazione partecipata diviene strumento per l'ingresso in prima persona, nel procedimento, degli interessi in gioco, per garantire il pluralismo delle voci anche al prezzo di una maggiore incertezza sugli esiti delle decisioni. La questione non è di poco momento, ed anzi esprime il mai sopito dibattito fra i sostenitori di un modello di *Authority* il cui compito istituzionale è quello di ridurre la complessità per creare certezza e massimizzare l'efficienza, e quelli che invece ritengono vitale, anche per queste amministrazioni, la valorizzazione e l'ascolto di tutte le voci attive in una società pluralistica, anche a costo di una minore speditezza dei procedimenti e delle decisioni²⁰; il punto è decisivo proprio perché optare per una delle due alternative significa anche prendere posizione sulla questione del fondamento dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, e questa è appunto la ragione che legittima l'emergere di tali quesiti in questa sede. La capacità delle *Authorities* di dettare regole generali valide per tutti gli operatori di sistema dei singoli settori interessati, infatti, può giustificarsi sia in base ad un criterio di *competenza*, ossia in ragione di una riconosciuta e condivisa supremazia tecnica dell'Amministrazione regolatrice, sia in base ad un criterio di *democraticità*, cioè sul presupposto che essa abbia assunto tutti gli interessi coinvolti mediante l'ascolto preventivo e il dialogo esteso a tutti i destinatari delle norme emanande, prendendo poi le proprie decisioni attraverso l'equo bilanciamento delle esigenze emerse.

Ben si comprende che un'ulteriore implicazione di tali considerazioni riguarda certamente il ruolo dell'Amministrazione nel procedimento e rispetto alla decisione assunta: se la legittimazione dei suoi poteri risiede nella sua capacità tecnica, essa conserva comunque una posizione di supremazia formale, seppure ammettendo i privati a svolgere una importante funzione collaborativa; viceversa, se il fondamento del potere è da riconoscere nel suo essere espressione di una partecipazione a vocazione comunitaria, allora l'Amministrazione regolatrice assume un ruolo servente rispetto alle esigenze prospettate dai destinatari della regola, ai quali è affidato un vero e proprio ruolo co-

²⁰ Le differenze tra concezione tecnocratica e concezione comunitaria dell'Amministrazione sono diffusamente descritte e approfondite da M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 209 ss.; per alcuni spunti sul tema si vedano le ampie riflessioni di G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario* (1975), ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006 e R.W. SCOTT, *Le organizzazioni*, Bologna, 1994. Sulla dialettica tra aspirazioni tecnico-burocratiche e comunitarie della P.A. v. anche F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 205.

decisionale, e sarà chiamata a farsi garante della bontà e congruità della scelta effettuata.

Questo secondo modello, nel quale la partecipazione è in grado di influire in modo particolarmente incisivo sulle scelte dell'amministrazione, è tipico dell'attività di regolazione delle *agencies* di matrice anglosassone ma nel nostro ordinamento fatica ad affermarsi completamente, e ciò sia per ragioni legate al mercato, forse non ancora sufficientemente maturo per forme di *regulatory negotiation*, sia per ragioni di compatibilità costituzionale con i principi organizzativi di legalità e di responsabilità governativa di cui agli artt. 97 e 95 della Carta. Si tratta dunque di individuare il miglior equilibrio possibile tra investitura tecnocratica e investitura democratica, ossia tra subordinazione e autonomia delle *Authorities*.

3. Un esempio virtuoso: L'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico

Tra le Autorità indipendenti dotate di poteri regolatori che operano nel nostro ordinamento, sembra di poter affermare che l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI) sia fra quelle che hanno raggiunto migliori risultati nell'ottica del predetto bilanciamento e della ricerca di un rapporto con la comunità dei soggetti regolati e dei fruitori dei servizi erogati, e ciò proprio attraverso l'ampio ed esteso ricorso ad istituti di partecipazione alla formazione delle regole; non sembra pertanto superfluo, in relazione ai temi principali di questo lavoro, soffermarsi brevemente sulle prassi adottate in materia da questa Autorità, per ricavarne significativi spunti di riflessione ed approfondimento sugli argomenti in esame.

L'AEEGSI (già AEEG) è stata una delle prime amministrazioni indipendenti a prevedere nei propri regolamenti forme di consultazione con gli operatori di settore sui temi più importanti oggetto della regolazione: infatti, già nella prima Consiliatura sono state disciplinate procedure per la formazione «partecipata» di atti normativi e a contenuto generale, prevedendo che l'Autorità dovesse dare adeguata pubblicità all'apertura di procedimenti finalizzati all'adozione di tali atti e autorizzando anche la diffusione di ipotesi di decisione preliminari per consentire agli interessati la presentazione di memorie e osservazioni scritte²¹. Se questa prima forma di consultazione era conno-

²¹ Si veda infatti la deliberazione n. 61 del 20.05.1997 recante «Disposizioni generali in materia di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas», al cui art. 5 sono appunto disciplinate le predette procedure per l'adozione di atti a contenuto generale.

tata dalla predisposizione unilaterale di una bozza di contenuto sulla quale raccogliere le opinioni degli operatori, in seguito l'Autorità ha perfezionato ulteriormente le proprie procedure di partecipazione, al fine di renderle ancora più rispondenti ad un ideale di collaborazione-codecisione sostanziale ed effettiva, che assicurasse quanto più possibile la coerenza dei provvedimenti alla realtà fattuale su cui erano destinati ad incidere: attualmente, infatti, i documenti di consultazione predisposti dall'AEEGSI contengono per lo più indicazioni generali sugli obiettivi da raggiungere e sulle soluzioni suggerite dall'Autorità, richiamando l'attenzione degli interessati su alcuni specifici punti chiave del provvedimento sui quali viene sollecitato l'intervento degli operatori di settore, sempre necessariamente assistito da un obbligo di motivazione piuttosto rigoroso in ordine alle osservazioni compiute.

La procedura qui descritta può essere facilmente ricondotta al modello del c.d. *notice and comment*²², con il quale si individuano ipotesi in cui la funzione di regolazione viene sostanzialmente cointegrata dal regolatore pubblico e da soggetti privati, consentendosi così di superare, almeno in parte, la contrapposizione tra eteroregolazione pubblica ed autoregolazione privata²³; ciò dà significativo esempio delle possibili direttrici lungo le quali la funzione in esame sta progressivamente evolvendo, dovendosi in generale registrare un graduale abbandono delle forme dell'unilateralità a favore di strumenti di *soft law*, *moral suasion* ed altri, tutti accomunati, seppur con ampiezza ed intensità diverse, dal ricorso a moduli di consensualità²⁴.

Come già anticipato, ciò che rende necessaria una regolazione partecipata ai fini della determinazione di una disciplina congrua rispetto alle realtà di settore è in primo luogo il *deficit* conoscitivo di partenza che caratterizza l'Autorità; la posizione tutoria e tendenzialmente *super partes* ad essa attribui-

²² La procedura di *notice and comment* è stata per la prima volta introdotta negli Stati Uniti nel 1946, con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* (Apa); in esso è dettata la disciplina sia dei procedimenti di *rulemaking*, che sfociano nell'emanazione di atti generali, sia di quelli di *adjudication*, che danno vita invece ad atti singolari; sul tema si veda S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello «neoclassico»*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, 1993, 1 ss., ove si analizzano anche i *leading cases* dei diversi modelli procedurali denominati *interest representation model* (caso *Overton Park*) e *neoclassical model* (caso *Chevron*).

²³ Cfr. in tal senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 88; secondo l'A., l'eteroregolazione si caratterizza per la natura unilaterale e autoritativa della disciplina imposta ai privati dalla fonte pubblica, mentre l'autoregolazione è propria delle forme consensuali con cui di regola si manifesta l'autonomia negoziale: nel caso del *notice and comment* l'unilateralità che permane nell'estrinsecazione del provvedimento trova però un significativo temperamento per effetto della co-regolazione.

²⁴ Per una approfondita ed attenta disamina delle attuali linee di sviluppo della regolazione si veda ancora M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 86 ss.

ta non consente infatti di conoscere nel dettaglio le criticità e gli aspetti più delicati e rilevanti nel quotidiano dipanarsi delle dinamiche proprie del mercato dell'energia, noti invece, per lo più, agli operatori di sistema: secondo le ben note parole di Einaudi, invero, occorre prima di tutto «conoscere per deliberare», e pertanto diviene essenziale per l'*Authority*, anche al fine di ottemperare al canone di completezza istruttoria dei procedimenti regolatori, assumere le esigenze degli operatori dalla loro stessa voce, secondo quella che già in precedenza si è definita genesi endogena delle fonti della regola²⁵.

L'esperienza propria dell'AEEGSI, peraltro, si è spinta ancora oltre rispetto a tali risultati, nell'ottica di una ancor più profonda valorizzazione dell'apporto privato ai procedimenti deliberativi e di una progressiva ma ampia estensione anche ad essi di fondamentali istituti di garanzia procedimentale quali il principio del contraddittorio o l'obbligo di motivazione; in questo senso appare di particolare rilievo il ricorso a forme di studio preliminare delle ricadute degli atti regolatori attraverso criteri di natura tecnico-operativa, tra i quali merita una particolare menzione l'AIR (Analisi d'Impatto della Regolazione)²⁶. Tale procedura è tipicamente strutturata per fasi, nelle quali assumono fondamentale importanza le consultazioni con gli *stakeholders* e il confronto approfondito tra alternative opzioni di intervento da parte

²⁵ V. *supra*, nota n. 9.

²⁶ L'analisi di impatto della regolazione (*regulatory impact analysis*) è stata introdotta nel nostro ordinamento intorno alla fine degli anni Novanta attraverso numerose disposizioni di legge e applicative, tra le quali l'art. 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50, la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000, l'art. 2 della legge 29 luglio 2003, n. 229, l'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, il DPCM 11 settembre 2008, n. 170.

Per una completa descrizione del funzionamento dell'AIR nei procedimenti dell'AEEGSI si veda la Delibera GOP n. 46/2008, recante ad oggetto «Introduzione della metodologia AIR – Analisi di Impatto della Regolazione – nell'Autorità per l'energia elettrica e il gas»; si veda altresì la delibera AEEG n. 58 in data 31 marzo 2005, recante «Approvazione dell'allegato documento di consultazione "Linee Guida sull'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione – AIR – nell'Autorità per l'energia elettrica e il gas" e avvio di test metodologici interni».

Ciò che preme ricordare, ai fini che qui più interessano, è che il ricorso all'AIR obbliga le amministrazioni ad operare *ex ante* una valutazione di tutte le soluzioni astrattamente possibili, inclusa la cosiddetta «opzione zero», ossia la non introduzione della nuova regola, svolgendo una *cost-benefits analysis* per ciascuna di esse e dando adeguata pubblicità delle risultanze di tali procedimenti in un documento apposito che correda la proposta di atto normativo. Ugualmente importante nell'ottica di un complessivo miglioramento della qualità della regolazione è poi lo strumento della VIR (Verifica di Impatto della Regolazione), per mezzo della quale, specularmente, si attua un controllo *ex post* sugli effetti prodotti in concreto dalle norme approvate, in particolare verificandone i costi, le eventuali difficoltà applicative e i risultati acquisiti a confronto con quelli auspicati; tale verifica, condotta di regola a scadenze periodiche biennali, potrà poi sfociare, in relazione ai dati forniti dall'analisi dei dati concreti, in proposte di perfezionamento, modifica o abrogazione delle norme precedentemente emanate.

dell'*Authority*, nonché la determinazione preventiva da parte di quest'ultima delle ragioni che inducono ad un intervento e l'esplicitazione chiara degli obiettivi da perseguire; essa si connota principalmente per la sua capacità di introdurre nel quadro regolatorio un marcato canone di trasparenza, il quale come si è visto è funzionale alla garanzia di imparzialità delle stesse Autorità indipendenti, in piena coerenza con i *target* di efficienza ed efficacia dei flussi di comunicazione interni e di quelli indirizzati ai consumatori, agli operatori e alle Istituzioni, fortemente voluti e propugnati anche dalle Direttive Europee in materia di mercato energetico. I risultati del periodo di sperimentazione triennale condotto dall'AEEGSI sull'AIR hanno evidenziato come essa abbia significativamente contribuito al miglioramento della qualità complessiva dei provvedimenti dell'Autorità, inducendo quest'ultima a individuare, tra i propri obiettivi strategici, un ampliamento dell'applicazione di tale istituto; l'AIR pare infatti in grado non solo di migliorare la complessiva gestione della qualità della regolazione con riferimento all'intero ciclo di produzione provvedimentale, ma anche di rafforzare l'impatto delle consultazioni e della partecipazione alle scelte, in ossequio alla visione di sistema secondo cui l'interlocuzione ed il confronto aperto e trasparente con tutti gli operatori del settore e con le associazioni rappresentative di imprese e fruitori finali dei servizi possono contribuire in modo significativo ad incrementare la qualità e la legittimità dell'operato stesso dell'Autorità²⁷.

Strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione o le nuove forme di consultazione applicate dall'AEEGSI dimostrano con chiarezza come nella prassi concreta l'obiettivo perseguito dall'Autorità non sia soltanto garantire che siano assistite le scelte che essa compie, ma anche che risultino chiaramente esplicitate le ragioni che conducono ad una specifica scelta e non ad altre²⁸;

²⁷ Cfr. per tali considerazioni la *Relazione Annuale* AEEGSI sullo stato dei servizi e sull'attività svolta presentata a Roma il 19 giugno 2014, Volume 2, 168, in www.autorita.energia.it.

²⁸ Del tutto coerente con questa impostazione di sistema è infatti, tanto nella struttura quanto nei contenuti, la deliberazione AEEG 30 ottobre 2009 – GOP 46/2009, con la quale è stata approvata la «*Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*»; di particolare interesse risultano peraltro le considerazioni dell'Autorità laddove essa afferma che «*appare opportuno in particolare adottare una compiuta e più articolata disciplina della consultazione in quanto essa costituisce un importante strumento di democrazia deliberativa, di trasparenza e di qualità della regolazione; con la nuova disciplina l'Autorità intende anche sottolineare la rilevanza della cultura della consultazione e del dialogo conciliando il principio di trasparenza e di partecipazione diffusa all'esercizio del potere di regolazione con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa*». Con specifico riferimento poi alla motivazione dell'atto finale l'Autorità asserisce, con affermazione di non poco momento, che «*si ritiene opportuno [...] prevedere, accogliendo le osservazioni pervenute, che l'atto di*

ciò rappresenta il risultato di un percorso di matura autoregolamentazione da parte dell'AEEGSI, agevolato e sollecitato invero anche dall'orientamento della giurisprudenza, particolarmente sensibile al tema della partecipazione²⁹. La posizione in tal senso prevalente è che l'Autorità sia sempre tenuta ad esplicitare, prima della decisione definitiva, i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di emanazione della regola, ed inoltre che occorra sottoporre il provvedimento a tutti i soggetti interessati, ossia agli operatori del mercato regolato, per una consultazione preventiva.

3.1. Democrazia procedurale nei procedimenti di regolazione

La consultazione preventiva, le audizioni dei privati, la necessità di valutare il contenuto delle osservazioni presentate e di darne conto in sede di motivazione, così come l'esplicitazione dei fini dell'intervento, costituiscono infatti regole di natura procedurale, indispensabili perché anche dinanzi alle Autorità indipendenti possano essere garantiti i principi del *giusto procedimento*; in tal modo le *Authorities* dettano regole partecipative specifiche, di natura vincolante in quanto autoimposte, costituendo un modello di contraddittorio procedimentale particolarmente avanzato rispetto alle norme di portata generale di cui alla L. n. 241/1990 e sue successive modifiche, di regola non applicabili agli atti normativi e/o generali³⁰.

regolazione sia motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte presentate in sede di consultazione, purché tempestive».

²⁹ Si veda in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 20.04.2006, n. 2201; Cons. Stato, sez. VI, 27.12.2006, n. 7972 (sentenza *Dynameeting*), con commento di S. SCREPANTI, in *Giorn. dir. amm.*, cit. In quest'ultima pronuncia il Consiglio di Stato chiarisce anche che l'Autorità è tenuta a motivare la decisione finale anche con riferimento alle osservazioni presentate nel corso delle attività di consultazione, pur non essendo tenuta a replicare in maniera puntuale ad ognuna di esse (su quest'ultimo punto v. anche Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199); da ultimo, si richiede in ogni caso il rispetto dei principi di legittimo affidamento e proporzionalità.

³⁰ Cfr. S. SCREPANTI, nota alla sentenza Cons. Stato 27 dicembre 2006, n. 7972, cit., 379.

Le singole leggi istitutive delle Autorità indipendenti (per l'AEEG, ad esempio, la L. n. 481/1995) non fissano nel dettaglio le singole regole partecipative, ma l'ancoraggio al principio di legalità è comunque salvaguardato dall'attribuzione della funzione di regolazione, da parte del Legislatore stesso, per mezzo di una disciplina di principio, che lascia alle Autorità stesse ampi poteri normativi ed amministrativi generali per l'individuazione delle norme di dettaglio; in questo senso il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, come si è già accennato, ha parlato di una «*caduta del valore della legalità sostanziale*», conseguente all'attribuzione alle *Authorities* di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti dal Legislatore, che deve essere necessariamente compensata da un rafforzamento della *legalità procedurale*, in particolare sotto forma di garanzie del contraddittorio e partecipative.

Più in generale, sui rapporti tra disciplina dei procedimenti generali davanti alle Autorità di regolazione e legge sul procedimento amministrativo v. E. CHITI, *La disciplina procedurale della*

L'obbligo non solo di effettuare la consultazione, ma anche di spiegare, più o meno dettagliatamente, le ragioni che ostano all'accoglimento delle osservazioni presentate dai partecipanti diviene pertanto uno strumento fondamentale e necessario in sostituzione della dialettica propria delle strutture rappresentative, e dunque assume valore legittimante della funzione normativa dell'AEEGSI e in generale di tutte le Autorità indipendenti, come tali estranee al meccanismo della democrazia rappresentativa; grazie all'ampio ricorso alla partecipazione dei privati, si supplisce infatti alla mancanza di rappresentatività mediante il richiamo alle forme della c.d. *democrazia partecipativa*, nella quale il dualismo delle voci pubblico-private e le procedure collaborative di scambio di osservazioni e valutazioni in diverse fasi del procedimento rimandano, seppur in senso lato, al meccanismo parlamentare della *navette*, così da fondare e giustificare il parallelismo, con funzione legittimante, tra rappresentanza e partecipazione³¹. Le considerazioni da ultimo svolte, dunque, sembrano confermare quanto affermato nelle pagine introduttive di questo lavoro, ossia la tesi secondo la quale la partecipazione dei privati ai procedimenti di regolazione costituirebbe il correttivo tanto alla carenza di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti quanto all'assenza di responsabilità politica che le connota, essendo in particolare quest'ultima sostituita dall'esigenza di trasparenza e *accountability* nei confronti dei soggetti partecipanti³².

regolazione, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2004, 679 ss.; M. D'ALBERTI, *Procedimenti «generalisti» e «singolari»: problemi attuali e miglioramenti possibili*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato)*, Torino, 1999, 91 ss.

³¹ La rappresentanza di interessi, infatti, contribuisce a rimediare al deficit di legittimazione che consegue alla mancanza di rappresentanza politica: sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo si veda in particolare S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. Giur.*, 1970, n. 1-2, 147 ss.; sui concetti di democrazia rappresentativa e democrazia *deliberativa*, da intendersi come quella propria delle decisioni pubbliche di rilievo collettivo, v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, cit., 47 ss.

³² Sembra interessante notare un parallelismo tra i modelli partecipativi all'attività di regolazione delle *Authorities* e la partecipazione della società civile ai procedimenti legislativi e di *rule-making* comunitari, ed in particolare della Commissione europea, anch'essa caratterizzata da una carenza di legittimazione democratica dovuta all'estraneità ai circuiti elettorali; assicurando alle parti interessate di far sentire la propria voce (in ossequio al «*right to be heard*»), anche la Commissione assicura infatti un meccanismo sostitutivo dei processi parlamentari. Sul punto si veda F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in F. BIGNAMI e S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo, Quaderno n. 1 della Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2004, 87 ss.

In generale, sui principi comunitari, v. anche G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, II ed., 2013.

Si può dunque affermare che le procedure di consultazione preventiva e di audizione degli *stakeholders* non sono da considerarsi soltanto meri adempimenti procedurali, pur necessari a garantire il rispetto e la tutela dei diritti dei cittadini, ma costituiscono in realtà forme alternative a quelle tradizionali dell'unilateralità per la *governance* di settori economici sensibili, divenendo preziosi strumenti di controllo dei processi decisionali pubblici attraverso la responsabilizzazione delle Autorità indipendenti e del loro operato; va certamente detto, tuttavia, che all'innegabile guadagno in termini di trasparenza e democraticità fa spesso da contraltare un calo dell'efficienza, sul presupposto che il tempo e le risorse necessarie alla partecipazione cagionano spesso irrigidimenti e ritardi nelle procedure. La giurisprudenza ha parlato, in tal senso, di un rischio di «ossificazione» delle procedure di regolazione, in contrasto con l'esigenza di rapidità e snellezza necessarie per l'emanazione di norme a contenuto tecnico, come tali soggette a rapida obsolescenza³³; i tentativi di circoscrivere i possibili rischi di appesantimento procedimentale conseguenti alle garanzie partecipative devono tuttavia tenere conto che la trasparenza delle procedure, come già accennato, non è solo uno strumento di legittimazione e valorizzazione del consenso, ma è altresì la migliore garanzia che il regolatore non fuoriesca dai confini della neutralità rispetto alle situazioni sostanziali in gioco; non è un caso che negli Stati Uniti, ove la tutela delle *Agencies* dalle influenze esterne è un'esigenza particolarmente sentita, la trasparenza sia totale ed estesa ad ogni atto, documento o verbale del procedimento regolatorio, anche a rischio di una maggior farraginosità procedurale.

Per queste ragioni, dunque, si sottolinea l'esigenza di un equo temperamento fra il canone dell'effettività e quello di ampiezza della partecipazione e del contraddittorio, sacrificando quest'ultimo nei casi in cui sussistano ragioni di particolare urgenza o si tratti di provvedimenti dal contenuto vincolato o recanti modifiche marginali o di scarso rilievo. Ciononostante, la partecipazione dei cittadini alla formazione delle politiche da parte dei pubblici poteri ha certamente l'effetto virtuoso di renderle più accettabili ai destinatari, in quanto con essi condivise, riducendo al contempo il rischio che le regole predisposte non vengano successivamente attuate³⁴.

³³ v. S. DEL GATTO, *Commento* a Cons. Stato, n. 1215/2010, cit., 954.

³⁴ Spingendosi sino a compiere qualche considerazione di stampo più marcatamente sociologico, e pur nella consapevolezza che ciò costituisca un leggero sconfinamento rispetto ai temi trattati, sembra possibile affermare che l'applicazione degli istituti della democrazia partecipativa possa contribuire a promuovere lo sviluppo sociale, accrescendo il sentimento di fiducia e riducendo il senso di estraniamento dai centri di potere, stimolando l'interesse della collettività per i problemi collettivi e contribuendo a formare una cittadinanza attiva e ben informata, per ciò stesso capace di intervenire con maggiore impegno e motivazione nel governo della società; se sono consapevoli che esiste l'opportunità di partecipare efficacemente ai processi decisionali,

3.2. *Il metodo della consultazione nel Servizio Idrico Integrato*

Proseguendo nell'analisi delle forme *lato sensu* partecipative che caratterizzano le attività dell'AEEGSI, pare opportuno dedicare qualche breve considerazione alle relazioni fra tale Autorità e i suoi interlocutori con particolare riferimento al settore del servizio idrico.

Come è noto, con il decreto legge n. 201/2011 (cd. Salva-Italia), sono state attribuite all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas «*le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici*» in precedenza affidate all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua³⁵. Tale innovazione ha comportato, in capo all'Autorità, l'obbligo di intraprendere attività finalizzate all'acquisizione delle grandezze tecniche ed economiche del settore, necessarie per realizzare un iniziale quadro conoscitivo del settore stesso, indispensabile per la definizione delle nuove regole; ciò che più preme sottolineare in questa sede è che le complessità riscontrate in questa fase hanno imposto all'AEEGSI di optare per una nuova fase regolatoria, inaugurata a partire dal 2013, basata su una impostazione *integrata* della regolazione di settore, finalizzata ad incentivare l'esplicitazione della relazione tra identificazione degli

i destinatari delle norme possono più facilmente interessarsi alla partecipazione, non solo ritenendola rilevante ma volendo dare attivamente il proprio contributo, e ciò li condurrà con maggiore probabilità a sostenere che le decisioni collettive così assunte debbano considerarsi vincolanti: in tal senso C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970, cap. 2 e 6; v. anche D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, 1989, 323 ss.

Interessanti, nello stesso senso, sono le riflessioni compiute in tema di democrazia e deliberazione da R. KREIDE, *Politica globale e diritti umani. Potenza e impotenza di uno strumento politico*, Torino, 2010, 232 ss.; l'A. afferma infatti che «*la deliberazione è un processo politico in cui si raggiunge la miglior soluzione possibile dei problemi in questione attraverso la prassi dello scambio di ragioni. La democrazia mette a disposizione i presupposti politici e istituzionali per il processo di decision-making, attraverso il quale i cittadini diventano gli autori di quelle stesse regole a cui sono sottomessi. Mentre la deliberazione può essere intesa anzitutto come una procedura di problem-solving, la democrazia fornisce un quadro istituzionale di rappresentanza e di decision-making*»; secondo l'A., a ben vedere, l'essenza stessa della democrazia consiste infatti nella capacità di consentire condizioni istituzionali che assicurino il c.d. principio del coinvolgimento, ossia l'assenza di coercizione dei cittadini da parte della classe dominante e la garanzia di autolegislazione di coloro che sono sottomessi alle leggi: in questo modo si colmerebbe infatti una lacuna di legittimità, che sorgerebbe se «coinvolgimento» significasse solo ricevere giustificazioni sull'attuazione delle regole senza poter prendere parte al processo decisionale.

³⁵ Tali funzioni si riferiscono a diversi aspetti del servizio idrico cd. integrato, coinvolgendo tanto questioni tecnico-organizzative quanto aspetti legati alla funzionalità e all'efficienza: i poteri dell'AEEGSI spaziano infatti dalla definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura dei costi sino alle competenze in materia di qualità del servizio, di verifica dei piani d'ambito e di predisposizione di modelli di convenzioni per l'affidamento del servizio.

obiettivi, selezione degli interventi necessari e riflessi in termini di entità dei corrispettivi e di attese di miglioramento di efficienza degli operatori, con l'obiettivo di creare un quadro di regole chiare, credibili e stabili nel lungo periodo³⁶.

I dati raccolti dall'AEEGSI hanno infatti evidenziato problemi legati sia alla polverizzazione della *governance* per la presenza di modelli di governo locale articolati e complessi, sia all'asimmetria delle legislazioni regionali e al numero elevato di gestori operanti sulla base di modelli gestori e tariffari diversi, nonché alla rilevante necessità di investimenti infrastrutturali, cruciali per l'evoluzione del settore.

Si segnalano, in questo senso, le importanti novità contenute nel decreto legge n. 133/2014 – cd. «Sblocca-Italia», convertito nella legge 11 novembre 2014, n. 164 – in materia di servizio idrico integrato (Capo III, art. 7, che introduce alcune significative modifiche al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), ed in particolare la decisa opzione del legislatore per l'affidamento del servizio idrico a gestori unici all'interno di ambiti territoriali ottimali, per superare la frammentazione esistente e garantire così un potenziamento dell'efficienza del servizio in ossequio alle indicazioni di principio discendenti dal quadro europeo³⁷. Il ruolo degli enti locali esce senz'altro potenziato da tali ultime modifiche legislative, soprattutto attraverso la chiara esplicitazione dell'obbligo per gli stessi di partecipare ai nuovi Enti di governo dell'ambito (che a partire dal 2011 hanno sostituito le vecchie ATO) ai quali è trasferito l'esercizio delle competenze più rilevanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture; in secondo luogo, pare significativa la previsione secondo cui l'ente di governo dell'ambito e il soggetto gestore del servizio idrico regolano il loro rapporto attraverso una convenzione predisposta dall'Ente stesso sulla base di «convenzioni-tipo» adottate dall'AEEGSI: in questo modo pare rafforzata la collaborazione tra i diversi

³⁶ Per queste ed altre considerazioni brevemente richiamate in questa sede si veda la *Relazione annuale* AEEGSI 2014 sullo stato dei servizi presentata nel giugno 2014, II, 213 ss.

³⁷ Garantire una tutela adeguata della risorsa idrica e dell'ambiente è infatti uno dei principali obiettivi fissati a livello comunitario, ove l'acqua è riconosciuta come «*un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale*». Pare utile richiamare in questa sede la Direttiva 2000/60/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 ottobre 2000 la quale, oltre ad istituire un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque e a definire una disciplina organica del settore, introduce una disposizione specifica (art. 9) che impone agli Stati membri di tenere conto «*del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse [...]*»; rilevante nello stesso senso è anche la comunicazione della Commissione COM (2000) 477, con la quale si afferma che le politiche di tariffazione «*devono essere basate sulla valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenere conto sia del costo finanziario della fornitura del servizio sia dei relativi costi ambientali e delle risorse*»..

soggetti operanti nel settore idrico, in funzione di una più marcata *accountability* e di una maggiore efficienza nell'erogazione delle prestazioni.

Il compito fondamentale dell'AEEGSI in materia di servizio idrico, in ogni caso, resta senza dubbio quello della regolazione tariffaria: deve segnalarsi in questo senso, ai fini che più interessano per le tematiche trattate in questa sede, che le nuove metodologie adottate dall'Autorità si caratterizzano per l'elaborazione di una serie di schemi regolatori alternativi tra loro, declinati in base al rapporto tra situazione esistente e obiettivi specifici da raggiungere, fra i quali ciascun ente d'ambito possa individuare la soluzione più efficace da sottoporre all'approvazione dell'Autorità³⁸, e ciò soprattutto in ragione di due aspetti: da un lato, il fabbisogno di investimenti in rapporto al valore delle infrastrutture esistenti, e dall'altro i costi operativi necessari al raggiungimento degli obiettivi specifici del gestore, in funzione di massimizzazione dell'efficienza e dell'efficacia del servizio.

Ai fini dell'elaborazione del nuovo metodo tariffario per gli anni 2014 e 2015, deve ricordarsi che l'AEEGSI ha avviato un ampio processo di consultazione, illustrando puntualmente tutti gli elementi di integrazione del metodo adottato in precedenza (MTT – «Metodo Tariffario Transitorio», per gli anni 2012 e 2013) e la nuova impostazione regolatoria³⁹.

Il metodo della consultazione è stato adottato dall'AEEGSI anche ai fini della selezione e promozione di nuovi investimenti infrastrutturali per l'evoluzione del servizio idrico integrato, coerentemente con quanto espresso

³⁸ Il modello antecedente, disegnato prima dalla L. n. 36/1994 e successivamente dal d.lgs. 152/2006, era improntato ad una regolazione nella quale spettava al governo stabilire le componenti di costo per la determinazione della tariffa, mentre era compito dell'Autorità d'ambito definire la tariffa base e stabilire in convenzione i criteri e le modalità di applicazione della stessa all'utenza da parte del gestore; dopo le modifiche introdotte dal citato d.l. 201/2011, invece, il modello regolatorio prevede che sia l'AEEGSI a definire le componenti di costo e il metodo tariffario per la determinazione della tariffa e che spetti ai nuovi Enti per la gestione d'ambito definire quest'ultima in concreto, per poi sottoporla nuovamente all'approvazione dell'AEEGSI prima che essa possa essere applicata dal gestore. È stato osservato, in proposito, che tale nuova metodologia di regolazione «*dispone di fattori di legittimazione e di stabilizzazione delle regole che sorreggono la coerenza del sistema ed attenuano il rischio regolatorio, dipendente soprattutto da modifiche continue e incoerenti, connesse alla contingenza politica o al variare delle maggioranze*»: cfr. L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in *Rassegna Astrid*, 7/2013.

³⁹ Si veda in tal senso il recente documento di consultazione AEEGSI 539/2014/R/idr, del 30 ottobre 2014, recante ad oggetto «*Individuazione ed esplicitazione dei costi ambientali e della risorsa nel metodo tariffario idrico (MIT)*»; si vedano anche, *ex multis*, i documenti di consultazione della stessa Autorità nn. 171/2014/R/idr, 143/2014/R/idr, 204/2012/R/idr, 290/2012/R/idr, nonché la delibera n. 585/2012/R/idr.

dagli indirizzi comunitari e nazionali⁴⁰; in particolare, con il documento 25 luglio 2013, 339/2013/R/idr, l'Autorità ha posto in consultazione elementi conoscitivi e criteri guida per la quantificazione e la selezione degli investimenti necessari, nella consapevolezza delle complessità e dell'articolazione del sistema di competenze previste nel settore⁴¹, anche ai fini della programmazione per il raggiungimento degli obiettivi di investimento resi necessari dall'urgente esigenza di risanamento e ammodernamento delle infrastrutture esistenti.

Ciò che più preme sottolineare è che in generale, anche in questo caso, il metodo della consultazione dei soggetti interessati ha dato risultati incoraggianti, contribuendo sia a colmare il *deficit* conoscitivo dell'Autorità in una materia di recente attribuzione e sia ad attuare in concreto l'idea di nuove regole congrue e stabili, in una prospettiva di lungo termine, graduate e differenzialmente declinate secondo le esigenze degli operatori coinvolti⁴².

3.3. Altre iniziative per il coinvolgimento diretto del consumatore

A conclusione dell'analisi sin qui svolta in tema di istituti di partecipazione e a corollario delle valutazioni compiute, pare opportuno dedicare alcuni brevi cenni anche all'importanza crescente assunta dalle iniziative finalizzate ad incrementare la comunicazione, secondo una prassi applicativa comune all'AEEGSI, della quale in particolare ci si è occupati in questa sede, così come alle altre Autorità indipendenti; sulla scorta delle indicazioni fornite dall'Unione Europea nell'ottica del rafforzamento della posizione e della tutela dei consumatori, in particolare per assicurare ad essi una piena e corretta informazione ed una protezione specifica a quelli tra essi più vulnerabili, anche mediante individuazione e scambio di *best practices*, l'Autorità per l'Energia ha infatti intrapreso una serie di importanti iniziative per sviluppare la consapevolezza dei fruitori finali dei propri servizi. Tra esse merita menzione, in primo luogo, l'istituzione di uno Sportello del Consumatore, con funzione di pubblicizzazione di ogni informazione utile ai clienti e di gestione dei

⁴⁰ Tra i compiti dell'Autorità deve infatti annoverarsi l'adeguamento degli strumenti regolatori al fine di allineare il sistema infrastrutturale nazionale agli standard definiti in ambito europeo, assicurando sul territorio i livelli di tutela indispensabili per le risorse idriche e per l'ambiente.

⁴¹ Come è noto, il comparto prevede infatti l'Autorità di distretto per la gestione delle acque, le Regioni per la loro tutela, l'Ambito territoriale integrato per l'erogazione del servizio idrico.

⁴² Per un approfondimento sui metodi della regolazione si veda G. NAPOLITANO, *L'armonizzazione regolatoria dei servizi di interesse economico generale in Europa*, in AA.VV., *Servizi di interesse generale, diritti degli utenti e tutela dell'ambiente*, a cura di M.P. RAGIONIERI e M. MARESCA, Milano, 2006, 41 ss.

reclami da essi presentati⁴³, ed inoltre alcune altre promettenti proposte quali l'avviamento di un sistema informatico di confronto e ricerca delle offerte commerciali di vendita di energia o l'attivazione di un *call center* per l'assistenza a consumatori e *prosumers*⁴⁴.

Al di là delle singole proposte concrete adottate dall'AEEGSI, d'altronde, ciò che maggiormente colpisce in termini generali è l'interesse prioritario attribuito al conseguimento di obiettivi di informazione e sviluppo della consapevolezza degli utenti, nell'ottica di raggiungere tutti i consumatori e di tutelare quelli più deboli⁴⁵; quest'ultimo aspetto, in particolare, rimanda in modo del tutto coerente alla *ratio* di tutela del contraente debole che permea la disciplina civilistica dettata in materia di contratti con il consumatore⁴⁶.

Ciò che sembra più importante notare, ai fini che interessano in questa sede, è la capacità dell'Autorità di predisporre iniziative diversamente modulate a seconda del diverso *target* di destinatari che essa intende raggiungere: in questo modo essa sembra davvero in grado di assicurare un coinvolgimento pieno, non solo formale ma anche sostanziale, di tutte le categorie di *stakeholders* nella predisposizione delle regole e delle prassi applicative, utilizzando a tal fine i canali di pubblicità e partecipazione più rispondenti al diverso grado di consapevolezza, preparazione e strutturazione di ogni categoria, e contestualmente sfuggendo al rischio che siano solo gli operatori più forti del siste-

⁴³ Lo Sportello per il consumatore di energia è stato istituito dall'AEEGSI con delibera 14 maggio 2008, GOP 28/08, e la sua gestione è stata interamente affidata in avallimento all'Acquirente unico, in ossequio a quanto previsto dall'art. 27, comma 2, della L. 99/09.

⁴⁴ Per una più approfondita descrizione del funzionamento dei servizi al consumatore attivati dall'AEEGSI, qui solamente menzionati, ed una analisi dettagliata dei risultati da essi ottenuti in chiave di tutela del cliente, si veda la *Relazione annuale* AEEGSI sullo stato dei servizi, cit., II, 135 ss. Significativo è poi il ricorso dell'Autorità anche ad ulteriori strumenti di comunicazione al fine di raggiungere anche i più piccoli consumatori e quelli più vulnerabili: si pensi in tal senso all'elaborazione di spot pubblicitari diffusi *online* e in televisione, all'attivazione di un Numero Verde per il consumatore di energia, al rinnovamento del sito internet istituzionale per semplificarne la navigazione, all'utilizzo sempre crescente dei *social network* per la diffusione di informazioni utili ecc. (v. *Relazione Annuale* AEEGSI, cit., II, 229 ss.)

⁴⁵ La tendenza ad una sempre crescente tutela del consumatore più debole, oltre che nelle iniziative volte a promuovere la comunicazione e l'informazione sull'attività dell'Autorità, si manifesta anche in una serie di agevolazioni a favore di clienti in disagio economico e in gravi condizioni di salute, in particolare attraverso l'erogazione di *bonus* per le forniture di energia elettrica e gas naturale: in tal senso, si veda la *Relazione annuale* AEEGSI 2014, II, 157 ss.

⁴⁶ Il riferimento, come è noto, è alla disciplina dei contratti tra consumatore e professionista contenuta all'art. 1469*bis* c.c. e nel Codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005); di recente le frontiere della tutela del contraente debole sono state ulteriormente rafforzate per effetto del d.lgs. n. 21 del 24.02.2014 che ha recepito la direttiva europea 2011/83/UE, rendendo anche maggiormente incisivi i poteri di vigilanza e sanzionatori attribuiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di tutela del consumatore.

ma a poter fornire il proprio contributo alle decisioni di impatto più rilevante. A tal fine sembra interessante notare che nel corso delle procedure di consultazione che hanno condotto alla redazione della già citata Delibera AEEG 30 ottobre 2009 – GOP 46/2009 (*Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*) un istituto universitario aveva proposto, attraverso un'apposita osservazione, l'introduzione di una forma di consultazione ispirata alla «regolazione negoziata» statunitense, da realizzarsi mediante l'istituzione di un comitato composto da rappresentanti dell'Autorità e di alcuni selezionati gruppi di interesse coinvolti nell'atto di regolazione, per predisporre di comune accordo e con l'aiuto di un *facilitator* una proposta di regolazione da sottoporre poi a consultazione; l'Autorità non ha accolto tale osservazione, ritenendo che ciò potesse far sorgere un concreto rischio di discriminazione, e ciò sul presupposto, come si legge nel testo della delibera GOP 46/2009, che «*gli atti di regolazione hanno efficacia generale e che il procedimento deve garantire la più ampia partecipazione di tutti gli interessati all'esercizio del potere regolatorio da parte dell'Autorità*»⁴⁷.

L'obiettivo dell'impegno assunto dall'AEEGSI ad elaborare regole quanto più possibile condivise assume rilievo anche per il possibile effetto deflattivo del contenzioso che da ciò potrebbe derivare; come si è accennato in precedenza, infatti, la partecipazione alla formazione della regola dovrebbe implicare tendenzialmente una minor probabilità che essa venga successivamente contestata, non attuata o violata dagli operatori che hanno contribuito a crearla, in ossequio ai principi e alle forme della c.d. *democrazia partecipativa*; accanto a ciò, poi, nell'ottica di una tutela del consumatore finale, l'AEEGSI ha attivato alcuni strumenti di risoluzione alternativa ed extragiudiziale del contenzioso tra consumatori ed esercenti, quali ad esempio procedimenti di reclamo, gestiti dallo Sportello per il consumatore, o il Servizio di Conciliazione clienti energia, tutti caratterizzati da procedure trasparenti, snelle e poco onerose.

4. *Tecnica, Autorità specializzate e garanzia democratica: alcune considerazioni conclusive*

Dal quadro che si è sin qui delineato con riferimento alle prassi dell'AEEGSI emerge una chiara indicazione dell'impegno di questa *Authority* a favore di una regolazione concretamente partecipata, nella quale la trasparenza delle scelte, l'esplicitazione dei criteri e delle ragioni che ad esse conducono e la costante verifica dei risultati ottenuti appaiono un obiettivo prioritario

⁴⁷ Per questo e altri richiami alle delibere dell'Autorità si veda il sito www.autorita.energia.it.

dell'azione amministrativa, anche quando finalizzata all'adozione di atti generali; la scelta di approfondire alcuni aspetti concreti dell'operato di questa Autorità pare giustificata dalla bontà dei risultati da essa sinora raggiunti, soprattutto nel quadro di un equo bilanciamento tra legittimazione tecnocratica e legittimazione comunitaria dell'attività di regolazione. Il costante ricorso alla partecipazione degli interessati – siano essi grandi operatori economici, associazioni rappresentative di categorie di consumatori o piccoli utenti finali del servizio – nelle fasi procedurali preparatorie all'emanazione degli atti generali, dimostra come essa sia percepita come un'insostituibile risorsa da valorizzare ed estendere quanto più possibile: l'Autorità si rivolge infatti ai soggetti regolati per ascoltarne le richieste mutate dall'esperienza concreta e supplire alle proprie inevitabili carenze sotto il profilo conoscitivo, che essi intervengono a colmare; e pur tuttavia, in sede di predisposizione dell'atto regolatorio finale l'Autorità non deve operare un bilanciamento fra tutte le proposte e le osservazioni pervenute con l'intento di soddisfarle tutte, ma al contrario è chiamata, proprio in funzione del suo ruolo tutorio e di garanzia, a decidere quale sia la soluzione migliore, compiendo scelte che trovano la propria legittimazione nella competenza «tecnica» ad essa riconosciuta e assumendo la responsabilità di tali scelte dinanzi ai destinatari della regola. Le scelte delle *Authorities* con poteri di regolazione non possono infatti tradursi in decisioni asettiche o neutre, vista la costante delicatezza degli interessi in gioco negli specifici settori nei quali esse operano, ma all'opposto debbono essere decisioni razionali e quanto più possibile di lungo periodo, eventualmente rimodulabili in base ai risultati forniti dalle verifiche sull'impatto delle regole vigenti.

La maturità raggiunta dai mercati nel nostro ordinamento, come si accennava in precedenza, non è ancora sufficiente all'introduzione di forme di regolazione propriamente negoziata, e pertanto sembra in questo senso inevitabile per le Autorità indipendenti conservare in certa misura nell'adozione delle decisioni la tendenziale unilateralità formale di cui s'è detto poc'anzi: e tuttavia, lo si ripete, tale unilateralità viene temperata attraverso le garanzie procedurali, e particolarmente l'esplicitazione scrupolosa delle ragioni che inducono a non accogliere le proposte e gli stimoli emersi in sede di partecipazione e/o consultazione.

Certamente non è possibile escludere che le scelte delle *Authorities* vengano fatte oggetto di contestazione, in particolare in sede giurisdizionale, ma è pur vero che spesso la partecipazione assicurata a monte rispetto al provvedimento finale potrebbe costituire, almeno astrattamente, idoneo strumento deflattivo del contenzioso: aver fornito il proprio apporto, più o meno efficacemente, alla formazione degli atti a contenuto regolatorio contribuisce a far percepire la decisione finale siccome vincolante, attenuando il rischio che le

regole siano avvertite come spiccatamente unilaterali e la convinzione che le proprie esigenze non siano mai in realtà oggetto di seria considerazione.

A conclusione dell'analisi svolta sin qui, dunque, sembra di poter affermare con relativa certezza che gli istituti di partecipazione e di garanzia ormai accolti e diffusi anche nell'ambito dei procedimenti di regolazione dinanzi alle Autorità indipendenti costituiscono un fondamentale ed imprescindibile strumento, non solo sotto il profilo procedurale ma anche e soprattutto sostanziale, per rendere quanto più possibile condivise le scelte delle *Authorities* che i destinatari saranno chiamati a rispettare; ciò costituisce un significativo passo verso la compiuta attuazione di un modello di «democrazia partecipativa» anche laddove manchino i meccanismi democratico - rappresentativi propri della politica, come tipicamente accade per le Autorità indipendenti. Perché tale modello si affermi, infatti, occorre che anche tali amministrazioni si impegnino costantemente ad incoraggiare nei privati un interesse per i problemi collettivi, contribuendo alla formazione di un diffuso sentimento di efficacia attraverso la partecipazione diretta ai processi decisionali e implementando il già virtuoso flusso di trasparenza ed informazioni accessibili, nonché impegnandosi a ridurre al minimo i rallentamenti e gli appesantimenti che potrebbero derivare dall'ampliamento delle garanzie procedurali. Occorre che le *Authorities*, massima espressione della competenza tecnica di settore, siano in grado di vegliare sugli interessi a loro affidati portando nei mercati rilevanti le proprie istanze di razionalità e lungimiranza, senza tuttavia tralasciare la necessità, accanto a quella tecnica, di una legittimazione *lato sensu* democratica del loro operato.

Perché ciò si realizzi in concreto, sembra che siano proprio le garanzie partecipative e procedurali a poter giocare un ruolo fondamentale, fungendo da imprescindibile strumento di mutuo riconoscimento fra gli attori coinvolti e costituendo, al contempo, un importante momento di confronto relazionale fra interessi privati e pubblici, un banco di prova per misurare l'efficacia della capacità progettuale delle *Authorities* e uno strumento di controllo *ex ante* sulle decisioni di queste, che si affianca al tradizionale controllo *ex post* affidato al Giudice (il cui compito sarà peraltro facilitato dall'obbligo di motivazione imposto alle AA.II.): parafrasando un illustre Autore, si potrebbe affermare che «la democrazia cresce negli interstizi delle procedure»⁴⁸.

La delicatezza dei compiti affidati alle Autorità indipendenti, infatti, richiede necessariamente l'individuazione di congrui ed adeguati strumenti per attuare un sistema di *checks and balances*, ossia per individuare il corretto punto di equilibrio per la realizzazione ottimale di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti

⁴⁸ S. CASSESE, *La libertà cresce negli interstizi delle procedure (sulla legge relativa al procedimento amministrativo)*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, 531 ss.; sulla valenza dei moduli partecipativi e processuali per definire il carattere democratico dell'ordinamento, v. già C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, Milano, 1956.

nell'azione concreta di tali soggetti. In ciò risiede l'elemento nodale delle considerazioni sin qui condotte sul rilievo delle garanzie procedurali: la partecipazione, la trasparenza e quindi la pubblicità delle decisioni delle *Authorities*, in uno con il controllo giurisdizionale assicurato *ex post* sui provvedimenti da queste adottati, costituiscono le garanzie fondamentali ed indispensabili affinché l'attività di tali soggetti non sia assoggettata al predominio incondizionato della tecnica, che pure costituisce una delle basi su cui poggia la sua legittimazione.

La trasposizione, anche al di fuori delle tradizionali forme giurisdizionali, di principi quali quelli del contraddittorio o del diritto ad essere ascoltati assicura dunque la cd. proceduralizzazione dell'attività delle *Authorities*, che diviene contrappeso della autorità fondata (esclusivamente) sulla tecnica e consente alla componente democratica di dare valore condiviso alle scelte, in ossequio ai canoni di riflessività pubblica e alle teorie dell'agire comunicativo⁴⁹.

E non occorre attribuire peso determinante alla concreta incidenza deflattiva del contenzioso di tali previsioni: gli istituti di partecipazione rafforzano in modo determinante la legittimazione delle Autorità e rendono concreto ed incisivo l'obbligo di motivazione che esse sono tenute a rispettare nell'adozione dei propri provvedimenti, facilitando così anche il ruolo del Giudice che su di essi debba esprimere il proprio sindacato; inoltre, i medesimi istituti favoriscono l'adozione di decisioni di lungo periodo, che rispettino una visione lungimirante nella realizzazione di un disegno complessivo di regolazione ottimale degli interessi: solo in questo modo, infatti, si può compiutamente affermare che le Amministrazioni indipendenti rispondano alla definizione, vera ed autentica, di *Autorità*⁵⁰.

⁴⁹ La teoria dell'agire comunicativo si deve soprattutto all'elaborazione filosofica di J. HABERMAS, e presuppone un modello di democrazia nella quale siano garantite l'intesa intersoggettiva e la integrazione sociale grazie alla possibilità offerta agli attori sociali, mediante la comunicazione linguistica razionale, di argomentare, spiegare e proporre alla comune condivisione le proprie convinzioni, vedendo così riconosciuti come socialmente validi i propri valori e le proprie norme di riferimento; in questo modo sarebbe possibile, secondo HABERMAS, porre rimedio alla crisi di legittimità che attraversa le società occidentali, in particolare mediante il raggiungimento di un'intesa, basata sui rapporti fiduciari tra i diversi attori sociali, sulle azioni da compiere e sulle norme riconosciute come vincolanti. Si veda J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. it., Bologna, 1986.

⁵⁰ Si veda A. KOJÈVE, *La nozione di Autorità*, Milano, 2011, in part. 19 e 31: secondo l'A., infatti, «*esiste Autorità soltanto là dove c'è movimento, cambiamento, azione [...]. E, in tutta evidenza, l'Autorità appartiene a chi opera il cambiamento, e non a chi lo subisce [...]. L'Autorità, quindi, è necessariamente una relazione [...]: è un fenomeno essenzialmente sociale (e non individuale); perché vi sia Autorità bisogna essere almeno in due*». Tra i modelli puri di Autorità che KOJÈVE analizza, pare particolarmente interessante ai fini che interessano quello denominato «*Autorità del Capo*» (di cui costituisce una variante la c.d. Autorità del Tecnico), di matrice aristotelica: secondo l'A., infatti, in questo caso l'Autorità trova il suo fondamento proprio nella *lungimiranza* del Capo, nella sua capacità di *prevedere* e di concepire un *progetto*, andando oltre il livello dei dati sensibili.

LUCA STICCHI

GIUDICE AMMINISTRATIVO E AUTORITÀ INDIPENDENTI:
UNA DIFFICILE COABITAZIONE.
QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le Autorità indipendenti: ragioni, caratteri e impatto costituzionale. – 3. La discrezionalità tecnica al vaglio di dottrina e giurisprudenza. – 4. Dottrina, giurisprudenza e Autorità indipendenti. – 4.1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). – 4.2. L'Autorità per l'energia elettrica, gas e servizio idrico (AEEGSI). – 5. Dubbi e riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

L'ambizioso tema prescelto impone, prima di addentrarsi *in medias res*, di fornire le coordinate della breve analisi che si intende affrontare.

D'altronde, occuparsi oggi del sindacato del giudice amministrativo in tema di discrezionalità tecnica non può prescindere da un'*actio finium regundorum* che, altrimenti, non consentirebbe di affrontare, in poco tempo, l'intero spettro di possibili istituti e fenomeni coinvolti e richiamati da detto impegnativo titolo.

In ogni caso, si cercherà di tratteggiare i dati essenziali, al fine di fornire una sorta di *fil rouge*, che funga da percorso guidato fino alla proposizione, nella parte finale, dei dubbi – numerosi – e delle certezze – in numero esiguo – che si possono ricavare dallo studio che segue.

Quanto alle Autorità, si farà riferimento prevalentemente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e all'Autorità dell'energia elettrica e gas (AEEGSI). In primo luogo, perché gli arresti giurisprudenziali più rilevanti si sono formati proprio sull'attività posta in essere dalle medesime; in secondo luogo, in quanto i profili che involgono le medesime sono numerosi, diversi e complessi, attenendo – in linea tendenziale per quanto non assoluta – quelli relativi all'AGCM alla discrezionalità tecnica e quelli relativi all'AEEGSI alla discrezionalità pura¹.

L'analisi vedrà una prima fase dedicata alle Autorità indipendenti, alla lo-

¹ G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche delle amministrazioni e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 172. In senso contrario, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 127. Secondo l'A. i poteri esercitati dall'AEEGSI sarebbero riconducibili alla sfera della discrezionalità tecnica.

ro genesi, ai loro caratteri principali e al loro impatto costituzionale; seguirà, poi, una ricognizione dottrinale e giurisprudenziale in punto alla discrezionalità tecnica; infine, l'ultima parte sarà dedicata ai profili di commistione tra giurisprudenza amministrativa e discrezionalità tecnica esercitata dalle Autorità indipendenti.

2. Le Autorità indipendenti: ragioni, caratteri e impatto costituzionale

Dare una definizione unitaria di Autorità amministrative indipendenti rappresenterebbe un tentativo inutile, e per certi aspetti dannoso, di imbrigliare un concetto giuridico all'interno di un paradigma unitario. Il legislatore, infatti, «ha [spesso] attribuito il *nomen* autorità, o altro equipollente, anche ad organismi che presentano elementi di subordinazione o dipendenza funzionale dal Governo»².

Secondo la migliore dottrina, tuttavia, è possibile individuare due indicatori minimi perché un'Autorità indipendente possa definirsi tale: «la separazione dal Governo [...] e la garanzia di un diritto fondamentale che, nel caso prevalente della libertà economica, si risolve nella tutela della *par condicio* del mercato concorrenziale, naturale o artificialmente creato con strumenti giuridici»³. In disparte gli elementi unitari, chiaro è che ciascuna Autorità presenta profili di differenziazione tali da determinare un quadro giuridico frastagliato e difficilmente, in via ulteriore, riducibile *ad unum*: si pensi alle numerose Autorità presenti nel territorio nazionale, ciascuna delle quali dotata di caratteristiche proprie.

Le origini delle Autorità si fanno risalire al contesto americano. Nella realtà statunitense, di stampo liberistico, «esperienza tecnica e neutralità» che garantiscano e assicurino il «*keeping out of politics*»⁴ sono i motivi conduttori e trainanti dell'esigenza di «controllo» pubblico sulla libera iniziativa economica privata. L'esigenza precipua nasce, quindi, dal porre sotto controllo un merca-

² F. MERUSI e M. PASSARO, *Autorità indipendenti (voce)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 2002, 165.

³ F. MERUSI e M. PASSARO, *op. loc. cit.* In particolare l'analisi condotta da Merusi e Passaro è, sul punto, «enciclopedica» sotto vari profili. La trattazione affronta e descrive le Autorità indipendenti presenti sul territorio italiano, il relativo modello italiano – attraverso una preziosa opera di astrazione –, con i loro propri caratteri, scopi, modalità di funzionamento e prospettive *de iure condendo*. Per una più ampia disamina, si veda il contributo.

⁴ R. CHIEPPA, *Il differente controllo del giudice amministrativo sulle attività di regolazione e giustiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti. 7° Colloquio italiano-spagnolo*, a cura di AA.VV., Milano, Giuffrè, 2009, 49.

to affidato alle sue proprie regole, al fine di evitare abusi in grado di distorcere la concorrenza.

All'interno degli ordinamenti europei, ed in quello italiano in particolare, l'esigenza trae origine, invece, da altri obiettivi ed altre finalità: «da una eccessiva regolamentazione amministrativa si è passati ad una meno incisa regolazione»⁵. Di talché, emerge la necessità di un organismo, dotato dei requisiti di indipendenza e imparzialità, unite a poteri di carattere squisitamente amministrativo, chiamato a vigilare su un settore e dotato di poteri all'uopo conferiti per tutelarlo.

Il fatto che le medesime non godano di una copertura costituzionale determina un *vulnus* di non poco momento: tali Autorità, infatti, al di fuori della tripartizione dei poteri di matrice montesquieuiana, risultano autonome rispetto al Governo e «quindi poste al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione»⁶. Se così è, allora, la loro indipendenza potrebbe trovare un fondamento dal "basso", purché in fase procedimentale vengano garantiti i principi dettati dal giusto procedimento e il successivo controllo avvenga poi innanzi al giudice amministrativo⁷.

Il ruolo delle Autorità indipendenti riveste particolare importanza in quanto le medesime, coi loro provvedimenti, sono in grado di incidere su posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo⁸ vantate da soggetti che siano destinatari di atti e provvedimenti emanati dalle medesime Autorità nell'esercizio delle funzioni loro attribuite. Le Autorità indipendenti – nella specie, l'AGCM e l'AEEGSI – si ritrovano, infatti, ad esercitare poteri discrezionali nell'interesse della collettività, gli uni volti a tutelare la concorrenza tra imprese, gli altri volti a garantire concorrenza ed efficienza dei servizi di energia elettrica e gas, in grado di incidere su diritti costituzionalmente garantiti – si pensi al diritto alla libera iniziativa economica (art. 41 Cost.).

⁵ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 53.

⁶ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 56.

⁷ R. CHIEPPA, *op. cit.*, 58.

⁸ In ordine alla natura delle situazioni giuridiche soggettive che si trovano a confliggere con i poteri esercitati dall'AGCM, si rinvia a F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 261 ss. Secondo l'A., trattandosi di Autorità neutrale, i provvedimenti dalla stessa messi in campo avrebbero natura di decisioni, più che di provvedimenti, in quanto incidenti sulla libertà di iniziativa economica delle imprese operanti sul mercato concorrenziale. Infatti, dette decisioni «prendono in considerazione comportamenti contrari alla concreta dialettica concorrenziale e applicano sanzioni». La posizione in ordine alle situazioni giuridiche vantate dai soggetti incisi dai poteri dell'Antitrust rappresenta il preludio del quesito successivo, ossia fino a che punto il sindacato del g.a. possa sostituire le determinazioni della A.i. nella misura in cui le stesse non risultino le più convincenti alla luce di una nuova istruttoria operata in giudizio.

E, se l'AGCM esercita i propri poteri attraverso la discrezionalità tecnica, così non può dirsi, almeno in via generalizzata e per quel che qui rileva, per l'AEEGSI: gli stessi, infatti, presentano «un margine di apprezzamento che viene giudicato vera e propria discrezionalità amministrativa o pura che sarebbe addirittura sussumibile nell'ambito dei fini generali della legge»⁹.

Se tutto, allora, ruota attorno al concetto di discrezionalità, occorre, a questo punto, individuare il limite oltre il quale il giudice non può andare nel sindacare gli atti delle Autorità amministrative; occorre, altresì, chiedersi se il giudice abbia gli strumenti per poter riesercitare, in sede giudiziale, la discrezionalità e, conseguentemente, se l'esercizio della stessa sia esclusivo appannaggio della p.A. L'individuazione di siffatto limite è fondamentale nel tentativo di individuare quel nucleo di *expertiseness* di cui il giudice amministrativo parrebbe non dotato¹⁰.

3. La discrezionalità tecnica al vaglio di dottrina e giurisprudenza

Il concetto di discrezionalità tecnica ha conosciuto una particolare evoluzione¹¹: ad una fase iniziale di influenza da parte della dottrina tedesca, fondata sui c.d. concetti giuridici indeterminati e caratterizzata, quindi, da uno studio del «problema dal punto di vista del rapporto tra la norma e il fatto»¹², è

⁹ G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, cit., 171. Di tenore differente, si diceva, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, cit., 127.

¹⁰ Cfr. C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, 51 ss.

¹¹ I primi Maestri ad occuparsi di discrezionalità tecnica furono: F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, III, 1902 ed E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 1910. Per entrambi, vi sarebbe discrezionalità pura laddove l'Amministrazione fosse costretta a fare proprie valutazioni basandosi su un'attività procedimentalizzata volontaria; la discrezionalità tecnica, invece, si caratterizzerebbe per la possibilità di un termine di raffronto in ragione del quale a determinate premesse o all'esito dell'accertamento di fatti complessi, sulla scorta di dati tecnici, discenderebbero determinate conseguenze. Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 45 ss. è interessante, sul punto, anche l'analisi storiografica effettuata dall'Autore; detta analisi è in grado di fornire le coordinate al fine di comprendere anche il pensiero politico dei due autori: l'uno liberale e dogmatico, l'altro antifascista e antidogmatico.

¹² G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 523. Cammeo, sul punto, afferma: «il rinvio che le norme giuridiche imprecise che regolano l'attività dell'amministrazione fanno alle norme tecniche comporta una sorta di 'giuridicizzazione' di queste ultime, che dovrebbe renderle sindacabili sotto il profilo della legittimità». Pur tuttavia, il Cammeo riconosce una riserva di

seguita quella di assimilazione tra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, atteso che quest'ultima sarebbe «uno dei casi di libertà o discrezionalità dell'amministrazione in riguardo al merito (convenienza, opportunità, giustizia) dei suoi atti [...] caso che non sembra necessario né conveniente separare dagli altri come una figura a sé stante»¹³.

Ai fini di una piena comprensione del concetto di discrezionalità tecnica, è opportuno operare una ricognizione dottrinale intorno agli *unbestimmte Begriffe* – i c.d. concetti giuridici indeterminati –, e siccome *il futuro ha un cuore antico*¹⁴ si ritiene imprescindibile un'incursione nella dottrina tedesca, da sempre avanguardia nel diritto pubblico.

Secondo la teoria di Jellinek¹⁵, per l'appunto, con detti concetti si esprime «una volontà legislativa attributiva di potere discrezionale»¹⁶; volontà nella quale si possono distinguere una indeterminatezza voluta ed una non voluta. Nel primo caso, «l'applicazione e l'interpretazione delle norme vanno sempre operate con compiuto riguardo alla volontà del legislatore e, in particolare a quell'unico specifico significato, e solo a quello, che il legislatore aveva inteso esprimere nella formulazione della disposizione»¹⁷. Si distinguono, secondo la richiamata teoria, gli «*unbestimmte Begriffe* (in senso stretto), attributivi di potere discrezionale alla pubblica amministrazione, e [gli] *unbestimmte Rechtsbegriffe*, semplicemente da interpretare»¹⁸, in riferimento ai quali l'attività ermeneutica non è da considerarsi esclusivo appannaggio dell'Amministrazione pubblica. Se, e nella misura in cui, si accetti la teorica di Jellinek, non si può non accedere alla tesi della c.d. unica decisione giusta – *der nun einen richtigen Entscheidung* –, a tenore della quale, nell'esercizio di un potere discrezionale, l'Amministrazione non può che assumere un'unica decisione, quella giu-

amministrazione; riserva che non comporta una completa insindacabilità, ma che la modula in ragione della vaghezza della norma e dello statuto cui l'Amministrazione si rifà nell'esercitare il potere. Le valutazioni sono insindacabili nel merito da parte del giudice per due ordini di ragioni: gli stessi non hanno strumenti per potere conoscere correttamente della valutazione tecnica e sarebbero irresponsabili in relazione ai meri errori, in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Lib. ed. G. Fornari, 1911-1914.

¹³ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, L. Pierro, 1912, 365 ss. In particolare, p. 390 in nota. Ciò comportava un limite fortissimo alla sindacabilità: o discrezionalità pura o tecnica il giudice non poteva intervenire. Tale teorica si spiega alla luce della concezione dello Stato formulata dal Ranelletti. Per approfondimenti si rinvia a L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 57, nota 77.

¹⁴ Si tratta del titolo del libro di CARLO LEVI, edito a Torino nel 1956.

¹⁵ W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1931.

¹⁶ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 48.

¹⁷ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 49.

¹⁸ D. DE PRETIS, *op. loc. cit.*

sta; d'altronde, non è possibile non affermare che «l'attività lavorativa di un fanciullo può essere nociva al suo sviluppo o può non esserlo, ma non è possibile che essa sia ad un tempo nociva e non nociva»¹⁹.

A fronte di una tesi massimalista si sono, nel corso del tempo, sviluppate diverse posizioni. La prima, la c.d. *Beurteilungsspielraum*, i.e. teoria dello spazio di valutazione²⁰, ritiene esista uno spazio riservato all'amministrazione concretantesi in una sorta di responsabilità della medesima rispetto ai settori ad essa affidati; responsabilità che la renderebbe immune da incursioni anche del giudice amministrativo²¹, fatta salva l'ipotesi del «superamento dei confini dello spazio di valutazione; soltanto in tale ipotesi infatti si è in presenza di una effettiva illegittimità»²². Secondo Bachof, propugnatore della teoria, vi è distinzione tra «discrezionalità di azione o volitiva – che si presenta ove la legge, sussistendo certi presupposti, attribuisca all'amministrazione libertà di azione – e discrezionalità sussuntiva, cioè cognitiva o di giudizio – che ricorre allorché la legge attribuisca un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione»²³. Ed è nel secondo caso che il giurista tedesco individua il c.d. spazio di valutazione, determinando, nei fatti, una espunzione del concetto di discrezionalità tecnica dal novero della discrezionalità. L'amministrazione, dunque, dispone di uno spazio proprio di valutazione «quando procede all'applicazione (*Anwendung*) di un *unbestimmter Rechtsbegriff* al caso concreto, cioè alla sussunzione del fatto nella fattispecie astratta prevista dalla norma»²⁴. Non vi è, quindi, né piena conoscibilità del procedimento sussuntivo, né un'unica soluzione giusta: il giudice può controllare che l'amministrazione non abbia esorbitato dal proprio spazio di valutazione, che ha comunque carattere eccezionale, ma non alla stessa sostituirsi, e ciò perché sarebbe del tutto inutile, dovendosi riconoscere l'appannaggio esclusivo dell'amministrazione nell'esercizio dei relativi poteri.

Altra teoria, coeva e che perviene a risultati pressoché identici, è quella

¹⁹ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 53, la quale richiama l'esempio di R. VON LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig Wien, Franz Deuticke, 1910, 60.

²⁰ Di tale teoria si fanno portavoci: O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht*, in *JuristenZeitung*, 1955, 97-102.

²¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 62, cfr. in part. nota 54.

²² D. DE PRETIS, *op. cit.*, 63. Detta teoria non è poi tanto lontana dai concetti di «assoluta soggettività e irripetibilità» portate a sostegno dalla dottrina italiana al carattere riservato delle valutazioni tecniche.

²³ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 65.

²⁴ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 69.

della rappresentabilità (*Vertretbarkeit*)²⁵. Secondo Ule, suo principale sostenitore, «vanno considerate legittime tutte le decisioni amministrative che si collocano nell'ambito appunto di ciò che è possibile sostenere, di ciò che è, in altri termini, oggettivamente "rappresentabile"»²⁶. Rispetto a Bachof, tuttavia, argomenta in maniera diversa le ragioni di uno spazio di esclusiva pertinenza amministrativa: in primo luogo, attraverso il richiamo alla specificità e differenziazione dell'atto amministrativo rispetto ad un atto che interviene tra privati e, in secondo luogo, per via della specifica competenza tecnica e della responsabilità dell'amministrazione²⁷. Quanto al primo punto, in particolare, Ule afferma come chiaramente l'amministrazione sia *peritus peritorum* e imponga al destinatario il proprio punto di vista²⁸.

Le due teorie appena divise hanno trovato nella dottrina tedesca successiva una continuità: «pur nella diversa graduazione delle posizioni [...] l'assoluta maggioranza della dottrina rivendica [...] la legittimità dell'attribuzione al potere esecutivo di spazi applicativi della legge che consentano l'esplicarsi di un'azione amministrativa più efficace»²⁹, con particolare riferimento ai settori caratterizzati da un continuo divenire delle conoscenze tecnico-scientifiche. Addirittura, parte della dottrina ha espresso l'esigenza che l'amministrazione prendesse consapevolezza delle proprie prerogative, superando quel processo di *strisciante subalternità*³⁰ rispetto al sindacato esercitato dal giudice amministrativo. E queste posizioni sono tanto più radicali quanto più ci si avvicina a settori più tecnici – economici, energetici, di tutela dell'ambiente e della salute –; settori nei quali appare evidente, a dire della dottrina qui in rilievo, la «assenza, nelle disposizioni attributive all'amministrazione del relativo potere, delle formule cui tradizionalmente si usa ricollegare il carattere discrezionale del potere conferito»³¹. Assenza che si riverbe-

²⁵ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 12. Juli 1885 - 9. Juni 1955, 1955, 309-330.

²⁶ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 74.

²⁷ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 77 ss.

²⁸ C.H. ULE, *Zur Anwendung*, cit., 325. «Eine etwa abweichende Rechtsauffassung des von dem Verwaltungsakt Betroffenen muss – mindest vorläufig – der Rechtsauffassung der Verwaltungsbehörde weichen». Si nota, in questo passaggio, una eco della teoria di C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.

²⁹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 82.

³⁰ L'espressione «*schleichende Subalternisierung*» è di G. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Bundesgesetze und Gemeinden*, Stuttgart, Deutscher Gemeindeverlag, 1981, 181.

³¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 85.

ra anche, e soprattutto, con riferimento ai poteri di programmazione e di prognosi tipiche di molti rami del diritto pubblico³².

Il precipitato delle teoriche successive, quindi, non muta il quadro dottrinario, sebbene appaiono in maniera sempre più chiara i limiti di dette posizioni, fra loro concatenati, riconducibili eminentemente a due profili: l'incisività del controllo giurisdizionale rispetto all'interpretazione dei concetti giuridici qui in rilievo e il ruolo della legge nella individuazione dei confini di detto sindacato³³. Il primo aspetto, di notevole rilevanza, viene superato attraverso l'accomunamento tra interpretazione dei concetti giuridici indeterminati e discrezionalità: non sussisterebbe, infatti, «una cesura qualitativa fra le due categorie, ma, semmai, semplicemente una diversa ampiezza di spazio di scelta dell'amministrazione»³⁴; quanto al secondo aspetto, non ogni norma indeterminata genera un potere di valutazione dell'amministrazione: risulta necessaria «una formulazione idonea a legittimare la vera e propria *Ermächtigung*»³⁵.

Coloro che, invece, ritengono non autonoma la categoria degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, si dividono, a loro volta, tra coloro che negano la sussistenza di qualunque differenza tra concetti determinati ed indeterminati, ammettendo, quindi, la piena sindacabilità in giudizio dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati³⁶ e coloro che, dal canto proprio, ritengono che entrambi i concetti, pur indistinti, afferiscano alla discrezionalità non controllabile *sub judice*³⁷.

³² Si rinvia a P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Massgabe des Gesetzes*, in *Festschrift für Otto Bachof*, München, 1984, 169 ss.

³³ H. SENDLER, *Skeptisches zum unbestimmten Rechtsbegriff* in: *FS für Carl Hermann Ule zum 80. Geb.*, 1987, 337.

³⁴ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 88. Con richiamo di H. SENDLER, *Skeptisches*, cit., 349.

³⁵ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit. In questi termini, richiamati dalla stessa A.: E. SCHMIDT-ASSMANN, *Art. 19*, in *Grundgesetz. Kommentar*, 7° ed., a cura di TH. MAUNZ, G. DÜRIG, G. HERZOG, München, Verlag C.H. Beck, 1991, note a margine 184 ss., 193, 196, 198; R. BREUER, *Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung*, in *DÖV*, 1987, 169 ss.; H. SENDLER, *Skeptisches*, cit., 337.

³⁶ H.H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1991, 213 ss. Secondo l'A., richiamato da D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 89, non vi è distinzione tra concetti determinati e indeterminati: i problemi applicativi sono i medesimi; pertanto, la lettura che consegue alle teorie prima enunciate non può condurre da nessuna parte. Lo stesso A., nel ricostruire la deroga alla sindacabilità dei concetti nei settori degli esami e delle valutazioni scolastiche, giustifica detta deroga sulla scorta dell'impossibilità della ripetibilità delle prove e delle circostanze preludenti la valutazione.

³⁷ H. EHMKE, «*Ermessen*» und «*unbestimmter Rechtsbegriff*» im *Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr, 1960, 45 ss.

La tendenza della dottrina è, in conclusione, quella di individuare delle vere e proprie anse di discrezionalità, il cui esercizio rimane riferibile all'Amministrazione. Sono, infatti, analizzati criticamente quegli arresti giurisprudenziali che vorrebbero ancorare la discrezionalità, e la conseguente insindacabilità, a certi «elementi strutturali della norma – che vuol riconoscere soltanto alle espressioni “*kann, darf, soll*” il significato di attribuzione di potere discrezionale»³⁸, per giungere a riconoscere ai concetti giuridici indeterminati funzioni non dissimili alla discrezionalità³⁹.

Il corollario di questa posizione si individua in quella dottrina che ha, di conseguenza, ritenuto di poter superare le posizioni formaliste per giungere a definire la discrezionalità quale scelta del comportamento più utile al fine di realizzare un valore: *i.e.*, una scelta di valore⁴⁰. Si è così, nei fatti, sfumata la tradizionale distinzione tra i due tipi di discrezionalità; pur tuttavia, il carattere eccezionale relativo al riconoscimento, in capo all'Amministrazione, di un potere interpretativo passa per «uno specifico conferimento legislativo [...] che, se non risulta esplicito, deve quantomeno emergere chiaramente dal contesto della disposizione di legge»⁴¹.

Se, si diceva, nel contesto italiano si è assistito ad una fase di completo appiattimento tra la c.d. discrezionalità tecnica e la discrezionalità pura, è con Massimo Severo Giannini che viene ad essere offerta una diversa lettura del fenomeno: la discrezionalità amministrativa pura «implica giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo»⁴²; con ciò, definendo la denominazione “discrezionalità” tecnica «un errore storico della dottrina»⁴³ e auspicando una sua correzione⁴⁴.

³⁸ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 90.

³⁹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Art. 19*, cit., 252 s.

⁴⁰ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Bd. I, III Edizione, 1953, 87.

⁴¹ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 92 s. Richiama in nota P. BADURA, *Gestaltungsfreiheit*, cit., 169 ss.

⁴² M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II, 56.

⁴³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.

⁴⁴ Secondo L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., in particolare, 253, 255 ss., 288 esistono quattro modelli intorno ai quali ricostruire la figura della discrezionalità. Il primo modello è rappresentato dalle ipotesi in cui l'Amministrazione operi interpretando norme precise, che cioè definiscano *a priori* tempi e modi dell'agire; il secondo vede un testo normativo impreciso nelle finalità, che lascia all'Amministrazione la scelta del mezzo, attraverso cui perseguire quel fine, in una secca alternativa tra due possibilità; il terzo ricomprende le ipotesi in cui la norma conceda libertà «nella scelta tra più di due mezzi e (o) nella determinazione del contenuto, del tempo, della forma dell'azione»; l'ultimo è rappresentato dall'ipotesi in cui un organo sia chiamato a svolgere l'istruttoria, nelle forme, per esempio, dell'accertamento tecnico-

Nell'ambito della discrezionalità tecnica, pertanto, non si tende ad effettuare una ponderazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari – circostanza che determinerebbe un apprezzamento tale da attrarre nell'area dell'insindacabilità il relativo giudizio della p.A. –, ma a valutare la sussistenza del fatto, individuato dalla legge, per il cui accertamento è necessaria l'applicazione «di regole specialistiche di carattere tecnico»⁴⁵. Secondo acuta dottrina, «in effetti, quando l'Amministrazione, all'esito di una valutazione tecnica complessa, deve operare una scelta tra le diverse soluzioni raggiunte, non usa in alcun modo della discrezionalità, ma opera una scelta privilegiando tra le varie soluzioni quella più probabile e non la più opportuna per la cura dell'interesse pubblico coinvolto»⁴⁶.

In un tentativo di semplificazione, per quanto potenzialmente foriero di aporie, perciò, la discrezionalità tecnica si distingue dalla pura, non tanto perché nella seconda sussisterebbe una scelta e nella prima no; anzi, in entrambi i casi, per converso, la p.A. sceglie «sulla base di regole non giuridiche e opinabili»⁴⁷ che, però, nel caso di discrezionalità pura sono di opportunità, nel caso di discrezionalità tecnica sono tecniche.

Le regole tecniche sono regole afferenti a un sistema estraneo al diritto, competenze di carattere scientifico, riconducibili ad una professione ben precisa, che, tuttavia, non sono dotate di quel carattere di certezza che renderebbe la scelta operata dalla pubblica Amministrazione una strada obbligata in presenza di un determinato presupposto: si tratta di valutazioni che l'Amministrazione effettua individuando la soluzione più probabile, tenuto conto del livello di approfondimento raggiunto, nel relativo ambito di riferimento, da parte della scienza inesatta, chiamata a fornire le regole di una de-

valutativo, e un altro organo sia successivamente chiamato ad adottare il provvedimento. Da quanto descritto, emerge come l'Autore aggredisca la questione della discrezionalità da un'altra prospettiva: sarebbe proprio lo «attuarsi del potere e dei poteri giuridici all'interno di una comune problematica, quella della comprensione attraverso il linguaggio», a caratterizzare la discrezionalità. Caratteristica di tale teorica è di aver eliminato dal centro della discussione le valutazioni di opportunità, proprio perché «laddove parrebbero assenti – come [...] in alcuni tipi di discrezionalità tecnica – esse forse finiscono per apparire solo mascherate dai limiti normativi creati dal testo della legge». Cfr. *infra*, par. 5.

⁴⁵ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali*, VI Edizione, Milano, Giuffrè, 2011, 1464.

⁴⁶ G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle Autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 11, 2820 s.

⁴⁷ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica*, cit., 525.

terminata disciplina. Vi è, dunque, «la necessità di avvalersi di regole tecniche e scientifiche non esatte e suscettibili di approdare a risultati univoci»⁴⁸.

Se il contesto dottrinale appare frastagliato, altrettanto può dirsi del quadro giurisprudenziale. Anche analizzando la giurisprudenza tedesca, e mettendola a confronto con quella italiana, ci si accorge di come il contesto storico-politico-economico sia in grado di incidere sull'evoluzione di un istituto giuridico. Se la *strisciante subalternità*⁴⁹ in Germania è riferibile all'Amministrazione, che non avrebbe il "coraggio" di prendere coscienza del proprio peso specifico e del proprio ruolo di sintesi degli opposti interessi pubblici e privati, non altrettanto può dirsi in Italia, laddove quella subalternità può essere riferibile, al più, all'autorità giurisdizionale.

Di fatti, se nel contesto italiano il giudice amministrativo solo nel 1999 ha iniziato ad ammettere un sindacato su ipotesi di discrezionalità tecnica riconoscendo un principio di sindacabilità su detti poteri, nel contesto tedesco, invece, il giudice amministrativo solo in un secondo momento ha riconosciuto degli spazi di insindacabilità in ipotesi di interpretazione di concetti giuridici indeterminati.

I presupposti sono, dunque, completamente differenti: un controllo pieno e sostitutivo, che soffre solo di alcune eccezioni, in Germania e un controllo non sostitutivo in Italia, con rare eccezioni.

In Germania, infatti, «il momento applicativo del concetto giuridico indeterminato è di regola pienamente conoscibile dal giudice amministrativo: l'applicazione degli *unbestimmte Rechtsbegriffe* non può che condurre ad "un'unica decisione giusta" ed il procedimento che ha originato quest'ultima è compiutamente controllabile dal giudice amministrativo, sia per ciò che attiene alle questioni di fatto sia per ciò che riguarda l'applicazione del diritto»⁵⁰. Qualcosa è sembrata mutare nel 1971, quando con la sentenza del I. Senat del BVerwG del 16 dicembre 1971⁵¹, il giudice amministrativo tedesco ha espressamente riconosciuto uno spazio di valutazione riservato all'amministrazione a proposito dell'interpretazione del concetto di *idoneità a nuocere ai fanciulli*. Il *thema decidendum* era rappresentato dall'inserimento, nella lista delle pubblicazioni dannose, di due numeri di una certa rivista. I giudici ebbero ad affermare che la decisione in ordine alla dannosità di uno scritto «comportava un

⁴⁸ G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo*, cit., 2823. L'A., fra l'altro, richiama in nota altra importante distinzione, quella tra accertamento tecnico e valutazione tecnica: il primo sarebbe riferibile ad ipotesi di scienza esatta, e come tale il risultato non può che essere uno, obbligato.

⁴⁹ G. SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Bundesgesetze und Gemeinden*, cit., 181.

⁵⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, 96.

⁵¹ BVerwGE 39, 197, 16 dicembre 1971.

giudizio fortemente caratterizzato da elementi di valore»⁵², con ciò riconoscendo l'esclusiva nell'interpretazione all'Amministrazione.

Salutata come la svolta dalla dottrina, detta sentenza ha dimostrato ben presto essere una eccezione «a favore della piena sindacabilità dell'applicazione di concetti indeterminati»⁵³, fatte salve quelle rare ipotesi rappresentate da quelle materie particolarmente tecniche.

Sul versante italiano, invece, che la bilancia del giudice valesse quanto la spada dell'amministrazione⁵⁴ e che la discrezionalità tecnica non avesse «proprio nulla di discrezionale»⁵⁵ è sembrato essersene accorto il Consiglio di Stato solo nel 1999⁵⁶. Secondo la pronuncia, il controllo giurisdizionale può spingersi sino «alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo».

La novità è certamente rilevante, sebbene il precipitato della sentenza avrebbe potuto essere maggiormente dirompente qualora «l'applicazione della teoria dei concetti indeterminati fosse [stata, N.d.R.] integrale»⁵⁷.

In disparte detta pronuncia, comunque, attraverso uno sforzo ordinatorio, si possono individuare tre tipi di sindacato: uno estrinseco, uno intrinseco debole e uno intrinseco forte⁵⁸.

Il primo si limita a verificare che il provvedimento non sia affetto dai sintomi dell'eccesso di potere – in questo caso, il giudice dovrebbe limitare il proprio ruolo alla verifica circa la sussistenza nel provvedimento di ipotesi macroscopiche di eccesso di potere, non potendo, in ogni caso, sostituire valutazioni proprie a quelle operate dalla pubblica Amministrazione –; il secondo

⁵² D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, 98.

⁵³ D. DE PRETIS, *op. loc. cit.*

⁵⁴ Il riferimento è a F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 434.

⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, cit.

⁵⁶ Cons. di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro amm.*, 2, 2000, 422. Si vedano: L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.* 2000, 2, 422; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 185. Questa e le altre sentenze citate nel presente contributo sono rinvenibili per intero sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷ D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179; del medesimo tenore, M. ASPRONE, M. MARASCA e A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2009, 72.

⁵⁸ R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI e M. SICA, Torino, Giappichelli, 2006, 245 ss.

è il sindacato proprio della sentenza del 1999⁵⁹ – ossia, il giudice valuta, anche per il tramite della consulenza tecnica d'ufficio, l'attendibilità della discrezionalità tecnica esercitata dalla p.A., con ciò pervenendo ad una valutazione circa la sufficienza, l'adeguatezza e la correttezza del procedimento applicativo, senza, però, pervenire ad una sostituzione del criterio rilevato nelle conclusioni della consulenza tecnica con quelle del provvedimento dell'Amministrazione⁶⁰ –; il terzo, in ultimo, effettuate le medesime verifiche del sindacato intrinseco debole, in presenza di una conclusione differente rispetto a quella raggiunta dalla p.A., va a sostituire la propria a quella dell'Amministrazione. Tra le numerose sentenze pronunciate in relazione ai limiti del sindacato del giudice amministrativo in ordine alla discrezionalità tecnica, solo alcune, isolate, si sono indirizzate nella prospettiva del c.d. sindacato intrinseco forte. A titolo esemplificativo, alcune sono giunte a «rivalutare l'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicatario di procedura ad evidenza pubblica»⁶¹; ovvero, hanno ritenuto di potersi sostituire all'Amministrazione appaltante nel valutare la causa di esclusione da una procedura di affidamento per grave negligenza o malafede nell'esecuzione di precedenti appalti pubblici⁶².

Non potendo, in questa sede, operare una disamina di tutti gli orientamenti giurisprudenziali riconducibili ai tipi di sindacato innanzi menzionati, si è proceduto ad isolare due pronunce coeve, che, proprio in punto alla discrezionalità tecnica, hanno assunto posizioni differenti, l'una restauratrice⁶³,

⁵⁹ Si veda, in proposito, G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica*, cit., 543 ss.

⁶⁰ Interessante è una sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7-8, 1636. poi oggetto di ricorso per motivi di giurisdizione in Cassazione, pronunciata in punto alla discrezionalità tecnica esercitata da una stazione appaltante in tema di esclusione da una gara di una società responsabile di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti appalti. Il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso, sulla scorta di una C.T.U. contenente conclusioni differenti rispetto alle determinazioni del provvedimento impugnato. Successivamente, introdotta la fase rescindente, la Cassazione, con sentenza pronunciata a Sezioni Unite, n. 2312 del 17 febbraio 2012, ritenendo che il Consiglio di Stato si fosse indebitamente sostituito alla p.A. nell'ambito di una fase di ponderazione degli interessi in gioco, cassava con rinvio.

Il Consiglio di Stato, a seguito di riassunzione, con sentenza n. 4174 del 14 agosto 2013, ha, quindi, rigettato il ricorso principale, accogliendo il principio di diritto enunciato dalla Cassazione.

Tra le note a sentenza, si rinvia a F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito*, in *Giustamm.it*, 28 febbraio 2012..

⁶¹ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica*, cit., 543.

⁶² Il riferimento è a Cons. di Stato n. 5029/2010, poi però oggetto di gravame in Cassazione e successivamente di rinvio ad altra sezione del Consiglio di Stato che ha, poi, fatto un passo indietro.

⁶³ Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2012, n. 4658, in *Foro amm. CdS*, 2012, 7-8, 1854.

l'altra leggermente più progressista⁶⁴, ad ulteriore riprova del *panta rei* cui è sottoposta la relativa disciplina. Entrambe le pronunce, in ogni caso, affermano un principio del tutto quesito nel processo amministrativo: la valutazione può essere operata sull'atto nei limiti del sindacato sull'eccesso di potere, che, una volta valutata la sussistenza di una figura sintomatica, deve annullare rinviando l'esercizio del potere all'Amministrazione e non sostituirsi alla medesima.

Delle due sentenze, la prima investe particolari interessanti, non solo perché attiene al sindacato operato dal giudice su un atto di un'Autorità amministrativa indipendente, nella specie Autorità garante delle comunicazioni (AGCOM), ma anche perché, come sottolineato da una parte della dottrina, lascia emergere i punti fermi e le perduranti incertezze⁶⁵ raggiunti dalla giurisprudenza in tema di sindacato sulla discrezionalità tecnica.

Il caso verte sulla incongruità della scelta operata dall'AGCOM di utilizzare, ai fini dell'attribuzione della numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre alle emittenti locali, delle graduatorie del Comitato regionale per le comunicazioni (CORECOM). Dette graduatorie, infatti, stilate annualmente ai fini dell'accesso al contributo per l'editoria sulla base di criteri quali il fatturato e il numero di dipendenti, non prendono in considerazione le abitudini e le preferenze degli utenti, criteri indicato dall'art. 32 del d.lgs. n. 177 del 2005, recante, per l'appunto, i parametri per l'attribuzione di detta numerazione.

Il Consiglio di Stato, dunque, confermando la sentenza del giudice di prime cure, dichiara l'incongruità del criterio recepito dall'AGCOM, facendo applicazione dei principi contenuti nell'arresto giurisprudenziale del 1999.

La seconda è rilevante, dal canto proprio, in primo luogo perché riforma una pronuncia del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, che, in maniera forse avventata, aveva aperto un varco nella sindacabilità della valutazione operata da una commissione per gli esami da avvocato, e in secondo luogo perché, secondo attenta dottrina⁶⁶, in realtà, dietro una lettura restauratrice, approda ad un sindacato più penetrante di quello dichiarato.

Il caso di specie riguarda una candidata all'esame di abilitazione per la professione forense, il cui elaborato-parere di diritto civile era stato valutato poco sotto la sufficienza, nonostante l'unica annotazione presente sulla prova fosse rappresentata dalla mancata segnalazione dell'elisione dell'articolo inde-

⁶⁴ Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 509.

⁶⁵ G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche*, cit., 2817 ss.

⁶⁶ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, cit.

terminativo davanti a un nome di genere femminile. Il TAR Lazio aveva accolto il ricorso, ritenendo che la candidata non avesse più ripetuto l'errore negli altri compiti; che lo stesso fosse dovuto ad una semplice svista, e non ad una ignoranza della regola ortografica, e affermando, fra l'altro, che la valutazione di quella "svista" avesse determinato una valutazione globale negativa che aveva precluso alla candidata l'ammissione agli orali.

Il Consiglio di Stato, ribaltando la sentenza, accoglie il ricorso del Ministero della Giustizia affermando che la valutazione effettuata dalla commissione è di discrezionalità tecnica, censurabile unicamente per evidente superficialità, incompletezza, incongruenza e manifesta disparità.

Letta in questi termini, la sentenza sembrerebbe indirizzare nuovamente il sindacato verso profili estrinseci. Tuttavia, la parte finale di detta pronuncia⁶⁷ ha indotto taluno⁶⁸ a dare una lettura differente: parrebbe che il Consiglio di Stato, pur avendo dichiarato l'intenzione di accogliere l'opinione tradizionale, abbia, in realtà, giudicato la fattispecie attraverso l'utilizzo delle regole tecniche adoperate dalla medesima commissione in sede di valutazione del compito oggetto di impugnazione, operando, quindi, un controllo di carattere intrinseco.

4. Dottrina, giurisprudenza e Autorità indipendenti

A questo punto dell'analisi, occorre concentrarsi sui rapporti tra dottrina, giurisprudenza e Autorità indipendenti, al fine di poter stabilire se, ed in che misura, l'atteggiamento del giudice amministrativo nei confronti delle Autorità possa definirsi deferente.

4.1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)

A proposito dei poteri esercitati dall'AGCM, possono annoverarsi tre posizioni dottrinali. La prima, superato il «mito della neutralità» dell'AGCM, ritiene che la stessa AGCM sia titolare di un interesse proprio, di natura pubblici-

⁶⁷ Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219: «Ritiene il Collegio di potere affermare che la valutazione degli elaborati di parte appellata sia immune dai riscontrati vizi: il compito di diritto civile non presentava caratteristiche di valore assoluto tali da condurre all'affermazione per cui esso doveva certamente essere valutato in modo sufficiente; il voto insufficiente alla candidata assegnato non trova quale unica causale l'errore grammaticale commesso».

⁶⁸ G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica*, cit., 557 s. Secondo l'A. ciò dovrebbe condurre ad una apertura verso il sindacato intrinseco forte, stante l'ontologica distinzione tra apprezzamento tecnico e apprezzamento discrezionale, il tutto al fine di tutelare appieno la situazione dedotta in giudizio.

stica, e che, attraverso l'esercizio dei poteri alla medesima attribuiti dalla legge, operando una ponderazione di interessi, la medesima sarebbe titolare di una discrezionalità pura o amministrativa⁶⁹; a fronte di tale potere, dunque, vi sarebbe l'interesse legittimo dei soggetti dallo stesso incisi e il sindacato del giudice dovrebbe essere un sindacato di tipo debole. La seconda – che esclude recisamente che l'Autorità eserciti un potere implicante valutazioni di merito, che la medesima sia titolare di un proprio interesse o che sia chiamata ad attività di ponderazione – ritiene che gli atti dell'AGCM abbiano natura di decisioni, più che di provvedimenti⁷⁰ e individua, in capo ai soggetti incisi da dette decisioni, situazioni di diritto soggettivo, che conducono ad un sindacato del giudice pieno ed effettivo. La terza⁷¹, invece, tende a distinguere tra le varie ipotesi: in caso di intese anticoncorrenziali riconosce un sindacato pieno ed effettivo; in caso di abusi di posizione dominante riconosce un sindacato debole; con riferimento alle decisioni di accettazione di impegni riconosce all'Autorità una discrezionalità pura, il cui sindacato si estrinseca, conseguentemente, «nei modi classici del sindacato sul potere pubblico»⁷².

Sul piano giurisprudenziale, il grado di intensità del controllo operato dal giudice amministrativo italiano sugli atti delle Autorità indipendenti, dal canto proprio, può essere ricondotto a due orientamenti, entrambi riconducibili al sindacato intrinseco⁷³, l'uno debole, l'altro forte. Il primo è certamente simile all'orientamento deferente d'oltreoceano, il secondo sembrerebbe più proiettato verso una giurisdizione piena, in accordo con la disciplina dettata dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁷⁴.

Nel primo orientamento⁷⁵ si nota la eco del precedente del 1999. Il sinda-

⁶⁹ A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 250.

⁷⁰ F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, cit., 262.

⁷¹ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzione e servizio pubblico*, cit., 132 ss.

⁷² F. CINTIOLI, *op. cit.*, 130 ss. Secondo l'A. maggiori sono le valutazioni di natura economica da effettuarsi, minore è il potere del giudice di sostituirsi alle determinazioni dell'Autorità. In caso di intesa restrittiva, per esempio, il concetto di mercato rilevante sembra "scolorarsi" in favore dei concetti ben più generici di «intrinseca rilevanza economica e di consistenza fattuale dell'intesa»; ciò comporta una maggiore incisività del controllo del giudice. Inferiore è, invece, il sindacato che il giudice può operare in relazione agli abusi di posizione dominante, sulla scorta delle medesime ragioni, sebbene di segno opposto. Per un maggiore approfondimento si veda l'Autore.

⁷³ Secondo la ricognizione giurisprudenziale effettuata da F. CARINGELLA, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell'autorità antitrust*, in *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*. 7° Colloquio italiano-spagnolo, cit., 170 ss.

⁷⁴ Su cui *infra* par. 5.

⁷⁵ Cfr. *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156, in *Giur. comm.*, 2003, II, 150.

cato è ammesso senza particolari «limiti, potendo essere esercitato, oltre che in relazione ai vizi di incompetenza e di violazione di legge, anche con riferimento all'eccesso di potere in relazione a tutte le sue figure sintomatiche. Nell'esercizio di tale sindacato, il giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza, del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e ad essa riservate». Si nota, come preannunciato, un atteggiamento deferente; atteggiamento in linea con il tendenziale *self restraint* che il giudice amministrativo ha assunto nei confronti dell'AGCM, pur con l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nello strumentario del giudice.

Diversa valutazione è possibile fare in relazione all'altro corso giurisprudenziale, inaugurato dal Consiglio di Stato nel 2004, con la sentenza n. 924⁷⁶. Detta pronuncia tenta di superare i precedenti approcci, anche dottrinali, affermando come sia importante individuare un sindacato comune a livello comunitario, in cui l'effettività della tutela sia coniugata con l'esigenza di verificare che il potere attribuito all'Amministrazione venga correttamente esercitato – nel caso di specie, il potere *antitrust*. Sul solco del precedente del 2004, per quanto in maniera molto meno timida, il Consiglio di Stato, nel 2007, afferma: «Il sindacato del giudice amministrativo è quindi pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame»⁷⁷.

Si tratta, è vero, di una pronuncia «rilevante [...] per quanto non ancora tale da sovvertire l'opinione prevalente»⁷⁸; tuttavia, è opportuno rilevare tre elementi differenti rispetto al 2004: *primo*, il giudice amministrativo è oggi dotato di cognizione estesa anche al merito in tema di *quantum* della sanzione pecuniaria – anche se poco o nulla è invece cambiato in merito all'*an* di detta

⁷⁶ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, in *Serv. Pubbl. e appalti*, 2004, 583 e in *Dir. e formazione*, 2004, 547.

⁷⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2, 594.

⁷⁸ G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, cit., 177. In senso contrario, e qui abbracciato dallo scrivente, F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, cit., 271 ss. Secondo l'A. «si tratta (si dovrebbe trattare) di un sindacato necessario, di un sindacato pieno, di un sindacato esauriente, di un sindacato rapido, di un sindacato attento agli indirizzi degli altri Stati che fanno parte del mercato comune».

sanzione⁷⁹ –; *secundo*, l'attuale disciplina della consulenza tecnica d'ufficio abbraccia non più solo l'accertamento di fatti, ma anche l'acquisizione di valutazioni; *tertio*, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo è ormai a tutti gli effetti norma interposta *ex art.* 117, comma 1, Cost., «a cui dovrà presto seguire, nelle controversie di interesse comunitario, quello di (sicura) norma comunitaria»⁸⁰.

Quanto all'ultimo punto, secondo l'interpretazione sostanzialistica, approntata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, dell'art. 6 della omonima Convenzione, recante la disciplina dell'equo processo, giusto non deve essere il solo processo, ma anche la fase procedimentale. La tutela piena ed effettiva, quindi, deve sussistere o nella fase del procedimento o nel successivo sbocco giudiziale⁸¹.

Ad ogni buon conto, se il Consiglio di Stato, nel corso degli anni, ha mutato orientamento lo si deve anche all'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio; consulenza che fornisce ai giudici la possibilità di avvalersi di periti, conoscitori delle regole tecniche applicate dall'Amministrazione, a seconda del campo di riferimento, i quali hanno tutti gli strumenti per potere valutare la congruità, sufficienza ed esattezza del procedimento posto in essere dall'Amministrazione.

Se, ed in che misura, le conclusioni di una consulenza tecnica potranno sostituire il contenuto di un provvedimento emanato attraverso l'esercizio del potere discrezionale, non è dato sapere. Ad oggi, come emerso, la giurisprudenza mantiene un atteggiamento deferente, sebbene l'introduzione dell'art. 67 nel codice del processo amministrativo abbia mutato i margini della que-

⁷⁹ Cfr. ad es., da ultimo, con riguardo a sanzioni *antitrust*, Cons. Stato, Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 2896: «Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM [...]». Un'analisi proiettata in direzione della *full jurisdiction*, analizzando l'art. 6 CEDU, la fa, da ultimo, F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 3, 669.

⁸⁰ F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali*, cit., 729.

⁸¹ F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali*, cit.; G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, cit, Per tutti: M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

stione⁸², attraverso la previsione non solo della possibilità dell'accertamento di fatti, ma anche dell'acquisizione di valutazioni. Non è chiaro, comunque, se con ciò il legislatore abbia inteso superare *ex lege* la posizione espressa a suo tempo da parte della dottrina⁸³, secondo la quale «l'amministrazione è perito dei periti in materie di interesse pubblico»⁸⁴.

Dovendo il giurista cimentarsi col piano della realtà, e non solo delle idee, si deve dare atto che sono apparse sorde agli elementi appena enucleati le sezioni unite della Corte di Cassazione che, con una recentissima sentenza⁸⁵, pronunciata a seguito di un ricorso per cassazione avverso una sentenza del Consiglio di Stato, riferibile ai limiti del sindacato del giudice amministrativo nei confronti delle autorità amministrative indipendenti, in specie l'Antitrust, pur affermando la pienezza del controllo esercitabile dal giudice amministrativo, ha limitato, in presenza di concetti che presentino un certo margine di discrezionalità tecnica (*recte*: opinabilità), il sindacato alla verifica che l'analisi condotta dall'Antitrust non abbia esorbitato quei margini di opinabilità. Dunque, se nel 1902 il Cammeo, annotando una sentenza del Consiglio di Stato⁸⁶, affermava che nell'accertamento di fatti complessi alcun elemento di volizione venisse in considerazione, ma solo profili di giudizio, come tali replicabili in sede di sindacato giurisdizionale, nel 2014 la Cassazione sembra aver fatto diversi passi indietro, confermando un indirizzo deferente nei confronti delle Autorità amministrative⁸⁷.

⁸² F. VOLPE, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra vecchio e nuovo rito*, cit.

⁸³ C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.

⁸⁴ B. GILIBERTI, *Riflessioni sul sindacato sui provvedimenti discrezionali e principio di proporzionalità*, in *Procedura, procedimento e processo, Atti del convegno Urbino*, 14 e 15 giugno 2007, a cura di AA.VV., Padova, Cedam, 2007, 470.

⁸⁵ Cass. civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Giust. Civ. Massimario* 2014.

⁸⁶ Cons. Stato, IV sez., 13 giugno 1902, annotata da F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 276 ss. Detta sentenza aveva chiaramente affermato il potere del giudice di potersi sostituire all'Amministrazione nella verifica dei presupposti per l'esercizio del potere. Nel caso di specie, si trattava di verificare se l'accertamento di un fatto complesso (pericolosità ai fini dell'emanazione di una ordinanza contingibile e urgente) potesse dar luogo ad un controllo pieno da parte del giudice, il quale poteva accertare «la esistenza dell'urgenza, che autorizza le deputazioni provinciali e le giunte comunali a sostituirsi ai consigli».

⁸⁷ Si tratta di interessanti valutazioni riferibili ad A. BOTTO, *L'effetto conformativo delle pronunzie del giudice amministrativo*, relazione tenuta all'omonimo convegno organizzato dalla Camera Amministrativa di Lecce, Brindisi e Taranto, 7 febbraio 2014, Aula udienze TAR Lecce.

4.2. L'Autorità per l'energia elettrica, gas e servizio idrico (AEEGSI)

Diverse, per converso, sono le problematiche relative alle Autorità di regolazione, nel cui novero si ricomprende l'AEEGSI. La regolazione, infatti, «rappresenta una delle possibili forme di intervento pubblico nell'economia»⁸⁸ e si caratterizza per la sua stretta connessione con i processi di liberalizzazione e per «un sistema complesso di poteri che si esplica attraverso la disciplina dell'attività in questione ed il controllo sulla sua osservanza, controllo cui si accompagna normalmente una possibilità sanzionatoria»⁸⁹. All'AEEGSI sono attribuiti, per l'appunto, una pluralità di poteri «che trovano il loro comune fondamento nella funzione di regolazione del settore energetico»⁹⁰.

La estraneità al circuito politico delle Autorità di regolazione, al pari dell'AGCM, ha fatto sì che, nel corso degli anni, attraverso l'intervento costante della giurisprudenza amministrativa, si pervenisse alla considerazione che la loro legittimazione potesse derivare tanto dalla motivazione degli atti regolatori posti in essere, quanto dall'applicazione delle «garanzie del giusto procedimento e [sempre] che il controllo» avvenisse, poi, in sede giurisdizionale⁹¹. Ciò garantisce alle Autorità l'*accountability* che il potere pubblico normalmente trae dai suoi collegamenti con gli uffici politici, oggetto a loro volta di elezione a suffragio universale.

Ed è proprio su questa scia che la giurisprudenza e la dottrina si sono mosse: quella di offrire, a fronte di una genesi chiara ancorché priva di legittimazione, una sorta di compensazione: un incremento delle garanzie procedurali a fronte dell'assenza di un ancoraggio costituzionale. L'applicazione delle garanzie procedurali di cui alla legge generale sul procedimento amministrativo, garanzie rilette alla luce dell'esigenza di un controllo proprio sull'attività di normazione dell'Autorità, permette, quindi, un sindacato giurisdizionale che si spinge sino a valutare l'iter logico seguito dalle Autorità indipendenti e le ragioni poste a giustificazione dell'atto, nonché l'effettivo rilievo attribuito alla partecipazione procedimentale dei privati intervenuti.

Si evidenzia, inoltre, come questa esigenza di controllabilità sia stata fatta propria dal legislatore nell'ambito della legge sulla tutela del risparmio (legge n. 262 del 2005) che, a proposito dei provvedimenti delle autorità di settore

⁸⁸ S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 5.

⁸⁹ S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni*, cit., 19.

⁹⁰ R. TITOMANLIO, *Procedure di consultazione e potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeegsi)*, in *Giustamm.it*, 13 novembre 2012.

⁹¹ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1, 281; Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Foro amm. CdS*, 2006, 11, 3142.

aventi carattere generale o di natura regolamentare, ha statuito che i medesimi debbano essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione.

Occorre tener presente, altresì, che l'AEEGSI si è dimostrata la più sensibile, tra le Autorità indipendenti, a proposito dell'analisi di impatto della regolamentazione. Detta Autorità ha, infatti, dato per prima attuazione all'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, recante interventi in materia di "qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – legge di semplificazione 2001", attraverso l'adozione della delibera GOP n. 46/08, ed ha articolato il proprio processo di formazione degli atti regolatori di maggiore rilevanza in tre fasi, sicché si possa giungere ad una decisione finale ampiamente condivisa⁹².

Lo sviluppo della prassi del *notice and comment*, nei fatti, rappresenta la più importante novità in tema di giustiziabilità delle attività dell'AEEGSI: la partecipazione nella formazione degli atti regolatori non è, infatti, scissa dal sindacato operato dal giudice in ordine alla discrezionalità tecnica. Se l'Autorità, per l'appunto, attraverso la concertazione e le procedure di partecipazione degli operatori del settore, ha definito le regole da applicare nell'esercizio concreto delle attività di regolazione, allora è all'interno di quei binari che l'Autorità stessa si è data che il giudice può, e deve, valutare il corretto uso del potere conferito all'Autorità stessa. E proprio «la dequotazione del principio di legalità sostanziale [...] impone [...] il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari»⁹³.

La circostanza innanzi emersa ritornerà utile nel prosieguo, al fine di tracciare alcune brevi riflessioni conclusive in punto alla conformità del sindacato operato dal giudice amministrativo nelle controversie in materia di energia elettrica e gas rispetto ai parametri derivanti dall'addentellato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

5. Dubbi e riflessioni conclusive

L'analisi sin qui condotta ha dovuto dar conto dell'esistenza di un quadro alquanto incerto, tanto giurisprudenziale, quanto dottrinale. Bene ha fotogra-

⁹² R. TITOMANLIO, *Procedure di consultazione e potere normativo dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeegsi)*, cit.; più diffusamente in R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁹³ Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in *Foro amm. CdS*, 2012, 5, 1284.

fato la situazione quella dottrina che ha definito il sindacato sulla discrezionalità tecnica quale sindacato esercitato tra punti fermi e perduranti incertezze⁹⁴.

Il contesto, tuttavia, appare mutato sulla scorta degli elementi emersi: in primo luogo, la nuova disciplina della consulenza tecnica d'ufficio ed in secondo luogo il ruolo, a tratti ormai prepotente, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Proprio la giurisprudenza CEDU ha interpretato "come penale" una sanzione dell'AGCM per intesa restrittiva⁹⁵. Detta piana lettura comporta una conseguenza clamorosa⁹⁶: trattandosi di una sanzione sostanzialmente penalistica, ne deriva l'applicazione piena dell'art. 6 CEDU, proprio in ragione della natura dei provvedimenti portati all'attenzione dell'alta Corte dei diritti dell'uomo, i quali «avevano in realtà proprio finalità repressive e preventive, nonché, comunque, un evidente carattere di gravità»⁹⁷. È evidente, di primo acchito, che il concetto di tribunale contenuto nell'art. 6 sia da interpretare «a maglie larghe»⁹⁸; da ciò, quindi la *traslitterazione* del giusto processo nel giusto procedimento.

Ciò posto, e se così fosse, l'effetto della predetta affermazione sul procedimento amministrativo sarebbe dirompente⁹⁹. A mero titolo esemplificativo, sempre con riferimento alla vicenda in esame, l'organo esecutore dell'istrut-

⁹⁴ G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle Autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 11, 2820 s.

⁹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics srl c. Italia*. Questa pronuncia è rinvenibile per intero sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo: www.echr.coe.int.

⁹⁶ Gli studi in ordine ai rapporti tra art. 6 CEDU e procedimento amministrativo hanno visto, nel corso degli ultimi anni, un interessamento particolare della dottrina. *Ex pluribus*, per la completezza nei riferimenti e per una notevole capacità ricognitiva, oltre che di prospettive della materia, si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

⁹⁷ F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali*, cit., 682.

⁹⁸ Il concetto di tribunale, secondo la CEDU, è autonomo rispetto a quello nostrano. Cfr. sul punto, *ex pluribus*, G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, cit., 535: «è tale qualsiasi autorità che abbia il potere di determinare, con una propria decisione, la costituzione o una qualsivoglia incisione significativa di "civil rights and obligations", anche se si tratti di autorità non inserita nel plesso giudiziario dell'ordinamento di uno Stato membro». Ciò non toglie che la CEDU non pretende che le sanzioni amministrative pecuniarie siano irrogate da organi giurisdizionali, o dotati delle caratteristiche tipiche di una autorità giurisdizionale, volte a garantire i diritti processuali delle parti, purché, però, segua, alla fase amministrativa, una fase di *full jurisdiction*.

⁹⁹ Secondo F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali*, cit., 729, il problema del carattere penale delle sanzioni si pone con riferimento all'intera esperienza della potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione.

toria dovrebbe essere diverso dall'organo che concretamente è, poi, chiamato ad irrogare la sanzione.

Si pensi che proprio in ragione di questo orientamento costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Francia, si è proceduto, alla luce delle indicazioni CEDU¹⁰⁰, a distinguere, in seno all'organo di vigilanza bancaria, la commissione, con funzioni decisorie-sanzionatorie, ed un collegio, con funzioni di vigilanza e di istruttoria¹⁰¹. A siffatta riforma è seguito il plauso da parte della Corte europea, la quale aveva sottolineato l'esigenza di garantire detta diversificazione¹⁰². Non così in Italia, dove, presso l'AGCM, non vi è alcuna distinzione tra funzionario istruttore e organismo che irroga la sanzione.

Nella vicenda innanzi richiamata¹⁰³, infatti, quando ancora la medesima pendeva innanzi al Consiglio di Stato¹⁰⁴, la difesa della ricorrente principale aveva sostenuto come, data la natura del potere esercitato dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato, fosse incostituzionale la concentrazione di funzioni istruttorie e decisorie in capo alla medesima¹⁰⁵. Ritenuta manifestamente infondata, la doglianza è stata poi portata all'attenzione della CEDU.

A questo punto, delle due, l'una: o, quindi, viene garantito un *fair trial* in fase procedimentale, ovvero il giudice, investito successivamente, deve poter

¹⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 giugno 2009, caso n. 5242/04, *Dubus S.A. c. France*. Secondo quell'arresto, la commissione di vigilanza bancaria francese, pur avendo organi differenti a rappresentare l'accusa e ad assumere le decisioni (segretario generale nel ruolo di accusa e commissione nel ruolo di decisore), non poteva dirsi rispettosa dei principi derivanti dalla corretta applicazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. Dello stesso tenore, il Consiglio di Stato del Lussemburgo che, con parere del 16 luglio 2010, ha asserito la necessità di una separazione in due autorità delle funzioni esercitate dall'Autorità indipendente per la tutela della concorrenza.

¹⁰¹ A parlarne più diffusamente è F. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali*, cit., 703.

¹⁰² F. GOISIS, *op. cit.*, 702. Secondo l'Autore, come emerso, il problema del carattere penale delle sanzioni si pone con riferimento all'intera esperienza della potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione.

¹⁰³ Ci si riferisce a *Menarini Diagnostics srl c. Italia*.

¹⁰⁴ Giudizio poi definito con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397.

¹⁰⁵ Si riporta il contenuto della sentenza sopra citata, nella parte in cui ritiene manifestamente infondato il vizio di legittimità costituzionale relativo all'art. 33 della legge istitutiva dell'AGCM nella parte in cui non distingue l'esercizio dei poteri tra istruzione e decisione. «Sul piano della costituzionalità, manifestamente infondato si appalesa il denunciato contrasto, con gli artt. 3, 24 e 97 Cost, della concentrazione in capo all'Autorità di funzioni istruttorie e decisorie. A confutazione dell'assunto occorre ribadire che le Autorità indipendenti sono in ogni caso pubbliche amministrazioni non riconducibili al potere giudiziario ovvero ad un non meglio definito potere paragiurisdizionale (Cass., sez. I, 20 maggio 2002, n. 76341). Ne discende l'inesistenza di vincoli costituzionali alla discrezionalità legislativa in sede di regolazione dei confini tra funzione istruttoria e potere decisorio».

riequilibrare il bilanciamento di interessi esercitato dall'Autorità indipendente nell'ambito di un procedimento non conforme all'art. 6 CEDU.

Fermo quanto precede, comunque, la Corte europea, nel caso *sub judice*, ha ritenuto legittima l'irrogazione della sanzione in ragione di una valutazione positiva dell'operato del giudice amministrativo, in grado di soddisfare «aux exigences d'indépendance et d'impartialité qu'un "tribunal" doit posséder au sens de l'article 6 de la Convention»¹⁰⁶. Preme, tuttavia, evidenziare che a detta asserzione, la Corte perviene dopo aver scrutinato la normativa nazionale ed aver verificato che il mancato rispetto della disciplina recata dall'art. 6, par. 1, CEDU in sede procedimentale, trova un contraltare nella piena giurisdizione di cui apparirebbe dotato il giudice amministrativo in sede di sindacato sulla potestà sanzionatoria. In contrasto con quanto innanzi asserito, dal canto loro, sia la *concurring*, sia la *dissenting opinion* hanno evidenziato un elemento comune: il giudice amministrativo italiano non è dotato di una piena giurisdizione. Nella *concurring opinion*, il giudice Sajò ha affermato come il giudice amministrativo nel caso di specie abbia esercitato una giurisdizione estesa al merito, della quale, tuttavia, ad un'analisi del dato normativo, non appare dotato; e solo in ragione di questo "strappo" alla regola lo stesso ha ritenuto, nel caso di specie, non violato l'art. 6 CEDU; nella *dissenting opinion*, il giudice de Albuquerque ha sottolineato il carattere meramente formale del controllo operato dal giudice amministrativo. Tali ultime considerazioni pongono un quesito, ossia se la giustizia amministrativa abbia assunto una posizione "progressista" rispetto ai poteri di sindacato di cui è effettivamente dotata, ovvero se operi un controllo meramente formale sugli atti sottoposti al suo vaglio.

Mantenendo un approccio sistematico alla portata dell'art. 6 CEDU, è bene tener presente che, oltre all'ipotesi relativa all'accusa penale, l'art. 6 trova applicazione con riferimento ai c.d. diritti civili. Questi ultimi, secondo l'interpretazione della Corte stessa, rappresentano uno spettro eterogeneo di situazioni giuridiche soggettive che, nel contesto nostrano, sono parzialmente annoverabili nell'ambito dei c.d. interessi legittimi¹⁰⁷. Ebbene, a tal proposito, la Corte europea ha inequivocabilmente preteso di superare il «monopolio della p.a. nella ricostruzione dei fatti complessi, [anzi] in taluni casi sembra

¹⁰⁶ *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, par. 60.

¹⁰⁷ Per una più ampia disamina, si veda M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica Amministrazione*, Atti del convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2013, 118.

addirittura che la potestà sostitutiva del giudice possa spingersi sino a sindacare scelte propriamente di discrezionalità amministrativa»¹⁰⁸.

A questo punto, occorre chiedersi in che misura l'art. 6 CEDU possa costituire un parametro per valutare l'effettività della tutela giurisdizionale in sede comunitaria¹⁰⁹ e se, ed in che misura, detto precetto abbia diretta incidenza e immediata applicazione nell'ordinamento italiano. In questo senso, viene in soccorso una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione¹¹⁰, la quale, intervenuta a seguito di un rinvio pregiudiziale, in punto all'effettività della tutela garantita da un rimedio interno dello Stato del Lussemburgo, volto ad offrire uno strumento impugnatorio avverso provvedimenti limitativi della possibilità di esercitare la professione forense nel territorio lussemburghese, ha ritenuto detti strumenti non conformi al contenuto della direttiva sulla libertà di stabilimento degli avvocati¹¹¹. La pronuncia è interessante perché nel declinare l'effettività della tutela comunitaria rinvia all'art. 6 CEDU. Il corollario della predetta affermazione è che il diritto comunitario non può che obliterare «i poteri amministrativi che possono limitare l'esercizio delle libertà economiche» dei Trattati; l'unico modo, dunque, perché un potere amministrativo possa limitare quelle libertà è rappresentato dal fatto che lo Stato membro debba predisporre «efficaci strumenti di tutela giurisdizionale»¹¹².

Nel tentare di trarre le fila, l'art. 6 CEDU trova applicazione diretta con riferimento alle libertà pattizie (*rectius*: relative ai Trattati Europei). Non può, invece, dirsi lo stesso a proposito dell'ordinamento nostrano: dalla «comunitarizzazione» della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non si è avuta alcuna novità; *tranchant* sul punto è stata la sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 11 marzo 2011, la quale ha, in maniera tombale, arre-

¹⁰⁸ M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 210. Ancora, M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, cit., 128. Si rinvia alle note dell'A. 52 e 53 per i riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰⁹ Sempre M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività*, cit., 133. Per un'analisi del principio di effettività della tutela come declinato nell'ordinamento europeo, con particolare riferimento al rapporto del medesimo con i c.d. valori stabilizzanti, in grado di limitare la tutela giurisdizionale, per esigenze di certezza del diritto, rispetto al ripristino della legalità violata, si rinvia a S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, Giappichelli, 2012, 173 ss.

¹¹⁰ Corte Giustizia UE, Grande Sezione, 19 settembre 2006, C-506/04, *Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, cfr. M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività*, cit., 133, nota n. 63.

¹¹¹ M. ALLENA, *ult. op. cit.*, 133 ss.

¹¹² M. ALLENA, *ult. op. cit.*, 138.

stato le fughe in avanti della giurisprudenza amministrativa¹¹³, riportandosi ai propri arresti del 2007: è, quindi, il giudice comune, privo del potere di disapplicare la norma interna contrastante con l'*esprit* della CEDU, a dover interpretare il diritto conformemente alla CEDU e, in caso di contrasto, a dover sollevare questione di legittimità costituzionale¹¹⁴.

Assodato, dunque, che il ruolo della CEDU all'interno del nostro ordinamento è quello di parametro interpretativo per l'operatore del diritto e di norma interposta nei giudizi di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.*, è possibile trarre le conseguenze della panoramica sin qui tracciata.

L'attuale sistema vede le Autorità amministrative dotate di poteri particolarmente incisivi e il deficit di previsione ad esse relativo sembra essere superabile per il tramite della garanzia dell'effettiva partecipazione procedimentale e, in caso di procedimenti sanzionatori, per il tramite dell'effettiva applicazione dell'art. 6 CEDU; con ciò tentando di limitare le frizioni già in sede di procedimento. E, forse, questo offrirebbe una soluzione a chi ritiene, oggi, che la "riserva" di amministrazione attribuita alle Autorità indipendenti debba essere preservata da incursioni dei giudici amministrativi. E non v'è chi non veda in alcune tendenze emerse negli ultimi anni, ossia la prassi del *notice and comment*, un nuovo approdo dei procedimenti in capo alle Autorità indipendenti; approdo che potrebbe consentire di dar pienezza al contenuto prescrittivo dell'art. 6 CEDU, garantendo il *fair trial* già nella fase procedimentale. Ciò permetterebbe comunque l'esercizio del diritto all'impugnativa da parte privato rispetto agli atti delle Autorità innanzi al giudice amministrativo¹¹⁵, sebbene il controllo giurisdizionale verrebbe poi esercitato attraverso coordinate diverse, essendo già state soddisfatte, almeno in parte nella fase procedimentale, le esigenze di giustizia del privato inciso dal provvedimento *sub judice*.

In assenza di ciò, la scelta di sottoporre ad un sindacato intrinseco forte le

¹¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, TAR. Lazio, sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984., con nota di S. MIRATE, *La Cedu nell'ordinamento nazionale, quale efficacia dopo Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 5, 1354.

¹¹⁴ Le decisioni gemelle della Consulta, la n. 348 e la n. 349 del 2007 intervengono, dirompenti, in punto alla facoltà, riconosciuta al giudice comune, di disapplicare la norma nazionale che abroghi o modifichi *in peius* una norma della CEDU. Cfr. per un'analisi M. MIDIRI, *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2011, 45 ss. È interessante sottolineare come la Corte dichiari che «al giudice comune spett[i] interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire la Corte costituzionale della questione di legittimità rispetto al parametro dell'art. 117, comma 1».

¹¹⁵ Dello stesso tenore, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, cit., 147.

valutazioni operate dalle Autorità indipendenti, in ogni campo, senza esclusioni *ratione materiae*, permetterebbe di garantire non solo una tutela piena ed effettiva delle situazioni dedotte in giudizio, ma assicurerebbe alle Autorità, specie quelle dotate di poteri regolatori, di essere conglobate all'interno dell'ordinamento senza cortocircuiti di carattere costituzionale: la tutela *ex post*, nelle mani di un giudice, rappresenterebbe il miglior metodo di legittimazione di strutture introdotte a Costituzione invariata, essendo ormai caduto lo "steccato" della consulenza tecnica d'ufficio.

È il caso, ad ogni buon conto, di ripensare lo strumento processuale in relazione alle controversie di cui risultino parte Autorità indipendenti: potrebbe immaginarsi, come taluno¹¹⁶ ha evidenziato, riferendosi ai procedimenti innanzi all'AGCM in una fase antecedente all'introduzione del codice del processo amministrativo e alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6 CEDU, una «diversa fase istruttoria, più articolata, magari devoluta ad un giudice istruttore», anche tenuto conto del grado di specializzazione, ormai raggiunto *de jure*, dai giudici naturali delle controversie in cui sia parte un'Autorità indipendente.

Ma forse tale sentiero non sarebbe agevole, atteso che dovrebbe rimettere in discussione tutta una serie di capisaldi della giustizia amministrativa; e allora la soluzione è quella di ripensare la potestà delle Autorità; di ripensarla nella direzione della più ampia consultazione degli interessati; di immaginare una normativa sempre più propensa alla partecipazione e al confronto, normativa che, a sua volta, costituisca parametro per valutare il corretto operato dell'Autorità. E ciò sempre con il primario obiettivo di declinare il processo amministrativo secondo il principio dell'effettività della tutela. Parametro, quest'ultimo, che rappresenta il fulcro e l'essenza di quel quadro costituzionale che impinge, in maniera sempre più piana e lineare, anche la giurisdizione amministrativa.

¹¹⁶ F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze di mercato*, cit., 279 s., per il quale il sindacato operato dal giudice sugli atti dell'AGCM non è molto diverso dal sindacato astrattamente auspicabile.

PARTE TERZA

ESPERIENZE
IN ALTRI ORDINAMENTI EUROPEI

SANDRA ANTONIAZZI

LA PRIVATIZZAZIONE DEL SERVIZIO IDRICO IN INGHILTERRA E IN GALLES E LA RIFORMA *WATER ACT 2014*

SOMMARIO: 1. La disciplina differenziata della gestione del servizio idrico nel Regno Unito e la privatizzazione durante il Governo *Thatcher*. – 2. Il regime delle licenze prima di *Water Act 2014*. – 3. La situazione critica: limitati effetti di competizione tra gli erogatori, scarsità della risorsa e inefficienze del servizio. Profili di comparazione tra alcuni ordinamenti europei e recenti tendenze di “rimunicipalizzazione”. – 4. Le ragioni della riforma espresse nel *Water White Paper for life* (2011) e le innovazioni contenute in *Water Act 2014* per l’obiettivo dell’effettiva concorrenza. – 5. Gli atti specifici e i procedimenti amministrativi: problemi di qualificazione giuridica. – 6. Considerazioni conclusive: il (falso) mito della privatizzazione inglese-gallese e l’adeguatezza del modello di gestione mediante società di partenariato pubblico/privato.

1. La disciplina differenziata della gestione del servizio idrico nel Regno Unito e la privatizzazione durante il Governo Thatcher

Nel Regno Unito la gestione del servizio idrico secondo il modello della *piena privatizzazione* segue uno schema giuridico atipico e originale, assolutamente non riscontrabile in altri ordinamenti e geograficamente delimitato a Inghilterra e Galles. Nel settore dei servizi pubblici per privatizzazione in senso stretto si intende il trasferimento della produzione e/o della fornitura di beni e servizi da enti pubblici a soggetti privati; nell’esperienza anglosassone questa dinamica è, invece, raramente configurabile, dato che in realtà è prevalsa l’assegnazione della gestione (prima pubblica) a società private mediante licenze (*supply licences*, atti amministrativi di natura prevalentemente concessoria) e accordi accessivi (*arrangements* in cui sono precisate le condizioni di erogazione del servizio, le clausole, i limiti e gli obblighi, e *agreements* degli estrattori di acqua per realizzare infrastrutture) in un regime di *quasi-mercato* regolato dal Governo mediante una specifica disciplina e non secondo un libero mercato¹. La conseguenza diretta di questa impostazione è il passaggio da una situazione di monopolio pubblico ad un monopolio regionale privato che deve essere regolamentato per contenere il potere delle *companies* nel

¹ J. FENWICK and K. HARROP, *La privatizzazione dei servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Dir. econ.*, 2000, 53 ss.

rapporto con gli utenti; infatti dalla privatizzazione è derivata un'evoluzione particolare: un incremento della regolamentazione pubblica del Governo a protezione dei consumatori², soprattutto in via indiretta tramite regole imposte alle *companies* per l'accesso al mercato, la valutazione delle *performance* e dei costi.

La dismissione dal settore pubblico risale al 1989 per iniziativa del Governo *Thatcher* nella convinzione che il nuovo regime basato su società private dotate di maggiore libertà commerciale avrebbe migliorato l'efficienza del servizio, per ottenere risultati economici positivi con benefici sostanziali per gli utenti³; le infrastrutture idriche risalenti al periodo Vittoriano dovevano essere rinnovate⁴ mediante ingenti investimenti sostenibili in quel periodo solo da

² Per queste considerazioni si rinvia a P. CANE, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2011, 8-9 e 25 ss.; la privatizzazione ha coinvolto molte imprese di proprietà pubblica e i servizi di pubblica utilità, prima gestiti da soggetti pubblici secondo il diritto pubblico. Una soluzione alternativa poteva essere quella di sottoporre le attività privatizzate (come ad es. i servizi pubblici) ad un regime speciale di norme di diritto pubblico; peraltro tra gli obiettivi giuridici principali della privatizzazione vi era anche quello di sottoporre la condotta delle imprese privatizzate, considerate di importanza pubblica, alla regolazione esercitata da enti pubblici. Di conseguenza, anche se i fornitori privati di servizi non sono disciplinati dal diritto pubblico, le autorità di regolazione sono invece chiaramente soggette ad una disciplina pubblicistica. In tema di privatizzazione e di conseguente regolamentazione si rinvia altresì a H. W. R. WADE and C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2014, 115 ss. E' stato, quindi, definito un nuovo modello di controllo delle attività: la nuova figura del *regolatore di nomina governativa*, ma indipendente, con poteri di concessione, di revoca e di modifica delle licenze di esercizio e sanzionatori per le infrazioni e ad esso sono stati attribuiti anche doveri sociali ed economici ad es. la protezione dei consumatori per il settore del gas al Segretario di Stato e per l'acqua a *Ofwat* e al Segretario di Stato.

³ Questa convinzione è stata il presupposto di una teoria applicata a tutti i servizi pubblici privatizzati: se i Governi avevano fallito nel fornire servizi non di qualità, il settore privato avrebbe potuto risolvere la questione utilizzando i principi del mercato; l'esigenza di sollevare i Governi dal rischio di disavanzi pubblici, la necessità di aumentare gli investimenti e di migliorare l'efficienza dei servizi tramite la privatizzazione sono state le ragioni espresse nel primo rapporto sullo stato dei servizi pubblici *The Stephen C Littlechild's 1983 Report* (reperibile in www.publications.parliament.uk) che si riferiva in particolare alle telecomunicazioni. La regolazione settoriale ridurrebbe la concorrenza sufficientemente sviluppata per i profili potenzialmente competitivi dei servizi pubblici al fine di proteggere i consumatori dall'esercizio non controllato del potere di monopolio; nel contempo le autorità di regolazione hanno un obbligo giuridico di promuovere la concorrenza e, quindi, di agevolare il passaggio dal monopolio regolamentato ai mercati liberalizzati. In tema di privatizzazione del servizio idrico si rinvia a J. VICKERS and G. YARROW, *Privatization: An Economic Analysis*, Cambridge, The MIT Press, 1997, 387 ss. in cui è esaminata la fase preliminare di studio del settore idrico che risale al 1985 e la presentazione nel 1986 di un *White Paper* che conteneva le motivazioni della nuova soluzione ed i principi di base della proposta legislativa poi approvata come *Water Act 1989*.

⁴ Per alcuni interessanti cenni storici sulla situazione assai problematica del servizio idrico

compagnie private. La soluzione adottata è comunque in contrasto con la tendenza generale dei Paesi europei che hanno prevalentemente conservato la gestione pubblica dell'acqua; ad es., in Scozia dalla riforma del servizio idrico del 1994 il settore è gestito da un'Autorità pubblica *Scottish Water* che esercita ancora le funzioni per l'intero territorio scozzese⁵ e un'analogia Autorità

prima della riforma del 1989 si rinvia a M. G. ROVERSI MONACO, *Dominio pubblico e impresa nella gestione dei servizi idrici. L'esperienza in Gran Bretagna e le prospettive in Italia*, Padova, Cedam, 1996, 29 ss. e sull'evoluzione della considerazione della natura dell'acqua come bene comune e in senso economico come "merce" v. C. WARD, *Acqua e comunità*, Milano, Elèuthera, 2011, 24 ss. e spec. 33.

⁵ S. MIRATE, *The Management of the Water Service in the United Kingdom*, in *The Water Supply Service in Europe: Austrian, British, Dutch, Finnish, German, Italian and Romanian Experiences*, Edited by V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2013, 87 e spec. 98. La Scozia si era discostata dal modello di assoluta privatizzazione e adottò una soluzione diversa da quella inglese-gallese, in linea con l'espressa volontà della collettività di conservare la gestione pubblica del servizio idrico come già era prevista dalla disciplina sull'amministrazione locale prima del referendum del 1997 per la *devolution* (*Scotland Act* del 1998); già una consultazione referendaria del 1994 rivelò che il 97% degli elettori era contrario alla privatizzazione dei servizi idrici e tale risultato ha decisamente condizionato l'affidamento del servizio attribuito a tre Autorità pubbliche di livello regionale e l'istituzione del regolatore economico. Con la riforma *Scotland Act 1998* (in www.scottish.parliament.uk; per la riforma *Scotland Act 2012* v. www.scotland.gov.uk) la competenza per il settore idrico era stata trasferita dal Governo e dal Parlamento di Londra ai rispettivi organi pubblici con sede a Edinburgo; per tutelare gli interessi dei consumatori *Water Industry Act 1999* (in www.legislation.gov.uk) ha istituito *Water Industry Commissioner for Scotland* attribuendo ad esso nuove funzioni riguardo alle tariffe in sostituzione di *Scottish Water and Sewerage Customers Council*, modificando *Local Government Scotland Act 1994* (in www.scotland.gov.uk). Per la tutela dei consumatori *Water Industry Act 1999* ha inoltre istituito *Water Industry Consultative Committees* che ha funzione consultiva e svolge compiti informativi nei confronti della *Water Industry Commissioner* e la *Consumer Focus Water* che rappresenta (e tutela) gli interessi dei clienti della società pubblica e svolge una funzione consultiva per le questioni che attengono all'industria dell'acqua in Scozia. In seguito il Parlamento scozzese ha deciso la riorganizzazione dei servizi con la legge *Water Industry Act 2002* per una maggiore efficienza e la limitazione dell'intervento delle autonomie locali mediante la sostituzione delle tre Autorità regionali con un'unica *società pubblica Scottish Water*, ente titolare della gestione e della fornitura dei servizi idrici, secondo un regime decisamente monopolistico, responsabile nei confronti del Parlamento scozzese. Quindi le funzioni di regolatore economico spettano al *Water Industry Commissioner* che è anche responsabile nei confronti del Governo scozzese per il controllo delle *performance* della *Scottish Water*, mentre per la regolazione del controllo della qualità dell'acqua e la tutela della salute è competente *Drinking Water Quality Regulator* (in www.dwqr.org.uk). Sono state istituite due agenzie: la *Scottish Environmental Protection Agency* (già dal 1995; v. www.sepa.org.uk) che, dopo la riforma del 2003, esercita poteri analoghi all'agenzia dell'ambiente inglese. Nel 2005 è intervenuta la liberalizzazione del mercato idrico scozzese con una nuova fonte legislativa *Water Services Scotland Act 2005*, che tra l'altro ha sostituito la *Water Industry Commissioner* con la *Water Industry Commission for Scotland* (v. www.watercommission.co.uk), ma soprattutto ha introdotto la separazione tra funzioni operative e attività al dettaglio per il fine di consentire la concorrenza nella vendita al dettaglio delle

pubblica *Irish Water* opera nell'Irlanda del Nord⁶.

Per esaminare l'evoluzione più recente del settore e le questioni critiche emerse nel corso di più di venticinque anni dalla privatizzazione anche in conseguenza della necessaria applicazione di atti normativi dell'UE nei diversi settori dei servizi pubblici⁷, occorre delineare una breve ricostruzione delle fasi normative successive al risalente schema pubblicistico che affidava il ruolo centrale alle autonomie locali con molti operatori pubblici (enti pubblici, Autorità di bacino) e alcuni operatori privati. La prevalente soluzione pubblicistica è stata poi progressivamente limitata dal *Water Act 1945* e nel 1963 il *Water Resources Act* attribuiva, per la prima volta in Inghilterra e in Galles, la regolazione al livello regionale; il *Water Act 1973* ha in seguito introdotto un modello innovativo costituito da dieci Autorità regionali per l'acqua (*Regional Water Authorities*), titolari di una competenza esclusiva nell'ambito di una precisa zona geografica individuata da un bacino fluviale per le funzioni di conservazione, di protezione della risorsa (inquinamento, inondazioni) e di gestione del servizio fognario, in sostituzione dei preesistenti operatori pubblici locali (anche se con l'opposizione delle comunità); sono state, inoltre, confermate le compagnie private già esistenti per la fornitura dell'acqua⁸.

forniture di acqua e dei servizi della rete fognaria. Il processo di apertura del mercato dei servizi al dettaglio è stato completato nel 2008 secondo alcuni principi: criteri di distinzione tra attività di gestione delle infrastrutture e attività di erogazione dei servizi e la concorrenza nei servizi; la società pubblica ha conservato la competenza nella gestione delle infrastrutture, mentre l'erogazione di servizi al dettaglio può essere esercitata da imprese private in regime di concorrenza sulla base di licenze con diverse condizioni a seconda del diverso tipo di servizio. Nel contempo è stato revisionato il ruolo del regolatore economico prevedendo nuovi poteri di determinazione delle tariffe e di controllo delle modalità e delle qualità dei servizi erogati.

⁶ Si rinvia a *Water Services Act 2013* reperibile in www.irishstatutebook.ie; il regolatore economico indipendente dell'acqua è CER (*Commission for Energy Regulation*) il cui sito istituzionale è www.cer.ie.

⁷ Per le difficoltà di adeguamento della disciplina nazionale ad es., nel caso della Direttiva 2006/12 (in materia di rifiuti) con conseguenze applicative anche per il settore della *water industry*, si rinvia a G. CROWHURST, S. DAVIDSON and R. LEE, *Sewage as Waste: Implications for the UK Water Industry of the ECJ's Ruling on the Application of the Waste Framework Directive to Sewage*, in *European Environmental Law Review*, 2007, 271 ss.

⁸ Per un esame approfondito della struttura organizzativa delle Autorità dell'acqua in Inghilterra e in Galles dopo l'attuazione di *Water Act 1973*: B. J. DANGERFIELD, *The Structure and Management of the British Water Industry*, London, The Institution of Water Engineers and Scientists, 1979, 13 ss.; per l'evoluzione storica della disciplina fino al *Water Act 1989* v. MASON IN ASSOCIATION WITH THE CENTRE FOR ENVIRONMENTAL LAW, University of Southampton, *Water Law: a practical guide to the Water Act 1989*, Cambridge, Woodhead-Faulkner Limited, 1990, 52 ss.; assai interessante l'esame del complesso contesto economico e politico che ha portato al programma di privatizzazione e per questi profili si rinvia a C. GRAHAM, *Regulating Public Utilities: a Constitutional Approach*, Oxford, Hart Publishing,

Già allora si prospettavano problemi di reperimento degli investimenti e di controllo diretto da parte del Governo centrale; quindi proprio per risolvere queste difficoltà, il Governo *Thatcher* elaborò la riforma⁹ del 1989 per una completa privatizzazione del servizio idrico con la soppressione delle Autorità regionali, come per altri servizi pubblici (ad es. nel 1984 la telefonia e in seguito nel 1996 il *British Gas*¹⁰). Ne è conseguita la completa dismissione della gestione pubblica e, in particolare, la privatizzazione ha riguardato il servizio idrico e fognario in Inghilterra e in Galles con *Water Act 1989*, che ha trasformato le dieci Autorità regionali in società private; la gestione dei fiumi è stata trasferita ad una nuova Autorità nazionale (*National Rivers Authority*) in seguito assorbita dall'Agenzia per l'ambiente (*Environment Act 1995*). La disciplina del 1989 è stata oggetto di rilevanti modifiche ed integrazioni mediante *Water Industry Act 1991*¹¹, ora fonte normativa di riferimento con le ulteriori modifiche introdotte da *Water Industry Act 1999*, da *Water Act 2003*¹² e da *Water Act 2014*.

La riforma del 1991 è stata soprattutto giustificata da esigenze di regolazione del settore economico, considerata l'esistenza di un monopolio naturale creato dalle compagnie che erogavano servizi essenziali ai cittadini e, quindi, diverse autorità di regolazione sono state istituite per vigilare l'industria dell'acqua¹³. Inoltre nella nuova disciplina è emersa la distinzione tra le attività di regolazione economica e di *water policy* (regolazione ambientale) spettanti ad Autorità pubbliche e l'attività di gestione e fornitura del servizio esercitata da compagnie private, titolari di licenze. Nel mercato vi sono tre soggetti coinvolti: le società competenti per regione quali fornitori "storici" (*regional*

2000, 16 ss.

⁹ Per ampi riferimenti alla riforma del 1989 e alle successive modifiche e integrazioni fino a *Water Act 2003*, v. National Consumer Council, *In the Absence of Competition: Consumer View of Public Utilities Regulation*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1989, 142 ss.; M. ARMSTRONG, S. COWAN and J. VICKERS, *Regulatory Reform, Economic Analysis and British Experience*, Cambridge, The MIT Press, 1994, 335 ss.; LORD MACKAY OF CLASHFERN, *Water and Waterways*, in Halsbury's Laws of England, LexisNexis, 2009, 106 ss.; D. WOOLLEY QC, J. PUGH-SMITH, R. LANGHAM and W. UPTON, *Environmental Law*, Oxford University Press, 2009, 404 ss.; M. COLLINSON, *Procurement of Utilities: Law and Practise*, Oxford Press University, 2013, 29 ss. e spec. 35 ss.

¹⁰ Sul processo di privatizzazione si rinvia a P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 346 ss. In particolare sulla nazionalizzazione (*Gas Act 1948*) e la successiva privatizzazione con il *Gas Act 1986* da cui è conseguita *British Gas* società privata che gestisce l'erogazione di gas ed elettricità (www.britishgas.co.uk), 352 ss.

¹¹ Reperibile in www.legislation.gov.uk. Si consideri altresì *Water Resources Act 1991* in relazione alla *water industry* e alle *abstraction licences* (artt. 34 ss.).

¹² Reperibile in www.legislation.gov.uk.

¹³ S. MIRATE, *op. cit.*, 88-89.

water wholesaler companies o *incumbent undertakers*: sono gli estrattori di acqua che già operavano quando è stata adottata la privatizzazione del 1989 o che hanno ottenuto la licenza dopo il 1989), il rivenditore (*national retailer*) e l'utente (*costumer*).

I rivenditori, dopo l'acquisto dall'operatore originario (*wholesaler*), possono fornire all'utente alcuni servizi al dettaglio in un regime di parziale concorrenza. Peraltro il rivenditore può utilizzare in affitto la rete di proprietà delle società regionali e poi vendere il servizio al dettaglio; l'utente riceve l'acqua sempre dalla società venditrice originaria ed entro certi limiti e condizioni restrittive può scegliere tra diversi rivenditori per la fornitura dei servizi e può anche modificare la scelta degli operatori. *Water Industry Act 1991* ha previsto che un'impresa erogatrice del servizio possa essere autorizzata a fornire l'acqua ad utenti di un'area rientrante nella competenza di un'altra impresa titolare di licenza e così sostituire l'originario gestore, al fine di favorire nuovi ingressi nel mercato anche con regole introdotte dal regolatore economico. Il procedimento che consente l'esercizio dell'attività di fornitura dell'acqua presuppone il rilascio di *supply licences* (licenze di approvvigionamento); la disciplina prevede che una società privata titolare di una licenza possa accedere alla rete di una compagnia già inserita per approvvigionarsi di acqua e fornirla ai propri clienti.

In una prospettiva di confronto, a differenza di altri servizi pubblici, le *water industries* sono imprese integrate verticalmente e responsabili di tutti i livelli della filiera (produzione, trasporto, vendita al dettaglio e ricezione, trasporto e smaltimento delle acque reflue). I compiti di un *water undertaker* possono essere modificati o si estinguono in caso di sostituzione (anche parziale) del titolare, dato che può essere nominato un altro soggetto per una certa area (o per una parte di essa) ma da ciò derivano comunque un monopolio geografico in esclusiva e il possesso e la gestione della necessaria infrastruttura di rete¹⁴ in relazione alle loro rispettive funzioni.

L'intervento normativo del 1991 ha introdotto significative novità che riguardano la regolazione economica delle compagnie di gestione dell'acqua e della rete fognaria e le licenze dei fornitori di acqua tramite norme aggiuntive che disciplinano il ruolo e i compiti del dipartimento governativo non ministeriale *Water Services Regulation Authority* (anche definito *Office of Water Services*¹⁵ - *Ofwat*) istituito nel 1989, indipendente dal Governo e dalle società del

¹⁴ Per questi approfondimenti si rinvia a M. COLLINSON, *Procurement of Utilities: Law and Practise*, cit., 29 ss.

¹⁵ Si rinvia al sito www.ofwat.gov.uk. Per approfondimenti sull'istituzione di questo regolatore v. W. A. MALONEY and J. RICHARDSON, *Managing Policy Change in Britain: the Politics of Water*, Edinburgh University Press, 1995, 101 ss. e spec. 107 ss.; T. PROSSER, *The Regulatory*

settore, ma direttamente responsabile nei confronti del Parlamento inglese e del Governo del Galles. Il compito primario è quello di assicurare che le *water companies* esercitino le loro funzioni in coerenza con la disciplina istitutiva e finanzino le loro attività con un rendimento ragionevole del capitale; ulteriori competenze attengono alla promozione di un'appropriata competizione e alla protezione degli interessi dei consumatori.

Ofwat, che determina le tariffe e concede la licenza, indica le condizioni dei servizi che le società s'impegnano ad erogare, opera in stretto contatto con l'Agenzia per l'ambiente e l'Autorità di controllo della qualità dell'acqua con il supporto del Consiglio dei consumatori (*Consumer Council for Water*); mediante il sistema delle licenze, la regolazione coinvolge i livelli di erogazione, il rapporto con i clienti, gli obiettivi del servizio e il rispetto delle condizioni di manutenzione. *Ofwat* ha, inoltre, il compito di proteggere gli interessi degli utenti mediante agevolazioni che possono derivare da un'effettiva competizione tra gli operatori per assicurare la promozione dell'efficienza: obiettivo comunque assai controverso, dato che la concorrenza non si è in effetti realizzata, questione che ha giustificato l'intervento legislativo con *Water Act 2014*.

Water Industry Act del 1991 ha stabilito i poteri e i doveri delle compagnie e dei fornitori, puntuali obblighi di qualità dell'acqua potabile¹⁶ che sono sottoposti al controllo governativo del *Department for Environment, Food and Rural Affairs* (*Defra*) e del *Drinking Water Inspectorate*¹⁷ nonché le condizioni per

Enterprise, Oxford University Press, 2010, 176 ss. e spec. 188-189, che riconduce questa Autorità, considerato l'ambito limitato di concorrenza nel settore del servizio idrico, ad una funzione di regolazione del monopolio tramite la comparazione tra le *performance* delle diverse *water companies* utilizzando un ampio ambito di indicatori qualitativi e quantitativi al fine di incentivare il miglioramento delle prestazioni. Per questi obiettivi sono previsti la revisione dei prezzi ogni cinque anni e l'esame dettagliato dei piani societari dopo che le linee sono state impostate dai Ministri in relazione agli impegni nei confronti dell'UE in materia di qualità dell'acqua potabile e di miglioramenti ambientali. Le critiche riguardo alla carenza di *competition* nell'erogazione dell'acqua e le esigenze di riforma sono state evidenziate in modo rilevante dal *House of Lords Committee on Regulators* già nel 2007. Le innovazioni dovevano riguardare il ruolo di *Ofwat* in vista di un'eventuale introduzione di una maggiore concorrenza e per l'impellente necessità di una gestione adeguata per l'efficienza e la richiesta crescente di acqua; queste considerazioni sono state affermate anche da *Ofwat* e dal Governo, ma in contrasto ovviamente con la posizione delle compagnie.

¹⁶ In particolare devono essere rispettati i parametri previsti dalla Direttiva 2000/60/CE, che stabilisce un quadro comune per l'azione comunitaria nella politica dell'acqua, attuati nella pianificazione regionale; per approfondimenti sulla direttiva si rinvia a E. LOUKA, *Water Law & Policy, Governance without Frontiers*, Oxford University Press, 2008, 49 ss.

¹⁷ Si rinvia ai siti istituzionali: www.defra.gov.uk e www.dwi.defra.gov.uk. In particolare il *Drinking Water Inspectorate*, istituito nel 1990, ha il compito di accertare e di migliorare la sicurezza e la qualità dell'acqua in Inghilterra e in Galles nonché di raccogliere e pubblicare i relativi dati che sono accessibili; l'obbligo di comunicazione di informazioni è puntualmente previsto

il controllo esercitato dal regolatore sull'attività di erogazione dell'acqua; la privatizzazione ha, quindi, reso necessaria l'istituzione di specifiche Autorità a cui affidare la cura dell'interesse pubblico sia per gli aspetti economici, sia per i profili ambientali e qualitativi. In seguito *Water Industry Act 1999*, che ha modificato la disciplina del 1991, ha previsto nuovi diritti per i consumatori soprattutto quelli domestici, ad es. il divieto per le compagnie di scollegare il servizio idrico in caso di mancato pagamento delle bollette e il potere regolamentare del Segretario di Stato circa particolari oneri per certe categorie.

Il contesto del mercato è comunque il monopolio regionale: le dieci società private (fornitori "all'ingrosso") operano sulla base di licenze rilasciate dal Segretario di Stato tramite *Ofwat* nel 1989; si aggiungono diciassette *water-only companies* private erogatrici al dettaglio dell'acqua acquistata dalle società private titolari delle licenze originarie (*undertaker incumbent*), secondo un proprio prezzo, che è elemento di competizione tra le imprese, ma oggetto di regolazione dapprima sulla base di limiti fissati dal Segretario di Stato con incrementi annuali e in seguito secondo i parametri stabiliti da *Ofwat*, per il criterio del *price-cap*, e successivi aggiustamenti (dal 1994 al 2005 con diverse percentuali) a favore delle compagnie inglesi e gallesi in relazione all'inflazione. A queste società private si erano aggiunte circa trenta *water supply companies* che avevano evitato la nazionalizzazione (1973) e che attualmente sono soggette al regime di regolazione vigente¹⁸.

Con *Water Act 2003* si richiede alle compagnie di contribuire in modo rilevante alla conservazione dell'acqua, infatti esse devono sviluppare e pubblicare piani di gestione delle risorse idriche e piani per la siccità in aggiunta al dovere generale di sviluppare e mantenere un approvvigionamento idrico efficiente ed economico nelle loro aree di competenza e di garantire l'attuazione degli accordi. Sono state previste modifiche all'organizzazione di *Ofwat* (ad es., sostituzione del direttore generale con un consiglio d'amministrazione), l'esercizio del potere sanzionatorio per la violazione di prescrizioni e proprio questo ulteriore atto legislativo ha delineato l'obiettivo di tutelare i diritti dei cittadini mediante la diretta promozione della concorrenza tra i privati fornitori di acqua e la previsione di doveri di protezione degli interessi dei consumatori; peraltro nel 2005 è stato istituito un organismo indipendente di cate-

per le compagnie e per approfondimenti si rinvia al sito istituzionale www.dwi.defra.gov.uk. Per la complessità del regime di regolazione anche per il numero di regolatori istituiti, si rinvia a W. A. MALONEY and J. RICHARDSON, *Managing Policy Change in Britain: the Politics of Water*, cit., 101 ss.

¹⁸ J. WACKERBAUR, *Regulation and Privatisation of the Public Water Supply in England, France and Germany*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2007, vol. 8, n. 2, 105.

goria *Consumer Council for Water* che rappresenta i consumatori industriali e domestici di Inghilterra e Galles¹⁹.

La conseguenza della privatizzazione è stata l'affermazione di situazioni di monopolio regionale secondo lo schema della “*regolazione per comparazione senza concorrenza diretta*”, introdotta dal regolatore economico che fissa il prezzo dell'acqua imposto alle società per un periodo di cinque anni con l'obiettivo di garantire alle imprese la remunerazione del capitale investito e nel contempo la riduzione dei costi, condizionando in tal modo gli operatori mediante interventi sui prezzi²⁰. La regolazione tariffaria (*incentive regulation*) all'inizio del quinquennio definisce il livello delle tariffe da applicare ai consumatori, in base ad una stima dell'efficienza produttiva conseguibile da ogni compagnia; durante ciascun periodo, se le compagnie conseguono *performance* migliori rispetto a quelle inizialmente stimate dal regolatore, esse possono ottenere un *extra* profitto con un aggiustamento nel periodo successivo e a fronte di profitti superiori al valore di riferimento, il regolatore potrà rendere più stringente il vincolo al recupero di produttività. Questo meccanismo di regolazione stabile e di profitti prevedibili sembra aver in parte favorito gli investimenti per il miglioramento della rete e per gli adeguamenti ai nuovi *standard* ambientali, ma il sistema dal 2011 è stato oggetto di alcune innovazioni fino alla scelta recente di introdurre un'effettiva concorrenza.

Il regolatore non solo deve evitare gli abusi di mercato, ma svolge un ruolo ulteriore dato che il sistema è stato delineato per simulare la competizione e le compagnie non sono in diretta concorrenza tra loro ma devono essere *confrontate* dal regolatore: il *sistema comparativo* consente di *imitare* (o di riprodurre) le pressioni competitive, come se ogni compagnia fosse soggetta agli stessi incentivi all'efficienza, alle pressioni al ribasso sui prezzi e al rialzo sulla qualità, operando in un vero mercato. Questo meccanismo è stato attuato tramite l'imposizione di *price-caps* in relazione alla situazione locale, alle informazioni raccolte dal regolatore e fornite dalle compagnie secondo l'obiettivo di efficienza; da ciò è derivato un *benchmark* (o “*yard-stick*”) del livello di efficienza per le aziende, al fine di garantire ai clienti quei benefici che normalmente derivano dalla concorrenza sui prezzi. Le imprese sono, quindi, incentivate a migliorare la loro efficienza per ottenere profitti ragionevoli in tali condizioni. L'altro obiettivo strategico è il controllo delle prestazioni rafforzato mediante la pubblicazione di classifiche per ogni azienda in base all'efficienza, ai livelli di servizio, alla qualità del prodotto e così via. Le

¹⁹ Sulla composizione e sui compiti, si rinvia a www.ccwater.org.uk.

²⁰ Per questa esclusiva funzione di *Ofwat* si rinvia a S. MIRATE, *op. cit.*, 90 ss.; G. CROWHURST, S. DAVIDSON and R. LEE, *Sewage as Waste: Implications for the UK Water Industry of the ECJ's Ruling on the Application of the Waste Framework Directive to Sewage*, cit., 272.

classifiche rappresentano una forma di pressione tra “pari”: le imprese, ovviamente, desiderano apparire nei primi posti e ciò induce la ricerca costante di miglioramenti nelle prestazioni di servizi²¹.

Quindi le imprese fissano il corrispettivo dei servizi nel rispetto di criteri stabiliti dall'Autorità di regolazione, secondo il metodo di *price-cap*: è fissato un limite massimo, determinato in base ai costi operativi, di investimento e all'efficienza del servizio, con aggiornamenti ogni cinque anni²². Inoltre il *Water Act 2003* tenta di liberalizzare il mercato con la possibilità di concessione a terzi dell'accesso alla rete per erogare il servizio ad utenti non domestici con un consumo di acqua superiore ad una certa quantità rilevante; tuttavia gli ostacoli all'ingresso di nuovi operatori sono sempre significativi e vi è un'oggettiva difficoltà nell'individuare le modalità di accesso alle reti, prevalendo monopoli regionali e un sistema verticalmente integrato.

Inoltre il sistema evidenzia un contesto complesso di rapporti tra soggetti pubblici centrali (Governo, Segretario di Stato, *Ofwat*), le compagnie private dell'acqua, i regolatori e i consumatori (diverse categorie: industrie per le grandi quantità di acqua e consumatori privati, in forma individuale o in associazioni, di modesta entità) con profili di significativa conflittualità. Peraltro l'esigenza di tutela degli utenti mediante la regolazione del sistema di gestione privatizzato ha giustificato diversi interventi normativi: *Competition and Service (Utilities) Act 1992* che ha introdotto *standards* di garanzia del servizio e attribuito ulteriori compiti al regolatore economico nella soluzione di conflitti tra gli operatori, per favorire la concorrenza e modificare il regime di controllo delle fusioni di compagnie dei settori dell'acqua e della rete fognaria, e *Floods and Water Management Act 2010* che attribuisce diverse competenze all'*Environment Agency* riguardo a studi di sintesi per i rischi di alluvione e per interventi di bonifica nonché circa misure per contribuire a ridurre le passività nel settore idrico e ottenere tariffe “sociali” dalle compagnie.

In sostanza per il servizio idrico il sistema di regolazione è *specializzato* dato che si basa su diverse e distinte Autorità (“indipendenti” nei rapporti tra loro e non tanto dal Governo) per il controllo della qualità dell'acqua potabile, per i costi e le condizioni di erogazione, ma con un'evidente carenza di

²¹ Per queste considerazioni v. M. GRENFELL, *Can Competition Law Supplant Utilities Regulation?*, in *Regulation and Deregulation, Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Edited by C. McCrudden, Oxford University Press, 1999, 226-227.

²² Per uno studio approfondito sui molteplici elementi e criteri di valutazione del prezzo, v. S. MERRET, *The Price of Water: Studies in Water Resource Economics and Management*, London, IWA Publishing, 2007, 43 ss. e in particolare sul sistema del *price-caps* v. M. G. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, 93 ss.; M. WATERSON, *Developing Utility Regulation in the UK*, in *British Utility Regulation. Principles, Experience and Reform*, Edited by D. HELM, Oxford Economic Research Associates Ltd., 1995, 131 ss.

strumenti di coordinamento e di cooperazione anche se in alcune norme del *Water Industry Act 1991* modificato è riconosciuto un grado minimo di connessione tra le Autorità, ad es. *Ofwat* ha assunto un ruolo attivo nella determinazione del livello degli investimenti a favore dell'ambiente e, infatti, l'aspetto centrale del rapporto tra i diversi *regulators* e il Governo è l'attuazione di un bilanciamento tra il miglioramento della qualità dell'ambiente e i costi necessari.

Infine un ente privato²³ *Water UK* riveste la posizione di "intermediario" tra il Governo e i fornitori di acqua secondo l'obiettivo di tutelare i loro interessi, rappresentando tutte le principali organizzazioni di approvvigionamento idrico in Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord; le finalità attengono alla promozione dei più alti livelli di qualità dell'acqua potabile, l'eco-sostenibilità e un regime di regolamentazione stabile per attrarre investimenti a favore dell'industria.

2. Il regime delle licenze prima di Water Act 2014

Fino al *Water Act 2014* in Inghilterra e in Galles le società private hanno operato sul mercato sulla base di licenze rilasciate da *Ofwat*, in qualità di proprietarie delle reti e titolari in via esclusiva del compito di erogare la fornitura e di riscossione della tariffa, con l'obbligo di fornire il servizio per la durata della licenza di venticinque anni; le condizioni sono stabilite dall'atto di affidamento e i livelli di *performance* sono fissati dal regolatore, ma con modalità che difficilmente consentono la concessione di nuove licenze.

In conseguenza della *full privatisation*, che riguarda esclusivamente l'Inghilterra e il Galles, i monopoli gestiti pubblicamente sono stati trasferiti a imprese private, ma sempre secondo un sistema di monopolio gestito a livello regionale, dunque correlato ad un riferimento pubblicistico, di fatto limite implicito alla libera concorrenza tra le imprese²⁴. Il settore privato è comun-

²³ Per ulteriori precisazioni sulle funzioni si rinvia al sito www.water.org.uk. L'impegno di *Water UK* si esprime a livello nazionale ed europeo per un'industria dell'acqua forte per conto dei membri e degli interessi di tutti gli *stakeholders*; tra gli obiettivi, l'attuazione di una politica di alto livello volta a favorire lo sviluppo sostenibile delle acque e ad assicurare benefici economici, sociali e ambientali duraturi per il Regno Unito. Peraltro l'ente collabora con i principali organi di regolazione: *Ofwat*, *Environment Agency*, *Drinking Water Inspectorate* e gli analoghi organi che operano in Scozia, Galles e Nord Irlanda.

²⁴ Sull'assenza di competizione e sulle difficoltà di arrivare ad un'evoluzione in tempi brevi per la ferma opposizione delle *water companies* anche se destinatarie di rilevanti critiche da parte dei partiti politici, negli anni a partire dal 2000, per gli eccessivi profitti: C. GRAHAM, *Regulating Public utilities*, cit., 155; per la maggioranza dei consumatori l'unico modo per limitare i

que responsabile della proprietà delle infrastrutture e del funzionamento della rete di approvvigionamento, aspetti prima rientranti nella competenza dell'ente pubblico.

Alla privatizzazione è seguita una sempre più *stringente regolazione*²⁵ mediante l'istituzione di autorità indipendenti settoriali di regolazione economica per il controllo dei prezzi e la previsione di condizioni di erogazione, con funzioni di programmazione dell'utilizzo della risorsa, di monitoraggio dell'acqua e della sua qualità. La regolazione e il controllo della gestione dell'acqua sono significativi per garantire la sostenibilità finanziaria dell'industria con una quota ragionevole di utili; queste finalità sono state al centro dell'attività del regolatore economico nella fase iniziale della privatizzazione, mentre più recentemente *Ofwat* ha assunto un nuovo ruolo di protezione degli interessi dei consumatori, di raccolta dei dati, di verifica dell'efficienza del sistema di gestione e di intervento in caso di disfunzioni della rete.

Il contesto giuridico ha inevitabilmente favorito la presenza di pochi operatori titolari delle licenze risalenti al 1989 con molte limitazioni all'ingresso di nuove società private e una concorrenza in concreto assai limitata, aspetto attualmente in discussione.

Il sistema vigente delle licenze si caratterizza per alcune distinzioni essenziali tra le tipologie di atti necessari per esercitare l'attività di estrazione della risorsa e di erogazione a seconda dell'origine; sotto il profilo della qualificazione giuridica è possibile sostenere la natura certamente non contrattuale, dato che il rapporto con l'autorità che rilascia la licenza ha natura pubblicistica e gli obblighi dei *water undertakers* (compagnie di estrazione dell'acqua) in base al *Water Act* del 1991 sono previsti dalla legge²⁶.

Le *undertaker licences*, necessarie per l'estrazione di acqua e rilasciate a poche compagnie titolari dal 1989 delle reti privatizzate, sono state attribuite senza alcuna procedura di gara e hanno garantito il controllo monopolistico del servizio. Inizialmente era stata prevista la durata di venticinque anni, in assenza di una disciplina della situazione giuridica al momento della scadenza e riguardo al preavviso; il *Water Act* 1992 ha previsto il preavviso di dieci anni per la revoca e nel 2002 l'Autorità di regolazione ha modificato le condizioni

costi dell'acqua è quello di ridurre il consumo, dato che essi pagano ancora in base a criteri non misurabili e solo una minoranza ha un'erogazione dosata.

²⁵ J. WACKERBAUER, *Regulation and Privatisation of the Public Water Supply in England, France and Germany*, cit., 105 ss. L'Autore esamina l'Agenzia dell'Ambiente che controlla la qualità delle acque dei fiumi e gli effetti sull'ambiente delle attività industriali, l'Ispettorato dell'acqua potabile che controlla la qualità e *Ofwat* che fissa i prezzi nel massimo e nel minimo e valuta le *performance* dei singoli fornitori.

²⁶ Sul punto D. FOULKES, *Administrative Law*, London, Butterworth, 1995, 461.

delle licenze ed ha esteso il termine di preavviso a venticinque anni, rendendo le licenze di fatto perpetue, ma sempre in assenza di una procedura di gara. Una seconda categoria di licenza *new appointment and variations licences*, di nuova assegnazione e con variazioni, rappresenta una soluzione diffusa: la società titolare può erogare il servizio in una particolare area per la variazione di una licenza originaria (*undertaker licences*) con obblighi analoghi; l'*Ofwat* rilascia questa licenza quando l'area non sia servita da alcun operatore oppure un utente consuma notevoli quantità di acqua e intende cambiare gestore o se vi è il consenso dell'originario gestore. Mentre le *water supply licences*, piuttosto rare, consentono ad un nuovo operatore di fornire acqua utilizzando le reti di proprietà di un *undertaker* (estrattore originario di grandi quantità) e in questo modo l'impresa fornisce il servizio idrico a utenti di un'area che rientra nella competenza di un'altra compagnia già titolare di licenza; questa categoria di licenza è stata invece potenziata con *Water Act 2014 (Part 1, Water Industry, Chapter 1, Expansion of water supply licensing, Water Supply Licences and Sewerage Licences, Types of Water Supply)*.

Una terza categoria *retail licence* concede al titolare di utilizzare la rete idrica di una compagnia per erogare l'acqua al dettaglio ad utenti mediante una *retail authorisation* (prevista anche in *Water Act 2014, Part 1, Chapter 1, For section 17A of the Water Industry Act 1991 there is substituted*) oppure per la stessa utilità finale consente di acquistare l'acqua direttamente da una compagnia; infine è individuabile una licenza "combinata" nel senso che il titolare, in aggiunta alla licenza per la vendita al dettaglio, ha un'autorizzazione preliminare che consente di introdurre acqua nella rete idrica di una certa compagnia.

3. La situazione critica: limitati effetti di competizione tra gli erogatori, scarsità della risorsa e inefficienze del servizio. Profili di comparazione tra alcuni ordinamenti europei e recenti tendenze di "rimunicipalizzazione"

Sono emersi alcuni rilevanti effetti negativi della privatizzazione e, infatti, il Governo inglese ha inteso rimediare ad una situazione di *water stressed* (per convenzione significa che in uno Stato sono garantiti annualmente meno di 1700 metri cubi di acqua per persona), ma non è ancora una situazione di scarsità di risorsa (meno di 1000 metri cubi per persona) a causa dell'aumento del consumo e dell'inefficiente gestione²⁷. Inoltre il dibattito che ha anticipato la proposta di riforma sollecitava soluzioni legislative e di regolazione innova-

²⁷ Per uno studio approfondito si rinvia a *Water White Paper, Water for Life*, 13 ss., presupposto della riforma con *Water Act 2014* e reperibile in www.defra.gov.uk.

tive circa la considerazione dell'acqua e della gestione del servizio idrico come risorsa economica e allo stesso tempo come diritto della persona.

Gli aspetti più critici del sistema attengono agli investimenti per le infrastrutture e le reti e alla politica dei prezzi, alla qualità dei servizi ai consumatori e alla tutela dell'ambiente; inoltre vi sono profili di qualificazione giuridica del bene acqua come bisogno e diritto fondamentale e in quanto tale deve essere considerato un "bene comune". Gli obiettivi fondamentali del settore idrico, quali prezzi sostenibili, trasparenza, rendicontazione, tutela dell'ambiente e della salute non sono stati realizzati dal regime di privatizzazione e di regolazione adottato in Inghilterra e in Galles, tanto più che a fronte di effettive inefficienze delle società private, lo Stato è intervenuto in diverse occasioni di difficoltà per sostenere i costi di interventi di urgenza, ad es. per ragioni di tutela della salute. Inoltre *Ofwat* delinea il quadro dei criteri di *price-cap* entro cui le società private possono operare per i prezzi che hanno un'efficacia quinquennale e le *performance*; durante questo periodo di cinque anni, decisamente lungo, le singole compagnie hanno un margine per incrementare gli utili eventualmente "risparmiando" sull'efficienza a danno della *customer satisfaction*²⁸. Peraltro quando le autorità pubbliche che controllano la qualità dell'acqua impongono nuovi vincoli che comportano nuove spese per le società private, queste possono richiedere al regolatore di modificare il *price-cap* che si riferisce alle attività principali delle compagnie senza considerare quelle svolte dalle società controllate²⁹; quindi, per questi profili critici, sarebbe necessario un maggiore controllo e adeguamento che *Ofwat* con significative difficoltà ha tentato di attuare, previa indizione di consultazioni degli operatori che spesso non suscitano una condivisione favorevole, soprattutto perché non è incontestata la natura dell'acqua e delle modalità di gestione alla luce di una visione non esclusivamente economica della risorsa ma quale diritto e bene comune.

Quindi il quadro normativo precedente la riforma del 2014 non ha favorito una reale competizione tra *water companies*, ma solo un limitatissimo mercato concorrenziale a differenza delle telecomunicazioni in cui la competizione è stata crescente e così per i settori del gas e dell'energia elettrica, anche se la regolazione segue uno schema decisamente comune³⁰. Inoltre la *specialità*

²⁸ Si rinvia a M. ABOU-SEADA, C. COOPER, F. GHAFARI, R. JONES, O. KYRIACOU and M. SIMPSON, *The Economic Consequences of Accounting in the English and Welsh Water Industry: A non-shareholder perspective*, in www.st-andrews.ac.uk, 9.

²⁹ Per un caso di fusioni di società, si rinvia a M. ABOU-SEADA, C. COOPER, F. GHAFARI, R. JONES, O. KYRIACOU and M. SIMPSON, *The Economic Consequences of Accounting in the English and Welsh Water Industry*, cit., 20.

³⁰ Per queste considerazioni che, peraltro, coinvolgono anche *Utilities Act 2000* (per

del sistema inglese-gallese e della regolazione è ancora più evidente a confronto con i diversi modelli di gestione (comunale, società pubblica, società privata e mista) adottati contestualmente in alcuni ordinamenti europei, come nel caso di Germania³¹, Francia³² e Spagna³³ anche in considerazione delle recenti

l'elettricità e gas) e *Competition and Service (Utilities)* 1992 per i settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità, gas e acqua (artt. 26-29 sulle indagini di opinione dei clienti, sulle informazioni per il rispetto dei livelli di *performance* e quelle che riguardano le prestazioni complessive, le procedure di reclamo; artt. 39-47 in materia di concorrenza, ad es. circa le fusioni di compagnie) si rinvia a H. W. R. WADE and C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., 122-123. Infatti vi è uno schema generale: il regolatore (in genere *Regulatory Authority* o *Director-General*) di servizi pubblici è designato dal Segretario di Stato che esercita importanti poteri nell'interesse dei consumatori e a cui spettano compiti di promozione dell'efficienza, dell'economicità e della concorrenza; secondo il regime legale ogni erogatore di servizi deve essere titolare di una *licence* rilasciata dal Segretario di Stato o dal regolatore (diverso per ogni settore) soggetta a condizioni e il regolatore può integrare le condizioni adottando ordinanze provvisorie o finali che non prevedono sanzioni penali, ma consentono al consumatore di recuperare perdite conseguenti a una violazione. Inoltre il regolatore per casi concreti di licenze già concesse può coinvolgere la Commissione della Concorrenza la cui relazione negativa può indurre il regolatore a modificare le condizioni di licenza, potere di significativa rilevanza. Sulle istituzioni della regolazione per i servizi pubblici v. T. PROSSER, *Regulation and Legitimacy*, in *The Changing Constitution*, Edited by J. Jowell and D. Oliver, Oxford University Press, 2011, 315 ss.

³¹ Nell'*ordinamento tedesco* le reti idriche sono di proprietà pubblica e la gestione è prevalentemente comunale (ad es., nel caso di Monaco; a Düsseldorf il servizio è gestito da una *ex* municipalizzata poi trasformata in società per azioni in cui il pubblico detiene il 45%) e in parte esercitata da società private e miste; l'industria è, quindi, frammentata e le imprese private sono inserite nel partenariato pubblico-privato oppure mediante contratto. Infatti la privatizzazione del servizio è stata adottata secondo tre soluzioni: in senso *formale* (o organizzativo: i compiti di erogazione del servizio restano in capo all'amministrazione pubblica, mentre l'agenzia operativa segue le regole del diritto privato), la privatizzazione *funzionale* (o materiale: l'amministrazione delega i suoi poteri a compagnie private con la possibilità di revoca; è prevista la regolazione mediante organi di supervisione) e una forma *mista* delle precedenti mediante una partecipazione di società private in un'impresa pubblica (comunale), secondo il c.d. modello di Berlino: parziale privatizzazione nel 1998 della *Berliner Wasserbetriebe* (BWB) trasformata in una *holding* di cui lo Stato ha ricevuto il 50,1% delle azioni per il controllo strategico della *Berlinerwasser Holding Aktiengesellschaft* e il restante 49,9% è stato acquisito da una compagnia privata costituita da un consorzio di investitori (Veolia e RWE Group). Per questa evoluzione v. J. WACKERBAUER, *Regulation and Privatisation of the Public Water Supply in England, France and Germany*, cit., 107 ss.; sulle diverse forme di privatizzazione formale, funzionale e materiale e sul caso *Waterworks Berlin* a cui l'autorità di regolazione della concorrenza (*Bundeskartellamt*) ha ordinato nel 2012 di ridurre i prezzi per un ammontare assai rilevante in soli tre anni: I. RISINI, *Water Supply Services in Germany*, in *The Water Supply Service in Europe*, cit., 135 ss. Dal 1999 i problemi finanziari dello Stato federale di Berlino hanno giustificato la privatizzazione dei servizi pubblici, ma dal 2007 è chiaramente emersa la tendenza alla "rimunicipalizzazione" dopo un intenso attivismo dei cittadini (movimento *Berliner Wassertisch*; per le fasi principali v. www.europeanwater.org) come protesta per il costo dell'acqua e gli ingenti guadagni della società fornitrice che sono stati svelati dalla pubblicazione, a cui il Comune si era opposto per le

tendenze di *rimunicipalizzazione* del servizio. Peraltro le ragioni della privatiz-

clausole di confidenzialità, su un quotidiano di sinistra (*Tageszeitung*) dopo il referendum popolare del 2011 sulla trasparenza dei contratti. Vi è stata un'analoga reazione dei cittadini di Potsdam per il costo dell'acqua e gli eccessivi profitti previsti in contratti di partenariato pubblico-privato stipulati nel 2008 con *Eurawasser*; il Comune ha in seguito interrotto l'esecuzione del contratto dopo il versamento di una somma consistente a titolo di risarcimento nei confronti del gestore del servizio ed ha costituito una società interamente di proprietà del Comune di Potsdam. Anche ad Amburgo il 50,9% dei cittadini hanno preferito, influenzando le politiche locali, la rimunicipalizzazione della rete dell'energia elettrica gestita da *Vattenfall*; il movimento è emerso anche in altre città tedesche in cui la gestione dei servizi mediante contratti con società private è in fase di transizione per la prossima scadenza delle concessioni. Per questa evoluzione si rinvia a X. VOLMERANGE, *La remunicipalisation des services publics en Allemagne*, relazione per il Convegno "OLA Symposium in partnership with the CEMR, Simplification of Local Administration in Europe Levels and Dimensions", Bologna, 30-31 ottobre 2014; l'Autore ha richiamato il principio della libera amministrazione di cui all'art. 28.II della Legge Fondamentale (ogni Comune ha il diritto di regolare, sotto la propria responsabilità, tutte le attività delle comunità locali ai sensi delle leggi) nell'ambito delle attribuzioni previste dalla legge e delle condizioni definite da essa. Ciò vale anche per le modalità di gestione dei servizi in base all'art. 28.II e, quindi, non è imposto un modello binario tra due scelte estreme (pubblico o privato) ma sono possibili soluzioni giuridiche combinate (ad es., la variazione del capitale sociale della società privata mediante l'aumento della quota del Comune).

³² Per approfondimenti v. F. FRAYSSE, *La gestion du service de l'eau: perspective comparative*, in *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2011, 32 ss.; per maggiori approfondimenti sulla gestione dell'acqua in Francia mediante il modello della "liberalizzazione gestita": B. MORGAN, *Water on Tap: Rights and Regulation in the Transnational Governance of Urban Water Services*, Cambridge University Press, 2011, 49 ss. Per ulteriori elementi di comparazione tra gli ordinamenti europei: J. WACKERBAUER, *Public or Private Water Management: Experience from different European Countries*, in www.iopscience.iop.org. La gestione del servizio idrico si caratterizza per diversi modelli organizzativi in un sistema di competizione per il mercato: la soluzione privata (società private o miste) è prevalente, ma negli ultimi anni è emersa in diversi Comuni (Parigi, Lione, Tolosa, Bordeaux, Lille) la tendenza alla rimunicipalizzazione come in Germania. Inoltre la privatizzazione ha seguito schemi particolari ma diffusi in Europa: la gestione è devoluta ai Comuni che possono scegliere tra una gestione diretta pubblica e una gestione operativa mediante società private con una delega di compiti mediante concessione e un contratto stipulato dopo una gara; le infrastrutture restano di proprietà dell'ente pubblico. I contratti si distinguono in due forme di contratti-delega e in due contratti di gestione: nella prima categoria vi rientrano le concessioni che prevedono la piena responsabilità gestionale della società e compiti per la manutenzione, gli investimenti e la riscossione delle tariffe; inoltre l'impresa corrisponde un canone per l'uso degli *asset*. Nei contratti *affermage* si aggiungono gli investimenti del comune ma con somme corrisposte dall'impresa unitamente al canone per l'uso degli *asset* e nei contratti di gestione *gérance* la municipalità ha il controllo delle infrastrutture ed è responsabile per gli investimenti ed il loro finanziamento, mentre la società è responsabile per le operazioni e in parte della gestione e le tariffe sono rimosse dal comune; i contratti *régie intéressée* sono simili ai precedenti per le responsabilità e le tariffe, ma il pagamento delle attività non è

zazione appaiono spesso identiche alla soluzione opposta e attengono al mag-

garantito alla società di gestione ma è determinato dalla *performance* conseguita. Quindi le varie clausole contrattuali sono in concreto strumenti regolatori. I più noti gruppi societari multinazionali di gestione dell'acqua sono *Veolia*, *Suez* e *Saur*, società miste pubblico/privato; la società mista *Seml*, composta da autorità locali e privati, gestisce il servizio idrico pubblico a seguito di un contratto di delega e così fino al 2009 *Seml* ha gestito la produzione e il trasporto di acqua a Parigi ed il capitale era composto per il 70% dal Comune di Parigi, dalla *Compagnie Générale des Eaux* (poi *Veolia*) per il 14%, dalla *Lyonnaise des Eaux devenue Suez* (Gruppo *Suez Environment* 14%). Questa gestione è stata "rimunicipalizzata" nel 2010 e più in generale è emersa una preferenza per la soluzione pubblica mediante gestione diretta oppure società pubbliche locali e pare con vantaggi rilevanti per il reinvestimento dei profitti nel servizio pubblico, per il miglioramento della rete e la diminuzione delle tariffe. La soluzione delle società private è più limitata e deriva comunque da una selezione con gara pubblica secondo le regole dell'UE e dalla stipulazione di un successivo contratto che contiene clausole sui tempi e sulle modalità di erogazione di servizi; non è stata istituita una specifica autorità di regolazione, ma l'Autorità *antitrust* esercita la supervisione sulle gare per l'aggiudicazione dei contratti e vi sono agenzie per il controllo della qualità e dal 2007 è stata introdotta una lista di indicatori di *performance* per un confronto tra le diverse gestioni.

³³ Nell'*ordinamento spagnolo* prevale la gestione affidata ad imprese pubbliche, a società private e solo in minima parte a società miste; l'acqua non è collegata ad un diritto, ma è riconducibile alla proprietà pubblica (art. 132 Costituzione: *dominio público* dello Stato) e la diffusa gestione indiretta conferma la definizione di servizio di importanza economica e non la categoria europea di servizio di interesse economico generale (v. Direttiva 2000/60/CE; art. 14 TFUE e Protocollo n. 26). L'art. 45 della Costituzione stabilisce l'obbligo per i poteri pubblici di assicurare la razionale utilizzazione delle risorse naturali; l'art. 148 prevede il riparto di competenze legislative tra le Comunità autonome (sfruttamento delle risorse idriche nel rispetto dei principi generali e della pianificazione), lo Stato (pianificazione idrogeologica, attuazione dei Trattati e delle convenzioni internazionali e l'adozione dei permessi per l'utilizzo di acque contenute in bacini infraregionali) e le *autorità municipali* a cui spetta la gestione del servizio idrico. L'art. 149.1.22 prevede la competenza statale a regolare la proprietà pubblica dell'acqua e la disciplina di importanza centrale è la *Ley de aguas* del 1985, riformata nel 1999 (TR 46/1999), che stabilisce le categorie di bacini, corsi d'acqua, gli usi di interesse pubblico e la definizione di bene pubblico per l'acqua con alcune eccezioni per i diritti acquisiti mediante le leggi precedenti. Per interessanti riferimenti: A. EMBID IRUJO, *Ciudadanos y Usuarios en la Gestión del Agua*, Navarra, Civitas, 2008; M. J. MONTORO CHINER, *Water Service in Spain*, in *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, cit., 65 ss.; circa la disciplina europea dell'acqua e la Direttiva 2000/60/CE: S. LORENZMEIER, *International and European Aspects of the Management of the Water Service in Europe*, in *Water Supply Service in Europe*, cit., 11 ss.; A. SIMONATI, *Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici*, in *L'acqua e il diritto*, a cura di G. Santucci, A. Simonati e F. Cortese, Collana Università degli Studi di Trento, 2011, 94 ss.; I. J. COMPAIRED, *Los Cánones de Regulación y las Tarifas de Utilización del Agua*, Navarra, T. R. Aranzadi, 2012; I. GALLEGO, N. GARRIDO and F. DELGADO, *The Implementation of the Water Framework Directive and Territorial Disputes in Spanish Law*, in *European Public Law*, 2013, 19, n. 4, 675 ss. La procedura di *concessione* è lo strumento giuridico che attribuisce a terzi (*società private o miste*), ad esclusione delle *società pubbliche* istitui-

giore risparmio, all'efficienza e alle modalità adottate dai comuni per considerare le richieste dei cittadini circa la trasparenza e il controllo dei costi dei servizi; quindi si assiste in questi ultimi anni ad un'inversione di tendenza come ritorno all'equilibrio precedente dopo un periodo di euforia per la privatizzazione, accertati i rischi dell'attuazione. In sintesi è possibile distinguere tre forme di rimunicipalizzazione: in senso *materiale* come partecipazione del comune al capitale sociale di una società di gestione oppure come modalità patrimoniale mediante l'acquisto di beni immobili da parte del comune; in senso *funzionale* quando il comune esercita un'attività che prima era gestita da una società privata e, infine, in senso *formale* quando una società regolata dal diritto privato e detenuta interamente dal comune è trasformata in una struttura di diritto pubblico come ente pubblico.

Per l'ordinamento italiano si rinvia ovviamente ai contributi degli altri Autori, ma è già possibile una prima conclusione generale: le soluzioni di altri ordinamenti europei sono decisamente diverse rispetto al sistema inglese-gallese anche dopo *Water Act 2014*; è evidente che la privatizzazione dal 1989 esprime un modello atipico (vera e propria industria privata in un contesto di monopolio regionale) del tutto particolare, in parte obsoleto, difficilmente "esportabile" né applicabile in altri schemi organizzativi, in quanto assai dipendente dall'ordinamento in cui è stato formulato e, peraltro, non facilmente riconducibile ad altre esperienze europee e con diversi profili di incompatibilità con il diritto dell'UE.

4. *Le ragioni della riforma espresse nel Water White Paper for life (2011) e le innovazioni contenute in Water Act 2014 per l'obiettivo dell'effettiva concorrenza*

In questo contesto di questioni critiche si è inserita la recente riforma i cui caratteri essenziali emergono dal *Libro Bianco* (*Water White Paper, Water for life*³⁴) presentato dal Governo al Parlamento a dicembre 2011 a seguito di un'indagine del 2008 sullo stato dei servizi idrici ed un dibattito

te dalla legge, la gestione di lavori, servizi idrici e usi dell'acqua e la disciplina dei contratti pubblici regola la concessione di lavori pubblici e quella di servizi pubblici; l'attuazione di queste soluzioni si basa sull'art. 128.2 della Costituzione che consente l'iniziativa pubblica per l'esercizio di attività economiche. Non è stato istituito un regolatore e le tariffe sono fissate da confederazioni idrografiche o da consorzi di Comuni per l'esercizio collettivo di servizi idrici in un certo territorio.

³⁴ *Water White Paper* è stato pubblicato dal *Department for Environment, Food and Rural Affairs*; per il testo si rinvia al sito www.defra.gov.uk. Per le proposte di riforma del mercato v. www.gov.uk/government/publications/water-for-life-market-reform-proposal.

sull'opportunità di innovare, di rendere competitivo il mercato con benefici per l'ambiente e gli utenti per una maggiore efficienza, dopo una fase di consultazione (settembre 2009) degli operatori economici e dell'opinione pubblica, in collaborazione con il Governo del Galles. Come è noto l'iniziativa di riforma deriva dalla crisi del modello di gestione privatizzato in senso *funzionale* (o *materiale*) e dai risultati non soddisfacenti, dato che ha comportato il passaggio dal monopolio pubblico al monopolio regionale ma instaurato tra compagnie private: le licenze – inizialmente disciplinate come temporanee – di fatto sono state il presupposto di un sistema di affidamento perpetuo, limitando di fatto la concorrenza.

La prima stesura del *Draft Water Bill* è stata pubblicata nel giugno 2012 quale fase istruttoria prelegislativa che ha coinvolto gli operatori del settore per un testo condiviso³⁵ del giugno 2013, per sopperire al *deficit democratico* emerso in modo rilevante. Infatti in Inghilterra e in Galles il regolatore e le compagnie non devono rendere conto alle comunità locali, dato che le società sono responsabili solo nei confronti degli azionisti e *Ofwat* ha una rilevante indipendenza nei confronti del Parlamento e del Governo, ma prima di concedere nuove licenze o di modificarle deve consultare altre Autorità pubbliche; invece è evidente un vantaggio della gestione pubblica e del *partenariato* pubblico/privato: i gestori rispondono della loro attività alle amministrazioni locali e alla comunità locale, che, tramite l'amministrazione, può sollecitare l'esposizione delle ragioni di eventuali disservizi.

Le linee essenziali della riforma espresse in *Water White Paper* riguardano la gestione delle infrastrutture, il miglioramento delle tecniche di estrazione della risorsa, la protezione dei corsi d'acqua, ma l'obiettivo centrale è l'introduzione di un'effettiva *concorrenza nel mercato*, che favorirebbe l'efficienza del servizio, accessibile, sostenibile ed economico con vantaggi per l'utente (anche per la "tariffa sociale"). In particolare è innovativo l'obiettivo della netta separazione dell'attività di gestione delle infrastrutture da quella di fornitura dei servizi (c.d. *retail market*) e in sostanza la riforma dovrebbe consentire agli utenti l'acquisto dei servizi al dettaglio dopo una scelta tra più operatori. In seguito vi sono state diverse versioni fino a quella quasi definitiva dell'aprile 2014, presupposto del testo finale di Maggio approvato come *Water Act 2014* che sarà qui esaminato nei contenuti essenziali e che modifica in modo rilevante *Water Industry Act 1991*. Il progetto riguarda solamente

³⁵ La relazione per il seminario *Authorities, servizi pubblici e ruolo del giudice amministrativo* del 20 settembre 2013 a Modena si basava sul *Draft Water Bill* del giugno 2013, mentre il presente lavoro esamina, per esigenze di necessario aggiornamento, i principi della disciplina ormai approvata e contenuta nel *Water Act 2014*, oggetto di *Royal Assent* il 14 maggio 2014, reperibile in www.parliament.uk.

l'Inghilterra e il Galles, mentre per la Scozia introduce la collaborazione per una comune politica e un comune mercato dell'acqua per i servizi al dettaglio.

Il disegno di legge del 2013 contiene alcune importanti modifiche rispetto al testo del 2012 e, in particolare, riguardo ai poteri e agli obblighi di *Ofwat* e al livello più limitato di concorrenza "a monte" tra i fornitori per l'approvvigionamento di grandi quantità; quindi le *incumbent* compagnie (titolari di licenze originarie) e gli investitori possono ritenersi soddisfatti per questa riduzione della concorrenza e per la maggiore attenzione per la programmazione a lungo termine.

Sono state previste due nuove categorie di *water supply licence* per l'approvvigionamento idrico (e due tipi di licenze per la rete fognaria) e in Inghilterra queste licenze riguardano la vendita al dettaglio e quella all'ingrosso; l'aspetto rilevante è che a confronto con la disciplina previgente, la licenza di vendita all'ingrosso non include la vendita al dettaglio. Il sistema della vendita al dettaglio (*retail market*) dipende dalla modifica delle disposizioni di legge e delle licenze e l'Autorità di regolazione ha attivato, nell'ottobre 2012, la procedura di consultazione delle società per ottenere il consenso a riformare la disciplina delle licenze, come richiesto dal *Water Act 1992*; le società, preoccupate di conservare la fiducia degli investitori, hanno però rifiutato la proposta, rinviando la questione all'aggiornamento delle tariffe³⁶ del 2014 per il quinquennio 2015/2020.

La riforma coinvolge in modo rilevante il *regolatore economico Ofwat* per il potere più incisivo circa tariffe e licenze; inoltre vi sono norme volte a rafforzare i poteri sanzionatori, di controllo e di tutela dei consumatori, considerata la posizione di "debolezza" manifestata in passato nei confronti delle compagnie private e che ha impedito un'adeguata tutela dei consumatori. Circa la concessione delle licenze, l'Autorità concede una licenza in conformità al regime delle *water supply licence* a cui si aggiunge un'autorizzazione che attribuisce al titolare di essa una o più facoltà di esercizio dell'attività: *a retail au-*

³⁶ Per l'aggiornamento delle tariffe per il periodo 2015/2020 secondo decisioni da adottare entro fine 2014 per l'Inghilterra e il Galles, si rinvia a www.ofwat.gov.uk e in particolare alla rubrica *Price review 2014* nonché a www.water.org.uk. Il nuovo sistema dovrebbe basarsi più sugli *output* che sugli *input* e dovrebbe attribuire maggiore autonomia alle imprese riguardo alle modalità per attuare gli obiettivi del regolatore; le imprese predispongono un *business plan* con un significativo livello di coinvolgimento del consumatore. In passato *Ofwat* determinava i costi che dovevano essere recuperati distinguendoli in *capex* e in *opex* e da ciò maggiori investimenti dato che potevano realizzare un maggior profitto sul *capex*, mentre la nuova soluzione elimina la distinzione e l'attenzione attiene ai costi totali; i costi all'ingrosso diventano prezzi regolati e separatamente i costi al dettaglio determinano il margine di vendita al dettaglio regolato che viene caricato sul prezzo all'ingrosso con una maggiore concorrenza al dettaglio dal 2017, pur con una fase di transizione piuttosto complessa.

thorisation, a wholesale authorisation (solo servizi di produzione “all’ingrosso”), *a restricted retail authorisation, a restricted retail authorisation and a supplementary authorisation* (Part 1, Chapter 1, *Expansion of water supply licensing*).

Water Act 2014 modifica e integra le norme di *Water Industry 1991* per quanto attiene ai doveri del regolatore (Chapter 3, art. 22) quali ad es. il dovere primario di assicurare la resilienza (elasticità) a lungo termine dei sistemi di approvvigionamento di acqua dei fornitori per quanto riguarda l’impatto ambientale, la crescita della popolazione ed i mutamenti del comportamento dei consumatori e di garantire che i fornitori adottino misure adeguate per far fronte nel lungo termine alla domanda di acqua nonché la promozione di un’appropriata programmazione e di investimenti di lungo termine da parte degli *undertakers* e dell’adozione di un ambito di misure di gestione delle risorse d’acqua secondo modalità sostenibili per migliorare l’efficienza nell’utilizzo e ridurre la domanda in modo da diminuire l’impatto sulle risorse.

Ofwat è l’ente competente per il rilascio delle licenze di approvvigionamento (Chapter 1, art. 17) e deve regolare il procedimento concessorio stabilendo le modalità di stesura della domanda, le informazioni e i necessari documenti, la tassa da versare a seconda delle condizioni e la specificazione se la domanda riguardi il rilascio della licenza con una particolare autorizzazione per una certa attività o con una combinazione di autorizzazioni oppure una variazione di licenza con queste soluzioni di autorizzazione. Inoltre l’*Authority* può modificare le condizioni di nomina e di licenza per una società fornitrice di acqua quando ritiene che sia necessario, ma prima deve consultare la società nominata o il soggetto che detiene la licenza, il Segretario di Stato, i Ministri del Galles e altre autorità (ad es., *Drinking Water Inspectorate*) che ritiene utile consultare e comunque le modifiche non possono intervenire dopo due anni dall’entrata in vigore della disposizione (Chapter 5, art. 55).

L’*Authority* è coinvolta nell’applicazione degli *Standards of performance* (Chapter 3, art. 29) nell’erogazione di acqua da parte dei titolari di licenze in conformità alle autorizzazioni alla vendita al dettaglio e a quelle con limitazioni; il Ministro può imporre requisiti in relazione ad alcune forniture di acqua e prevedere un requisito che deve essere portato ad esecuzione dal Ministro stesso oppure da *Ofwat* con il consenso o in conformità ad un’autorizzazione generale del Segretario di Stato. La normativa stabilisce specifici *standards* di prestazioni in relazione al regolare approvvigionamento di acqua che, secondo il parere del Ministro, deve essere conseguito nei singoli casi concreti.

Sono stati previsti per *Ofwat* nuovi poteri ed obblighi: l’adozione di codici di procedura comuni, il dovere generale di garantire che gli operatori storici non creino indebite discriminazioni a favore delle proprie imprese nella vendi-

ta al dettaglio e la necessaria comparazione tra le compagnie. Il ruolo è stato, quindi, innovato, dato che *Ofwat*, regolatore economico del settore, è stato inizialmente istituito anche per legittimare il sistema vigente; infatti esso ha confermato il monopolio dell'industria dell'acqua mediante la regolazione, gli obiettivi e gli *standards* di prestazione richiesti. Queste norme, gli obiettivi e gli *standards* delineano per le singole società l'ambito entro in cui esse possono operare circa i prezzi e in generale gestire le loro prestazioni secondo parametri di valutazione predefiniti; probabilmente il principale strumento di legittimazione del sistema mediante *Ofwat* è consistito nell'introduzione di limiti massimi di aumento dei prezzi delle tariffe che le società possono stabilire per la durata di cinque anni.

5. *Gli atti specifici e i procedimenti amministrativi: problemi di qualificazione giuridica*

Il *Water Act 2014* contiene una riforma delle licenze per l'erogazione dei servizi idrici e delle modalità per facilitare la modifica della scelta dell'operatore (utenti non domestici possono optare per un nuovo fornitore a prescindere dall'entità del consumo); inoltre al fine di facilitare l'ingresso di nuovi operatori nel mercato, è stato stabilito che i nuovi operatori non siano più costretti ad erogare l'intero servizio al cliente, modificando la disciplina vigente (*Water Industry Act 1991*) secondo cui i nuovi soggetti che entrano nel mercato possono operare solo in base al regime delle licenze (*water supply licensing*) che impone *retail services* (servizi al dettaglio, offerti direttamente all'utente e collegati alla bolletta, servizi *call center*) e *upstream services* (non erogati direttamente all'utente: raccolta, trattamento e trasporto di acqua).

Nel sistema precedente, la società che entrava nel mercato e decideva di immettere acqua nella rete di cui era titolare il fornitore (*incumbent*) con licenza originaria, vendeva anche il bene al dettaglio. Il *Water Act 2003* ha introdotto il nuovo concetto di licenziatario di fornitura d'acqua in *Water Industry 1991*: il rilascio della *licence* è il presupposto generale per l'estrazione e l'utilizzo legittimo dell'acqua da parte delle società che erogano il servizio, ad eccezione di modeste quantità da utilizzare in situazioni di emergenza; i licenziatari acquistano acqua (diritti di prelievo) e/o la possibilità di fornire acqua al sistema all'ingrosso dell'operatore economico di rete e di vendita al dettaglio ai consumatori. Un *incumbent undertaker* non può assumere anche una licenza di fornitura al dettaglio di acqua per preservare la competitività che la *separazione* dall'attività del licenziatario intende introdurre; la licenza deve consentire al licenziatario di acquistare l'acqua dalla rete per la vendita al det-

taglio e può, inoltre, includere autorizzazioni supplementari per introdurre l'acqua acquistata in modo indipendente nel sistema di alimentazione dell'operatore "storico"³⁷.

Fino al *Water Act 2014* sono state definite tre categorie tradizionali: la *temporary licence* che può essere rilasciata per l'estrazione di acqua per qualsiasi finalità per un periodo di ventotto giorni o meno, ma che non comporta uno status di diritti protetti; la *transfer licence* attiene, invece, al trasferimento dell'acqua da una fonte all'altra (o tra diversi punti di una stessa fonte) senza diritti protetti e può essere richiesta all'autorità di navigazione o al distretto di drenaggio interno. La *full licence* è la licenza di prelievo di acqua *standard* per l'utilizzo di risorse idriche per qualsiasi scopo ed entità per una durata superiore a ventotto giorni e che comporta diritti tutelati.

La nuova disciplina del 2014 intende modificare questo schema per favorire la concorrenza mediante una più netta separazione tra la gestione della rete e la gestione dei servizi ed introduce nuovi tipi di *licence*; in tal modo sarebbe facilitato l'ingresso degli operatori interessati ad immettere acqua nella rete di cui è titolare il soggetto *incumbent* (con licenza originaria) e a fornire solo servizi che riguardano il processo di produzione senza obblighi riguardo all'erogazione dei servizi al dettaglio. Per realizzare questo *retail market*, *Water Act 2014* prevede un regime di *authorisation* per l'ingresso nel mercato, che presuppone comunque l'avvenuto rilascio della *licence*: la nuova disciplina è prevista in *Part 1, Water Industry, Chapter 1, "Water supply licences and sewerage licences* (Licenze per la fornitura d'acqua e la gestione delle fognature), e in particolare la sez. 17A del *Water Industry Act 1991* è sostituita nel contenuto da nuove regole. L'Autorità di regolazione può rilasciare ad un soggetto una *water supply licence* nel rispetto delle modalità del sistema di approvvigionamento di un fornitore di acqua e la licenza ottenuta attribuisce al titolare una o più autorizzazioni o combinazione di autorizzazioni: (a) i servizi al dettaglio potranno essere erogati da diversi operatori sulla base di una *retail authorisation* con il fine di utilizzare il sistema idrico di un fornitore con il fine di erogare acqua ai locali del titolare di licenza e delle persone associate al titolare e ai consumatori, esclusi comunque i locali di abitazione; (b) la *wholesale autho-*

³⁷ In sostanza per favorire la concorrenza, che non sarà certo immediata per la complessa fase di attuazione, sono consentite tre soluzioni di attività: la più semplice secondo cui una compagnia idrica già attiva vende acqua ad un vicino senza che questo debba costruire un nuovo serbatoio; la seconda opzione prevede che un nuovo entrante possa ottenere la licenza per acquistare diritti di prelievo dell'acqua, costruire un impianto di trattamento e vendere il prodotto all'*incumbent* che lo fornirà ai suoi clienti domestici o a quelli che vendono al dettaglio ai clienti *business*. Mentre la terza possibilità più radicale: il nuovo entrante vende la sua acqua direttamente sul mercato al dettaglio o ai grandi clienti *business*, versando un onere di trasporto per l'utilizzo delle tubature dell'*incumbent*.

risation consente di immettere acqua nelle reti e di fornire solo i servizi collegati al processo di produzione e non quelli al dettaglio e, quindi, di introdurre acqua nella rete idrica di un fornitore ed è previsto un particolare sistema di fornitura in conformità con l'autorizzazione di vendita al dettaglio. Vi sono ulteriori soluzioni di contenuto più restrittivo o combinato rispetto a quelle che erano previste nella versione precedente del testo normativo³⁸: *a restricted retail authorisation* per la fornitura di acqua ai locali dei clienti del titolare della licenza e *a restricted retail authorisation and a supplementary authorisation* per locali non di abitazione e per un particolare sistema di fornitura in conformità ad una limitata autorizzazione del licenziatario di vendita al dettaglio. Peraltro *Schedule 1* precisa che una *retail authorisation* e una *wholesale authorisation* si riferiscono al sistema idrico la cui area è completamente o prevalentemente in Inghilterra, mentre una *restricted retail authorisation* e una *supplementary authorisation* riguardano in via prevalente o totalmente un'area del Galles.

L'Autorità può esercitare il potere (assai) discrezionale di concedere una *water supply licence* solamente in conformità ad un'autorizzazione generale attribuita dal Segretario di Stato che, a sua volta, deve aver consultato i Ministri del Galles; non vi è comunque alcun riferimento all'indizione di gare per la concessione di questi atti. Inoltre il soggetto titolare della licenza di approvvigionamento idrico è colui che attualmente è intestatario e vi sono diversi limiti ai poteri dell'Autorità: prima del rilascio della *wholesale authorisation*, devono essere consultati altri soggetti pubblici, quali il Segretario di Stato, l'Ispettore capo del *Drinking Water*, l'Agenzia dell'Ambiente; mentre prima del rilascio di una *supplementary authorisation* devono essere consultate oltre alle autorità precedenti anche i Ministri del Galles e l'Ispettore capo del *Drinking Water* del Galles. Infine la *water supply licence* non può essere rilasciata ad un *water undertaker* e ad altro soggetto giuridico se questo non sia una società per azioni; queste restrizioni non si applicano se la licenza fornisce una *retail authorisation* o una *restricted retail authorisation* oppure la combinazione di questi due casi.

La nuova disciplina prevede *licences* e *authorisations* contenute nelle prime come specificazione delle singole attività che i titolari possono esercitare, ma vi sono anche *agreements* (contratti, convenzioni di diritto privato) tra *undertakers* per la realizzazione di infrastrutture e *arrangements* (accordi orga-

³⁸ La prima versione (2012) del progetto di legge conteneva altre due ipotesi alla fine non incluse: la *network infrastructure authorisation* (gli operatori possono utilizzare le proprie infrastrutture collegate alla rete dell'*incumbent*, superando una parte del processo di produzione) e la *retail infrastructure authorisation* volta a potenziare le infrastrutture necessarie per la fornitura del servizio agli utenti commerciali e industriali.

nizzativi) tra i più rilevanti *undertakers* per la fornitura di grandi quantità di acqua e l'acquisto di acqua da altri soggetti (*Chapter 2*, artt. 8, 10, 12) e in relazione a questi interventi vi sono vari oneri economici a carico degli *undertakers* ad es. per le connessioni o per fornire una rete idrica. Sono altresì previsti *arrangements* tra autorità pubbliche di Inghilterra, Galles e Scozia e la *Water Services Regulation Authority* della Scozia (*Chapter 1*, art. 7 che modifica la disciplina del 2005) circa l'impegno dei Ministri scozzesi ad adottare con ordinanza regolamenti per la gestione delle domande di *water supply licences* (le circostanze e le condizioni di rilascio), e per un sistema di licenze coordinato con *Water Industry Commission for Scotland* (*Chapter 1*, art. 6 che modifica *Water Industry 1991*) al fine di creare un mercato più ampio. Peraltro l'*Authority* (*Water Industry Commission*) della Scozia può adottare uno o più codici di regole procedurali sui termini e le condizioni degli accordi organizzativi circa il rifornimento all'ingrosso di acqua, anche per la durata e le misure che l'*Authority* deve adottare per accertare se un soggetto (una società) rispetta un codice (*Chapter 2*, art. 8, sez. 40B).

In prevalenza vi sono *atti giuridici amministrativi* di diritto pubblico rilasciati da Autorità pubbliche (Segretario di Stato e *Ofwat*) il cui contenuto (disciplinato dalla legge e da atti del regolatore economico) consiste nella concessione di un bene: il diritto di prelievo e la gestione dell'acqua prelevata dalla rete (prima del 1989 di esclusiva competenza di enti pubblici) e, ottenuta la *licence*, nell'autorizzazione accessiva all'esercizio di determinate attività con certe modalità e obblighi; peraltro ciò conferma l'interpretazione pubblicistica dell'acqua e della sua gestione anche se non vi sono riferimenti normativi ad un concetto di bene pubblico o alla proprietà statale. Il *Water Act 2014* disciplina *licences* e *authorisations* atti comunque volti a consentire certe attività prima esercitate da enti pubblici inerenti l'estrazione e la gestione dell'acqua e la distinzione è evidente soprattutto sul piano *funzionale* e non formale riguardo ai destinatari, alla durata, all'efficacia e alle facoltà consentite.

Vi sono altre novità per gli obiettivi di rendere flessibile e concorrenziale il mercato: a) incrementare il trasferimento di grandi quantità di acqua tra le diverse società titolari delle licenze; b) eliminare l'obbligo, ancora vigente, dei nuovi operatori che vogliono entrare nel mercato di negoziare con tutte le *incumbent water companies* (fornitori con licenza originaria dal 1989) le condizioni del loro ingresso; c) riformare il regime della quantificazione delle tariffe regolato dal principio del costo.

Quanto ai doveri dei fornitori di acqua, *Schedule 2* (sez. 66A ss. sostituiscono norme di *Water Act 1991*) si riferisce all'utilizzo del sistema di approvvigionamento idrico dei fornitori all'ingrosso da parte dei titolari di *retail authorisation* o di *restricted retail authorisation* per fornire acqua a locali secondo

il contenuto dell'autorizzazione e nell'area del *water undertaker* secondo diverse modalità che devono essere specificate nelle richieste e che l'*undertaker* deve rispettare, a seconda dell'area di intervento se totalmente o prevalentemente in Inghilterra o in Galles. *Ofwat* esercita uno stretto controllo sul rispetto delle condizioni stabilite dalla legge consultando, come in altri casi già esaminati, il Segretario di Stato o i Ministri del Galles (sez. 66CA) e da ciò si deduce che l'esercizio di discrezionalità è spesso condizionato dal coinvolgimento di un'autorità espressione del potere esecutivo; ciò non conforta la natura di ente effettivamente indipendente. Inoltre il controllo si estende anche all'esecuzione degli accordi tra il titolare di licenza e il *water undertaker* (sez. 66D).

Altre norme del *Water Act 2014* riguardano la regolazione degli ambienti acquatici (*Chapter 5, Part 3*, art. 61 ss.) ad es. riguardo all'uso delle risorse, al drenaggio del terreno e alla gestione del rischio delle alluvioni, disciplina che coinvolge diverse autorità pubbliche (*Environment Agency, Natural Resources Body for Wales*), le assicurazioni in caso di alluvioni (*Chapter 5, Part 4*).

6. *Considerazioni conclusive: il (falso) mito della privatizzazione inglese-gallese e l'adeguatezza del modello di gestione mediante società di partenariato pubblico/privato*

Dallo studio di *Water Act 2014* emerge un sistema verticale di poteri coinvolti e di consultazioni: *Ofwat* può rilasciare una *water supply licence* solo in conformità ad una generale autorizzazione fornita dal Segretario di Stato, che prima deve aver consultato i Ministri del Galles; prima della concessione di una *water supply licence* che attribuisce una *wholesale authorisation* (solo servizi di produzione e non al dettaglio), *Ofwat* deve consultare il Segretario di Stato e il direttore dell'Ispettorato dell'acqua potabile. Inoltre l'Autorità per rilasciare una licenza di fornitura d'acqua con una *supplementary authorisation* deve aver consultato il Segretario di Stato, il direttore dell'*Inspector of Drinking Water*, i Ministri del Galles e il direttore dell'Ispettorato *Drinking Water for Wales*, se esistente (*Part 1, Chapter 1, 1*).

Un altro obiettivo centrale è la *creazione di un mercato comune dell'acqua* tra Inghilterra, Galles e Scozia per i servizi al "dettaglio", dato che fino ad oggi le compagnie non potevano erogare il servizio sconfinando legittimamente in un diverso ambito territoriale proprio per il consolidato monopolio regionale, limitazione che è stata fonte di controversie in materia di concorrenza tra

*water industries*³⁹. Queste limitazioni del mercato, che non sono certo espressione di un ordinamento moderno inserito nell'UE, sono chiaramente in contrasto con il principio di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi come previsto dal TFUE (artt. 26, mercato interno; 49-55, diritto di stabilimento; 56-62, servizi) e con l'introduzione di un'istituzione europea di settore come riferimento unitario di coordinamento dei regolatori a livello europeo⁴⁰.

Per l'obiettivo di creare "un unico mercato al dettaglio" tra Inghilterra, Scozia e Galles, il Segretario di Stato ha acquisito il potere di adottare regole affinché una domanda di licenza inoltrata al *Water Industry Commission for*

³⁹ Il caso *Albion Water Ltd* attiene all'introduzione di effettiva concorrenza tra le compagnie del settore idrico in Inghilterra e Galles a fronte della società monopolista gallese *Dwr Cymru Cyfyngedig* proprietaria della rete: nella sentenza 28 marzo 2013 (*Competition Appeal Tribunal* [2013] AII ER (D) 128 May; 31 July 2013, Case No: 1166/5/7/10, in www.lexisnexis.com) *Albion Water* è finalmente riuscita ad ottenere una somma a titolo di risarcimento dopo varie controversie a partire dal 2004, sulla base di un atto di impegno concesso secondo *Water Act 1991* per sostituire *Dwr Cymru* come fornitore di acqua di *Shotton Paper*, azienda stampatrice di giornali avente sede in Galles del nord. *Albion* non si trovò in grado di conseguire un margine di guadagno proficuo tra i costi all'ingrosso e i prezzi al dettaglio per effetto dei costi onerosi praticati da *Dwr* per l'approvvigionamento attraverso la sua rete. In seguito all'entrata in vigore di *Competition Act 1998* nel 2000, *Albion* contesta avanti ad *Ofwat* che l'attività di *Dwr Cymru* integra un abuso di posizione dominante, in violazione del divieto di cui al capitolo II della disciplina in materia di concorrenza. V. anche la precedente sentenza 14, 15 January, 22 May 2008 [2008] EWCA Civ 536; per un commento del caso *Albion* si rinvia a M. COLLINSON, *Procurement of Utilities: Law and Practise*, Oxford University Press, 2013, 34 ss. Si rinvia altresì alla decisione del Direttore generale di *Ofwat* (No.CA98/01/2004) circa la denuncia di *Albion* contro *Dwr Cymru* per la fornitura comune di acqua a *Shotton paper mill*, reperibile in www.ofwat.it. Per un caso in cui interviene d'ufficio *Ofwat* che intendeva inserire un'altra società per migliorare la concorrenza in una certa area riguardo alla fornitura di acqua ad attività commerciali: sentenza 10 dicembre 2009 [2009] EWHC 3493 (Admin), CO/4719/2009; la controversia si instaura tra *Ofwat*, che designò *SSE Water*, e *Welsh Water Ltd* (fornitore all'ingrosso di acqua per gran parte del Galles e per una piccola parte dell'Inghilterra) che già si era opposta all'ingresso sul mercato presentando osservazioni al regolatore. Le sentenze sono reperibili in www.lexisnexis.com.

⁴⁰ Si richiama l'istituzione *Wereg*: è il *Network* di regolatori europei del settore idrico di undici Stati dell'UE (Irlanda, Malta, Bulgaria, Portogallo, Scozia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Danimarca, Spagna e Italia) che ha quale compito primario la promozione del coordinamento a livello europeo per creare un riferimento nello scambio di *best practices* per favorire gli investimenti, un servizio efficiente e di qualità, la tutela dei consumatori e la sostenibilità ambientale. L'obiettivo di creare un riferimento per la regolazione dell'acqua è contestuale al confronto tra diversi modelli di regolazione anche per adottare posizioni comuni condivise; il dialogo coinvolge la Commissione e il Parlamento europeo su tematiche del servizio idrico e altre organizzazioni regionali, nazionali e internazionali. Il progetto istitutivo è stato presentato in occasione dell'incontro in sede di AEEGSI del 23 aprile 2014.

Scotland sia considerata come una domanda inoltrata ad *Ofwat* (si applicano le stesse regole); il regime in Scozia non include i servizi “all’ingrosso” che sono erogati da *Scottish Water*. Le norme “transfrontaliere” (all’interno di un Paese dell’UE!) si applicano quindi solo ai servizi “al dettaglio” e vi sono modifiche equivalenti da introdurre nella legislazione scozzese.

Vi sono differenze sostanziali tra i due modelli di Inghilterra-Galles e della Scozia, ma vi sono anche elementi comuni tra i quali l’obiettivo dell’apertura del mercato interno. La creazione del mercato comune dei servizi al dettaglio tra Inghilterra e Scozia, basato sul reciproco riconoscimento delle licenze di *Ofwat* e della *Water Industry Commission* scozzese mediante strumenti di coordinamento tra i due ordinamenti consistenti in *Licensing arrangements between England and Wales and Scotland*; sono previsti accordi riguardo alle licenze tra Inghilterra, Galles e Scozia, in base all’art. 6 “*Arrangements with the Water Industry Commission for Scotland*” e all’art. 7 “*Arrangements with the Water Services Regulation Authority*” di *Water Act 2014* di modifica di *Water Service Act 2005* della Scozia; gli operatori possono richiedere la licenza in entrambi i sistemi alla luce della rispettiva disciplina mediante una nuova procedura a favore delle imprese private che possono operare nei due ordinamenti con una ridefinizione dei compiti dei regolatori economici. Tuttavia l’obiettivo del c.d. *Anglo-Scottish retail market* è difficile da attuare anche per la posizione contraria di una parte dell’opinione pubblica in Scozia che invece afferma la necessaria distinzione tra i due ordinamenti per la fornitura dei servizi idrici, soprattutto per la preoccupazione che una riforma possa pregiudicare il sistema scozzese ritenuto più efficiente di quello inglese.

In sintesi, il *Water Act 2014* è volto all’introduzione di un’effettiva concorrenza facilitando l’ingresso di nuovi soggetti nel mercato⁴¹ e il cambio di gestore per gli utenti commerciali e industriali; mentre non sono direttamente considerati gli utenti domestici che, secondo il *Water Paper*, sarebbero in seguito favoriti in via indiretta dalla riforma del mercato, una volta abbassati i costi e migliorata l’efficienza.

La privatizzazione ha, quindi, inevitabilmente prospettato al Governo la questione della necessaria regolazione del settore, dato che la *water industry*

⁴¹ Sugli ostacoli giuridici all’ingresso sul mercato di nuovi operatori anche in sostituzione di una compagnia esistente, si richiama un caso di *judicial review* per una controversia tra la compagnia *Thames Water Utilities Limited* e *Ofwat* riguardo alla portata di *Water Act 1991* che consente la concorrenza tra i fornitori di servizi idrici mediante norme (restrittive) per la sostituzione di un fornitore ad un altro: *Royal Courts Of Justice*, 25 January 2012 (Case No: C1/2010/2982); per altri precedenti su una questione simile: *Welsh Water Ltd* [2009] EWHC, Admin 3493, par. 7 (v. nota 39); *Thames Water Utilities Ltd v. Hampstead Homes London Ltd* [2003] Vol. I, WLR 198, par. 36.

gestisce un bene di monopolio naturale; per la natura essenziale dei prodotti e dei servizi queste compagnie non potevano essere sottoposte alle sanzioni previste in generale in caso di fallimento del mercato. Inoltre, dato che il Governo aveva bisogno di attirare acquirenti per le nuove imprese e ai fini della “regolazione economica”, è stato riprodotto lo schema delle precedenti privatizzazioni istituendo appunto il regolatore economico *Ofwat*. Quindi l'introduzione della regolazione è l'unica soluzione per prevenire i peggiori eccessi del monopolio regionale, ma non crea la concorrenza ed è mezzo per controllare il settore fino a quando essa non si instauri in concreto.

Il testo finale contenuto in *Water Act 2014* ha confermato l'obiettivo iniziale che è la riforma dell'industria dell'acqua per renderla più innovativa e rispondente alle esigenze degli utenti e per migliorare la capacità di far fronte ai pericoli naturali quali la siccità e le inondazioni nonché garantire una transizione fluida al libero mercato nel lungo periodo. Le ulteriori finalità attengono all'aumento delle possibilità di scelta nel mercato al dettaglio, prevedendo anche un *mercato transfrontaliero* con la Scozia e facilitazioni all'ingresso nel mercato dell'acqua per nuovi gestori e da ciò un miglioramento dell'approvvigionamento idrico nazionale; inoltre il nuovo sistema dovrebbe rendere più facile per le compagnie acquistare e vendere acqua reciprocamente anche per il regime speciale di fusione delle industrie dell'acqua e le nuove procedure dei permessi con tre ulteriori schemi di licenza.

I profili critici sono vari: l'evidente difficoltà dello Stato di riorganizzare e modernizzare il settore idrico dopo la privatizzazione del 1989 e l'altrettanto evidente insostenibilità del modello vigente secondo l'impostazione iniziale. La riforma potrebbe nascondere comunque un equivoco: la concorrenza rende il mercato al dettaglio di per sé davvero efficiente? vi saranno più operatori per una stessa rete (attività frammentata) che offrono diversi servizi ad uno stesso utente, ma con difficoltà nel controllo e nell'individuazione delle responsabilità. Inoltre non vi sono dati certi in base ai quali ritenere che una gestione esclusivamente privata sarà comunque più efficiente di una gestione pubblica o mista, considerato il modello inglese che peraltro riflette la specificità dell'ordinamento in cui è inserito, quindi non è una soluzione “esportabile” in altri contesti europei.

Occorre anche considerare che nella disciplina del 2014 non vi sono riferimenti a procedure di selezione mediante gare pubbliche per la concessione di licenze, anche se per altri settori (ad es., servizi sanitari, v. *Health and Social Care Act 2012*) questa tecnica è adottata per i contratti di fornitura di servizi⁴². Mentre se consideriamo *Utilities Contracts Regulations 2006 No 6*, la Scheda 1

⁴² Si rinvia a T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, 2014, 213-214.

include tra le *utilities* anche “A company holding an appointment as a water undertaker or a sewerage undertaker under Water Industry Act 1991” che mette a disposizione o gestisce una rete fissa che fornisce o fornirà un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile⁴³; le disposizioni che disciplinano l'aggiudicazione di contratti per i relativi servizi saranno nell'ambito di applicazione di tale normativa modificata per l'attuazione della direttiva 2014/25/UE che coinvolge il settore dell'acqua, mentre ancora non è stata attuata la direttiva 2014/23/UE che attiene alle concessioni di servizi.

Quindi con il *Water Act 2014* l'attribuzione delle licenze non segue la tecnica della gara pubblica, ma la singola domanda è sottoposta a criteri *ex lege* e discrezionali applicati nella valutazione specifica dal regolatore economico, spesso dopo aver sentito il parere del Segretario di Stato o di altre autorità pubbliche; gli operatori economici privati ottengono una *water supply licence*, che avrebbe natura concessoria, per un periodo determinato e possono acquistare l'acqua da altre compagnie “storiche” titolari della licenza di approvvigionamento all'ingrosso. Quindi il settore pubblico ha trasferito le responsabilità, i rischi e i benefici per la fornitura di acqua al settore privato conservando il controllo sul mercato tramite la regolamentazione secondo uno schema pubblico/privato del tutto particolare sulla base di una privatizzazione funzionale.

Il regolatore ha favorito la concorrenza nel settore, anche se il risultato non si è rivelato soddisfacente e nel mercato prevale ancora il monopolio; tuttavia la forte concorrenza è un importante motore della produttività e della competitività, ma il regolatore economico – pur necessario per i mercati in cui non vi è una concorrenza effettiva – può anche imporre notevoli costi per le imprese e il consumatore finale.

A conclusione dell'analisi dell'esperienza inglese-gallese, occorre ribadire che il modello più diffuso in ambito europeo è quello *societario* mediante *partenariato pubblico/privato*⁴⁴: esso appare lo schema giuridico migliore per il

⁴³ Peraltro sull'interpretazione della definizione di servizio idrico ai sensi dell'art. 2 della Direttiva 2000/60/CE in relazione al principio del recupero dei costi, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse in relazione ai danni o alle ripercussioni negative per l'ambiente acquatico come previsto dalla medesima Direttiva, v. Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, nella causa C-525/12, in www.europa.eu.

⁴⁴ Per uno studio recente: C. H. BOVIS, *Future Directions in Public Service Partnerships in the EU*, in *European Business Law Review*, 2013, n. 1, 1 ss. L'Autore esamina la categoria in modo critico ma evidenziando le prevalenti conseguenze positive; i partenariati pubblico-privato mirano a fornire infrastrutture e servizi pubblici e sono considerati come soluzioni interessanti e credibili a fronte della carenza di infrastrutture di molti Paesi già evoluti o in via di sviluppo, dato che sono uno strumento di gestione di servizi pubblici, di investimento e di cre-

contemperamento degli interessi collegati ai servizi, considerate le esigenze di necessaria attuazione delle regole del diritto dell'UE (ad es., gara pubblica e concessioni di cui alla direttiva 2014/23/UE) e la contestuale presenza di soggetti pubblici (soprattutto le autonomie locali) quale tramite per le richieste degli utenti; in alcuni ordinamenti dalla partecipazione dei cittadini è derivato un indirizzo per le politiche di gestione dei servizi pubblici mediante strumenti di democrazia diretta fino ai casi-limite della rimunicipalizzazione dei servizi pubblici in alcune città tedesche in conseguenza di comitati organizzati che hanno sostenuto *referendum* su questioni dibattute.

Lo schema societario pubblico/privato ha una rilevante diffusione nel nostro ordinamento e i caratteri delle più note società di servizi pubblici locali sembrano tratteggiare un "modello italiano" che si esprime nella competizione in un mercato *macroregionale* secondo criteri di stretta regolazione e procedure di gara disciplinate dal diritto interno e dell'UE; il radicamento deriva sia da *business* territoriali per i diversi servizi offerti, sia dalla presenza di azionisti pubblici (soprattutto enti locali) nel capitale delle imprese di significativa rilevanza economica, considerati gli investimenti e le attività coinvolte.

La più recente politica industriale è volta non solo al consolidamento nazionale, ma anche alla possibile estensione in aree economico-territoriali prossime (o anche distanti) alle sedi originarie mediante ulteriori aggregazioni sollecitate anche dalla legislazione⁴⁵ o l'incorporazione di medie imprese in "so-

scita economica. Infatti il partenariato consente la cooperazione tra autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, la gestione di ristrutturazione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. Il vantaggio principale è comunque quello di coinvolgere il settore privato nella fornitura di servizi pubblici e in tal modo il settore pubblico non deve impegnare le proprie risorse di capitale, mentre altri benefici includono il miglioramento della qualità, l'innovazione, l'efficienza della gestione e l'efficacia, elementi che caratterizzano più frequentemente il settore privato; si potrebbe anche sostenere che attraverso questo processo lo Stato gestisce meglio la strategia delle finanze pubbliche. L'allocatione del rischio è probabilmente l'elemento più importante nelle relazioni contrattuali tra settore pubblico e privato in relazione ai costi e il rischio rappresenta il livello di esposizione finanziaria di una parte prima e dopo la conclusione di un contratto o durante l'esecuzione. L'efficacia e l'efficienza di un servizio pubblico dipendono da un confronto dei costi e da un giudizio qualitativo e quantitativo del modo in cui le risorse coinvolte sono state utilizzate e gestite. La valutazione del rischio nel partenariato pubblico-privato è del tutto diversa rispetto alla medesima valutazione per i contratti pubblici tradizionali; il soggetto privato ha il compito di garantire la raccolta di finanziamenti e l'erogazione di un servizio pubblico o la realizzazione di un progetto di infrastrutture a beneficio del pubblico. In sostanza il partenariato pubblico-privato rappresenta un concetto di gestione del settore pubblico che ha cambiato la metodologia di valutazione delle prestazioni di servizi pubblici, in termini qualitativi e quantitativi.

⁴⁵ Il D.L. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. decreto "sblocca Italia") convertito nella legge 11 novembre 2014, n. 164, ha previsto un rilancio delle privatizzazioni per le società partecipate

cietà regionali” di grandi dimensioni radicate nel territorio; questa evoluzione è in fase di attuazione dato che sono ancora presenti contesti frammentati con società di servizi di modesta dimensione (ad es., nel nord est). Quindi le scelte strategiche⁴⁶ di crescita degli ultimi dieci anni avvicinano le società di servizi pubblici locali al modello delle “società regionali” (presenti ad es. in Germania), impegnate in ambito nazionale con estensioni oltre il territorio regionale e alcune proiezioni all'estero in particolare nei settori dell'energia elettrica, dell'idrico, del gas e dell'utilizzo energetico dei rifiuti, secondo schemi giuridici del tutto diversi da quelli previsti dalla disciplina del servizio idrico differenziato nel Regno Unito.

dagli enti locali, in particolare nei settori del trasporto locale, servizi ambientali (rifiuti) e idrico.

⁴⁶ Si rinvia a S. VENIER, *Le prospettive strategiche e gestionali dei servizi pubblici locali in Italia*, *supra*, parte prima, 79 ss.

STEFANO MANFREDI

SERVIZI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE
E AUTORITÀ DI REGOLAZIONE
IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Prospettive di uno studio comparato europeo nel settore dei SIEG. – 2. La disciplina comunitaria. – 3. SIEG e autorità di regolazione nel contesto comunitario. – 4. L'esperienza del Regno Unito. – 5. L'esperienza francese. – 6. L'esperienza tedesca. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Prospettive di uno studio comparato europeo nel settore dei SIEG*

Ogni volta che ci accingiamo a raffrontare la disciplina giuridica nazionale relativa ad un determinato settore con quella degli altri principali attori comunitari si ripropone immanente l'interrogativo sulla reale esigenza di un approccio comparatistico, che non può giammai essere fine a se stesso. Dove vogliamo spingerci quando ci affacciamo sulle dinamiche interne di un altro Paese? Qual è lo scopo ultimo di tale raffronto? È utile un approccio comparatista o comporta solo il rischio di un ampliamento a dismisura degli oggetti di studio ed un accumulo di testi analizzati senza la dovuta attenzione ai loro contesti di origine? Il comparatista è figura che per definizione «*viola i confini*», la sua specificità istituzionale risiede proprio nell'invadere i campi altrui, alla ricerca di costanti che legano epoche, culture, generi e forme spesso assai distanti fra di loro. Si può dire allora che è la coscienza stessa delle singole tradizioni che spinge a compararle. L'apertura verso l'alterità, che è un po' la quintessenza dell'atteggiamento comparatista, spinge a valutare, come in un gioco di specchi, somiglianze e differenze con lo scopo, neppure tanto recondito, di spogliarsi di lenti «*comuni e ordinarie*» per guardare attraverso lenti «*straordinarie*» e formare così una coscienza critica che può emergere solo dal raffronto e dalla similitudine. I processi di riforma del diritto comunitario e nazionale in senso pro-concorrenziale e le dinamiche proprie dell'economia di mercato pongono l'interprete dinanzi ad un mutamento di prospettive che investe ormai da un decennio il settore dei servizi di interesse economico generale, per garantire sempre più l'economicità della loro gestione e lo sviluppo delle relazioni tra i soggetti economici. Tali mutamenti si riverberano sul complesso quadro di regole poste a garanzia delle attività necessarie alla loro erogazione e per ridefinire gli ambiti di intervento rimessi al potere pubblico. Ciò determina la duplice esigenza di approfondire la conoscenza degli istituti

nazionali rilevanti e le dinamiche proprie di ciascun mercato nazionale che compone un tratto del più ampio e generale mercato comune europeo¹. Nel mezzo sta il diritto comunitario che, incessantemente (e a volte difficoltosamente) prosegue la propria opera di unificazione e di omologazione delle regolazioni. Ecco che emerge allora la *ratio* dell'esame comparatistico: rendere conoscibili le regole e i meccanismi dei singoli mercati nazionali al fine di attivare sinergie e correzioni consustanziali all'approdo finale del «mercato unico europeo» dei servizi di interesse generale.

Prima di affrontare nel dettaglio la disciplina pro-concorrenziale nel settore dei SIEG, nella prospettiva comunitaria, occorre chiarire portata e nozione di servizio di interesse economico generale anche nel raffronto con la nozione di servizio pubblico locale². Secondo l'impostazione comunitaria³, «*i servizi di interesse economico generale svolgono una funzione fondamentale in tutti gli Stati membri, i quali, in assenza di normative comunitarie specifiche, dispongono di una grande libertà per quanto riguarda la definizione della natura e portata dei «servizi pubblici» che essi intendono assicurare, in funzione delle loro scelte politiche. Per numerosi servizi di interesse economico generale, le autorità locali sono di norma in una posizione migliore per definire i bisogni dei cittadini*». Nell'ordinamento comunitario non vi è il testuale utilizzo, se non in via marginale, della locuzione «servizi pubblici», e ricorrono espressioni quali «servizi di interesse economico generale» e «servizi universali», ovvero richiami a requisiti e garanzie cui è tenuto il prestatore di tali servizi, oppure ad «obblighi di servizio pubblico»⁴. L'influenza comunitaria ha inciso sullo stesso contenuto e sulla definizione sostanziale di servizio pubblico, tanto che attenta dottrina si è chiesta se da ciò non dovesse desumersi una nozione ampia di servizio pubblico, comprendente tutte le attività svolte da qualsiasi soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica⁵. Oggi, anche in seguito a

¹ G. F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2010, 7 e ss.

² Cfr. G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadr. servizi pubblici*, 1999, 8 e ss.

³ Cfr. il documento della Commissione UE del 12 novembre 2002, in materia di servizi di interesse generale e aiuti di Stato, in *www.eur-lex.europa.eu*.

⁴ Cfr. F. MODERNE, G. MARCOU, a cura di, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, Harmattan, Paris, 2001, nonché B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, Giuffrè, 1998; A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, Pisa university press, 2004.

⁵ F. CARINGELLA, *I servizi pubblici*, in *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 276 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione esclusiva e i servizi pubblici*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLIX Convegno di

importanti pronunce giurisprudenziali interne⁶, i servizi pubblici non possono essere visti esclusivamente come attività imprenditoriali da regolare alla stregua della sola tutela della concorrenza, anche quando sono servizi di rilevanza economica; in altre parole la concorrenza vale anche per i servizi pubblici ma non esaurisce, di per sé, la relativa disciplina. Quindi, se i servizi pubblici non possono essere visti solo come attività imprenditoriali da regolare alla stregua della tutela della concorrenza, possono e debbono essere contraddistinti da elementi ulteriori rispetto ai programmi e controlli amministrativi nei confronti delle normali attività economiche. Tali elementi si sostanziano in un ruolo istitutivo e/o organizzativo del servizio pubblico da parte della pubblica amministrazione (ancorché la gestione possa essere sempre di più opera di privati incaricati) al fine di assicurare la presenza ed il risultato a vantaggio della collettività, e ciò anche con riguardo ai principi comunitari, per i quali i più recenti atti che provengono dalle istituzioni europee lasciano comprendere che l'erogazione dei servizi di interesse economico generale non si risolve solo nello svolgimento di un'attività economica da regolare, ma nell'espletamento di un'attività per la quale le pubbliche amministrazioni, e prima il legislatore, possono provvedere affinché sia condotta in base a principi e condizioni che consentano di assolvere i compiti cui l'attività stessa è finalizzata, ed inoltre, che tale attività di servizio pubblico può essere organizzata con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private⁷. Sembra chiaro quindi che, anche in base al diritto europeo, il servizio pubblico o di interesse economico generale non è qualsivoglia attività economica di prestazione di servizi, ma è quella rispetto alla quale la pubblica amministrazione svolge un ruolo di istituzione e/o organizzazione, fermo restando che il servizio ben può essere gestito da soggetti privati. In ogni caso, una eventuale liberalizzazione «*spinta*» di determinate attività di prestazione di servizi determinerebbe una fuoriuscita dal contesto dei servizi pubblici verso programmi pubblici o autorizzazioni in funzione di controllo o a regolazioni in ordinamenti di settore⁸.

Varennà, Milano, 2004, 281 e ss.; F. CINTIOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva e le controversie risarcitorie*, in V. CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2004, 238-249. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro it.*, 1998, III, 350 e ss. con nota di A. ROMANO; cfr. però Cass. civ., Sez. Un., 12 novembre 2001, n. 14032. Giust. civ., Mass. 2001, 1910.

⁶ Cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 in *Ragiusan* 2004, 248, 48 e Corte cost. 27 luglio 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 2648.

⁷ G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale Scientifica, MMVII, 150 e ss.

⁸ G. CAIA, *op. cit.*, secondo cui si verterà in tal caso in servizi di pubblica utilità e non più in servizi pubblici.

2. *La disciplina comunitaria*

Nell'ordinamento comunitario non v'è una definizione di servizio pubblico di rilevanza economica, e la locuzione SIEG è definita sotto il profilo finalistico. Le norme richiamano la specifica missione affidata alla loro erogazione (art. 106, par. 2 TFUE), il ruolo degli stessi nella promozione della coesione sociale e territoriale (art. 14 TFUE), l'esigenza di perseguire un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, l'accesso universale e i diritti degli utenti (art. 1 Protocollo n. 26 al TFUE). Inoltre, secondo la CGUE, i SIEG, in base all'ordinamento comunitario, possiedono un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica, in quanto si riferiscono a servizi di natura economica, che in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico che si risolvono in prestazioni che un'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni⁹.

Secondo una parte della dottrina, non sarebbe coesenziale alla nozione di SIEG che i servizi che ne formano oggetto siano immediatamente rivolti agli utenti, ma sarebbe sufficiente che la loro prestazione risponda finalisticamente a bisogni collettivi della società (cittadini, gruppi sociali, imprese), e pertanto sembra più coerente ritenere che la nozione comunitaria di SIEG non solo racchiuda in sé, senza peraltro esaurirsi in essa, la nozione interna di servizio pubblico, ma ricomprenda anche le attività sottoposte a programmi pubblici o autorizzazioni in funzioni di controllo o a regolazioni in ordinamenti di settore, come nel caso dei servizi di pubblica utilità, di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481¹⁰. Attorno ai servizi di interesse generale si discute, in ogni caso, sia a livello nazionale che transnazionale, sin dalla nascita delle Istituzioni europee. Si manifesta, costante, la tensione tra l'aspirazione tutta europea all'affermazione di sistemi autenticamente concorrenziali e la volontà degli Stati membri di salvaguardare spazi di influenza nel proprio mercato interno, per garantire l'erogazione di servizi di qualità a prezzi contenuti. I servizi di interesse generale designano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale da parte delle autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sicurezza, protezione sociale, scuola, giustizia) che attività di servizio cosiddette di interesse economico generale. I servizi di interesse economico

⁹ CGUE, 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in Foro it., 1992, IV, 489.

¹⁰ M. CALCAGNILE, *Monopolio e privativa di fronte alla tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2015, par. 3.

generale, quindi, sono una specie del *genus* servizi di interesse generale; si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale nel quale operano sia soggetti privati che pubblici. Per la loro struttura si pongono a cavaliere tra le attività economiche da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo, e le attività non economiche da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale e di equità redistributiva.

Nel caso in cui l'attività non venga presa in considerazione da alcuna disciplina normativa ovvero nelle ipotesi in cui la disciplina non miri a renderne diverso l'esercizio in vista di interessi generali, ma sia diretta a far sì che tale esercizio non si svolga in contrasto con le esigenze di interesse generale, non si può parlare di SIEG (es. la tutela dell'ambiente, della salute, dell'incolumità pubblica). A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, alcuni settori che tradizionalmente forniscono servizi di interesse economico generale, sotto la spinta comunitaria si sono progressivamente aperti alla concorrenza; gli esempi più evidenti si rinvencono nei settori dei trasporti, dell'energia, delle telecomunicazioni, dei servizi postali. L'Unione europea promuove i c.d. «*servizi universali*», che discendono da una liberalizzazione graduale, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale volte a garantire l'accesso a servizi in equilibrio tra qualità e prezzo, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica di ciascun utente. L'organizzazione di questi servizi è sostanzialmente rimessa agli Stati membri e quindi varia in base alle tradizioni culturali, alla storia ed alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro e in relazione allo sviluppo delle tecnologie. Come si desume agevolmente da quanto sopra riferito, il riconoscimento dei servizi di interesse generale nel mercato comune è complesso, attese le diverse modalità di gestione dei servizi a seconda delle tradizioni degli Stati membri. Ciò posto, l'UE ha considerato per lungo tempo i SIEG solo da un punto di vista normativo, riconoscendo che la fornitura degli stessi poteva discostarsi anche di molto dalle regole di libera concorrenza. Il precipitato di tale evoluzione che ha interessato ed interessa il settore in senso generale, si ritrova oggi nel Trattato di Lisbona, e segnatamente nel protocollo sui servizi di interesse generale aggiunto ai Trattati istitutivi, che innova la materia e fornisce alcune precisazioni sulla protezione dei SIEG a livello europeo. Esso riconosce il ruolo e il potere discrezionale delle autorità nazionali nella gestione dei SIEG, la diversità degli stessi a seconda delle zone geografiche e delle diverse culture, l'alto livello di qualità, la parità di trattamento degli utenti e l'accesso universale ai SIEG¹¹. I servizi di

¹¹ Il trattato di Lisbona ha creato inoltre una nuova base giuridica che consente alle istituzioni europee di adottare regolamenti relativi alla gestione dei SIEG. Infatti, l'articolo 14 del

interesse generale di natura non economica e, più genericamente, i servizi che non incidono sugli scambi intracomunitari, non sono invece soggetti a norme europee in materia di concorrenza ed aiuti di Stato.

I servizi di interesse economico generale, che pure sono espressamente menzionati nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sia all'art. 106 par. 2 che all'art. 14, non ricevono alcuna espressa definizione né nelle richiamate disposizioni né in alcun atto di diritto derivato e l'individuazione del significato del termine servizio di interesse economico generale è stata per lungo tempo affidata alle pronunce della Corte di Giustizia¹². Secondo autorevole dottrina, peraltro, la norma di cui al par. 2 dell'art. 106 TFUE rappresenta oggi lo strumento naturale di contemperamento tra tutela della concorrenza ed erogazione dei servizi di interesse economico generale¹³. A partire dalla seconda metà degli anni novanta, la Commissione europea ha prestato sempre maggiore attenzione al settore ed ha adottato una Comunicazione sui Servizi di interesse generale nel 1996, integrata e modificata nel 2001¹⁴. Successivamente il tema è stato ripreso nel Libro Verde sui Servizi di interesse generale del 2003¹⁵ e nel successivo Libro Bianco del 2004¹⁶. Emerge un concetto di servizi di interesse economico generale riconducibile a servizi di natura economica che la pubblica autorità identifica essere di particolare importanza per i cittadini (criterio dell'interesse generale) e che con ogni probabilità non sarebbero realizzati o al più sarebbero realizzati a condizioni diverse, se non ci fosse l'intervento pubblico. È proprio questa la motivazione per la quale gli Stati membri e l'Unione Europea assoggettano tali attività a specifici obblighi di servizio pubblico. Quanto ai principi comunitari, in materia di SIEG trovano attuazione, in quanto direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, i principi comunitari in tema di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, seppur con le limitazioni derivanti dal ri-

TFUE specifica che il Consiglio e il Parlamento possono stabilire i principi e le condizioni concernenti l'esecuzione e il finanziamento dei SIEG.

¹² Cfr. a tal proposito, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia e Commissione europea, comunicazione del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001, in tema di servizi di interesse generale. Intro www.curia.europa.eu.

¹³ D. GALLO, *L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, 118.

¹⁴ In www.eur-lex.europa.eu, *I servizi di interesse generale in Europa*, Documento della Commissione europea n. 2001/C 17/04.

¹⁵ In www.eur-lex.europa.eu, Libro verde della Commissione delle Comunità europee, Bruxelles, 21 maggio 2003, Documento n. COM (2003) 270 definitivo.

¹⁶ In www.eur-lex.europa.eu, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Consiglio delle Regioni, Libro bianco sui servizi di interesse generale, Bruxelles, 12 maggio 2004, Documento n. COM (2004) 374 definitivo.

spetto degli obblighi di pubblico servizio. Ciò posto, in un approccio comparatistico occorre necessariamente individuare un filo conduttore da cui muovere nell'analisi e nel raffronto dei singoli sistemi di servizi presenti negli ordinamenti statuali presi a riferimento.

Il profilo di gran lunga più importante e delicato nell'organizzazione, gestione ed erogazione di un servizio è sicuramente «*il profilo economico*» e quindi del «*finanziamento*» del servizio, atteso che la domanda di servizi «*sempre più includenti ed efficienti*» genera un aumento costante dei costi di mantenimento e di erogazione e quindi – nel medio periodo – problemi di sostenibilità economica (ulteriormente esacerbata quando i finanziamenti sono esclusivamente pubblici e come accaduto di recente, la crisi dei debiti sovrani non permette ulteriori esposizioni e dilazioni temporali da parte dei singoli Stati membri). I singoli Paesi comunitari, pur consapevoli di ciò, faticano a trovare un equilibrio tra apertura del mercato e introduzione dei principi di economicità e salvaguardia delle finalità sociali cui è sottesa l'erogazione dei servizi¹⁷. Ad aggravare ulteriormente il quadro appena delineato, v'è la tendenza ad ampliare sempre più il catalogo dei servizi per mezzo del criterio della produzione di ricchezza (anche solo potenziale)¹⁸. È innegabile che le Istituzioni comunitarie abbiano dato nuova linfa alla spinta pro-concorrenziale volta a scardinare i sistemi ancora fortemente chiusi presenti soprattutto a livello di servizi locali minori, e lo abbiano fatto attraverso graduali forme di incentivazione all'apertura dei mercati (incluse privatizzazioni e liberalizzazioni). Ciò nonostante, ci si interroga ancora sull'effettiva efficacia del binomio privatizzazioni-liberalizzazioni, tanto che, a livello comparato non è ancora possibile individuare con sicurezza i modelli di maggior successo, soprattutto se la chiave di volta viene ricercata nell'essenziale prospettiva della soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti (i servizi incidono sui diritti di cittadinanza e sui diritti primari, per cui richiedono l'interessamento dei pubblici poteri a garanzia di tutela delle fasce c.d. deboli della popolazione¹⁹). L'ordinamento comunitario cerca di bilanciare l'approccio efficientista e «*market oriented*» con lo sviluppo della dottrina del «*servizio universale*». A sua volta, però, l'intromissione dei pubblici poteri nelle regole di mercato, sbilancia le reciprocità tra domanda e offerta, e determina reazioni a catena anche di orientamento negativo. La tematica dei servizi pubblici, inoltre, è legata a doppio filo

¹⁷ L. CUOCOLO, *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, in *Mercato, concorrenza e politiche sociali*, 2007-2.

¹⁸ Cfr. *ex multis*, CGCE, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*. Intro www.curia.europa.eu.

¹⁹ C. E. BRUNO e S. MANFREDI, *Diritti inviolabili della persona e globalizzazione economica dei mercati*, in *I diritti della personalità*, S. RUSCICA (a cura di), Padova, Cedam, 2013, 899 e ss.

con il principio di sussidiarietà, specialmente nel settore dei servizi pubblici locali, e comporta l'affidamento di una parte rilevante delle regolazioni ai livelli di governo inferiore (con incremento della conflittualità soprattutto in quei Paesi dove il federalismo appare ancora confuso e non ben delineato – come più volte sottolineato, ad esempio, dall'AGCM per il caso italiano – e dove persiste una forte stratificazione tra livelli e competenze, come accade anche per gli ordinamenti spagnolo e tedesco) e delicati problemi di riparto delle competenze tra livelli di governo. Ruolo cardine nel settore dei SIEG è oggi assunto dalle varie Autorità amministrative indipendenti, fiorite nei singoli ordinamenti dei paesi comunitari, seppur con divergenze e differenze anche notevoli per ruolo, autorevolezza, indipendenza e cogenza delle decisioni (di esse si darà conto nei paragrafi dedicati all'analisi dei singoli Stati membri). Dal punto di vista dei soggetti regolati, invece, il profilo essenziale e di maggior rilievo concreto riguarda «*l'accesso alle reti*». La maggior parte dei servizi pubblici necessita infatti di una rete infrastrutturale, che comporta problemi di potenziale duplicazione delle risorse e di garanzie di libero accesso alle reti esistenti, atteso che le stesse sono state per lungo tempo in mano pubblica e (soprattutto) in regime di monopolio. Tutti gli ordinamenti degli Stati membri dettano discipline articolate volte a garantire alle imprese «*new-comers*» la possibilità di accedere alle reti a condizioni non discriminatorie, laddove la duplicazione non sia economicamente vantaggiosa. Per quanto attiene alle modalità di affidamento o alla separazione dei diversi segmenti della filiera dei singoli servizi, si rimanda alle analisi sui singoli sistemi nazionali affrontate nei successivi paragrafi.

3. SIEG e autorità di regolazione nel contesto comunitario

L'istituzione di autorità amministrative indipendenti, non immediatamente legate al potere esecutivo, ha costituito il propulsore per l'intervento normativo in settori molto diversi tra loro, accompagnando così la dismissione del potere pubblico nell'economia e la trasformazione dello Stato da imprenditore in regolatore²⁰. In tale evoluzione, l'apporto del diritto comunitario è di asso-

²⁰ Sull'evoluzione delle autorità indipendenti cfr., *ex multis*, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. BASSI e F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996, 21 e ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 645 e ss.; S. CASSESE, (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 295 e ss.; LA SPINA e G. MAGONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, 23 e ss.

luto rilievo, atteso che il modello dell'amministrazione indipendente si afferma sul piano europeo di pari passo con la *policy* comunitaria volta a portare gli Stati membri a dismettere i panni dell'imprenditore e predisporre strutture amministrative di carattere eminentemente regolatorio (creazione del mercato comune e garanzia del suo assetto concorrenziale ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE)²¹. In ogni caso, anche con l'avvento delle autorità di regolazione e con il cambio di paradigma della figura statutale, non si può parlare comunque di piena liberalizzazione dei SIEG, atteso che la disciplina degli stessi deve in ogni caso rispettare i principi di neutralità del diritto comunitario sulla proprietà (pubblica o privata) delle imprese erogatrici e sul rispetto degli obblighi di pubblico servizio (idoneità del mercato a soddisfare standard di erogazione del servizio e portata della deroga di competenza del singolo Stato membro; rispetto di standard minimi di qualità del servizio ed obiettive ragioni di interesse pubblico).

Le coordinate sopra citate costituiscono i «*limiti esterni dell'istituto*», al di fuori dei quali operano le normali regole del mercato; si tratta peraltro di «*confini dinamici*» che delimitano l'ambito di piena operatività del «*principio di proporzionalità*», declinato come esigenza di rispetto dell'interesse pubblico nell'economia, senza rinuncia al rispetto dei pilastri fondamentali del diritto comunitario. Attenta dottrina afferma che le due opposte necessità sopra richiamate, troverebbero un punto di equilibrio «*nella regolazione*»²². Una discussione sui servizi di interesse economico generale in Europa, non può prescindere dall'esaminare i soggetti regolatori, che hanno sostituito sempre più spesso il sistema dell'amministrazione per ministeri. La diffusione delle *authorities* in Europa ha preso piede a partire dagli anni novanta ed il settore principe, dove quasi tutti i Paesi hanno istituito autorità indipendenti, è quello dei servizi pubblici. Il legislatore comunitario non ha imposto l'adozione delle *authorities*, ma ha lasciato agli Stati membri ampia facoltà di scelta, ponendo solo obiettivi minimi di regolazione neutrale da garantire. Le amministrazioni indipendenti sono state istituite, nella maggioranza dei casi, mediante legge ordinaria, provocando così perplessità sulla loro reale posizione rispetto agli organi costituzionali. Le autorità indipendenti, infatti, tendono da un lato a scardinare il principio della responsabilità ministeriale, dall'altro ad assumere di frequente poteri di regolazione para-normativa o paragiurisdizionale. In

²¹ L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 1791 e ss.

²² A. VEDASCHI, *Le autorità di regolazione nello spazio europeo*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa* (a cura di) G. F. FERRARI, *op. cit.*

Svezia²³ ed in Portogallo²⁴, per esempio, il modello di governo per *authorities* è stato previsto a livello costituzionale. In Germania, invece, le autorità indipendenti hanno trovato, almeno inizialmente, spazi di sviluppo estremamente ridotto, atteso che l'amministrazione e il riparto di competenze in materia tra Bund e Länder trova una dettagliata disciplina costituzionale, che lascia pochi margini alla creazione di modelli alternativi²⁵. Anche in Spagna manca una previsione costituzionale in tema di autorità indipendenti e l'art. 97 Cost., rimette al Governo il potere di direzione dell'amministrazione, ingenerando dubbi di compatibilità²⁶.

In Francia, la Costituzione tace in merito alle autorità indipendenti, sollevando dubbi sulla compatibilità di esse con il modello classico di amministrazione francese (*amplius ultra* par. 3.2). L'assenza di una Costituzione scritta, invece, ha reso meno problematica l'istituzione di autorità amministrative in Inghilterra. Tale situazione, tipica del Regno Unito, ha favorito l'istituzione di esse con largo anticipo rispetto agli altri ordinamenti, soprattutto nel settore dei servizi pubblici, mediante leggi speciali spesso collegate alla privatizzazione di interi settori (*amplius ultra* par. 3.1). Anche per quanto riguarda le singole strutture delle autorità indipendenti, manca un modello unitario e ogni ordinamento assume le proprie regole peculiari. In ogni caso, quanto a composizione, la tendenza prevalente è per l'istituzione di organismi collegiali. L'ordinamento inglese si pone in controtendenza rispetto agli altri, avendo optato spesso per organismi monocratici, anche se a partire dalla fine degli anni novanta ha adottato organismi collegiali (nel settore dell'energia, per esempio, a seguito dello *Utilities Act* del 2000). L'ordinamento tedesco, nel 2005, ha istituito un'agenzia federale per i servizi a rete, con competenze generali in tema di elettricità, gas, telecomunicazioni e trasporto ferroviario. Essa si compone di un Presidente e di un comitato di consulenza formato da tren-

²³ In Svezia, sin dal regno della Regina Cristina, si è sviluppato un modello volto a temperare il potere ministeriale, a vantaggio, da un lato, del Governo inteso come organo collegiale, e dall'altro dell'amministrazione, che è appunto disegnata dalla medesima Costituzione come un soggetto indipendente (cfr. cap. 11, art. 7 Cost. Svezia).

²⁴ In Portogallo, a seguito della revisione del 1997, è stata introdotta la possibilità per il legislatore di creare autorità amministrative indipendenti. Si tratta tuttavia di una norma in bianco che ha creato non pochi problemi. Cfr. in tal senso B. DE MORAIS, "As Autoridades Administrativas Independentes na ordem jurídica portuguesa", in *Rev. Ordem Advogados*, 2011, 2011, 61-I.

²⁵ Cfr. a proposito L. CUOCOLO e G. LEMBECK, *Le autorità di regolazione e controllo dei servizi di interesse generale in Europa: una prospettiva comparata*, in *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, cit., 807 e ss.

²⁶ In Spagna, la dottrina ritiene che per l'istituzione di un'autorità indipendente sia sempre necessaria una legge formale del Parlamento che contenga lo statuto dell'autorità, ovvero le regole principali di organizzazione e funzionamento, nonché i margini di indipendenza.

tadue membri; è pure presente e opera anche con funzioni consultive e di supporto, una commissione dei Lander composta dai rappresentanti dei regolatori locali (*amplius ultra* par. 3.3). Per quanto attiene all'indipendenza delle *authorities*, e per quanto riguarda le modalità di nomina dei loro componenti, occorre evidenziare che non è rinvenibile una disciplina unitaria scollegata dal potere esecutivo, nemmeno tendenzialmente. Anzi, spesso le nomine sono di origine governativa, pur con l'adozione di altre misure di garanzia, quali ad esempio il controllo parlamentare, il potere di veto o requisiti di competenza talmente rigorosi da ridurre i rischi di inquinamento. Nel Regno Unito, prevalgono le nomine di origine governativa, mentre in Spagna le nomine avvengono con un vero e proprio iter procedurale, anche se la scelta finale è comunque di tipo governativo (su proposta del Ministro competente per materia, sentita la Camera bassa). Per quanto riguarda i poteri affidati alle autorità indipendenti, fra quelli maggiormente rilevanti vi sono i poteri normativi o regolatori²⁷.

In Spagna, i casi in cui le autorità indipendenti dispongono di poteri regolamentari non sono numerosi; generalmente hanno un potere di iniziativa e di stimolo per l'adozione di nuove normative, mentre in alcuni casi hanno competenze regolamentari nei settori tecnici di competenza della singola autorità. Nel Regno Unito, invece, l'estrema varietà di organismi indipendenti, non consente di effettuare una ricognizione efficace dal punto di vista delle attribuzioni più ricorrenti; in ogni caso dal modello inglese emerge una forte vocazione alla «*regulation*» e allo sviluppo di un modello di «*policy making*» che coinvolge i diversi portatori di interessi settoriali. In Francia, dottrina e giurisprudenza, hanno delimitato i confini del potere regolamentare delle autorità indipendenti. La giurisprudenza ha sottolineato che gli atti normativi delle autorità devono muoversi all'interno di una cornice generale fissata dalla legge e che la stessa deve autorizzare specificamente l'organismo all'utilizzo del potere normativo, e ciò in quanto il potere regolamentare è normalmente attribuito al Primo Ministro. Particolare interesse suscitano poi i poteri sanzionatori affidati alle autorità indipendenti. Dal punto di vista della natura giuridica di tali poteri, alcuni ordinamenti utilizzano il termine «*quasi-judicial*», per richiamare l'incisività della funzione e per sottolineare come in tutti gli ordinamenti le sanzioni comminate dalle *authorities* sono ricorribili dinanzi al giudice, amministrativo o ordinario. In Spagna la funzione sanzionatoria è ripartita tra auto-

²⁷ In realtà occorre tenere distinte l'attività volta a porre norme generali e astratte da quella volta a dettare le regole specifiche per il caso concreto. Solo la prima è espressione di un potere normativo, mentre la seconda è il frutto di un potere amministrativo-esecutivo. Il potere normativo è quello che pone maggiori problemi di compatibilità con gli assetti costituzionali e con i sistemi delle fonti normative dei singoli paesi analizzati.

rità indipendente e ministero. Esaurita questa prima fase eminentemente descrittiva del fenomeno delle *authorities* indipendenti, occorre effettuare una delimitazione del campo di indagine, che permetta di dare conto della disciplina dettata nei singoli ordinamenti prescelti in maniera scientificamente valida, senza sconfinare nella mera descrizione fine a se stessa. A tal proposito, nel prosieguo, si prenderanno in considerazione solo le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità istituite a livello nazionale con finalità di tutela degli utenti nei confronti degli erogatori del servizio.

Ciò posto, si può esaminare la disciplina dei SIEG da un punto di vista settoriale, partendo dal mercato energetico, nel quale i servizi a rete presentano caratteristiche che, per i non addetti ai lavori, possono sembrare in aperta contraddizione le une con le altre, come l'esistenza di monopoli naturali²⁸ (che rendono difficoltosa la traslazione della proprietà dei beni e delle reti e quindi la stessa apertura del mercato) e la contemporanea tendenziale transnazionalità «*insita nella stessa natura dei beni oggetto del servizio*» che portano da un lato le istituzioni comunitarie a perseguire la realizzazione di un mercato unico dell'energia²⁹ e dall'altro i singoli Stati membri a spingere per derogare alle norme sulla concorrenza e sul mercato poste dai Trattati istitutivi³⁰. La politica comunitaria nel settore è caratterizzata da gradualità degli interventi; il profilo di gradualità scelto dalle Istituzioni comunitarie, non deve in ogni caso ingenerare diffidenza e sospetti di subalternità della *policy* comunitaria nei confronti degli Stati membri, in quanto, pur in presenza di «*naturali resistenze*» durante il cammino di *ouverture* dei relativi mercati, l'agire «*step by step*» ha comunque permesso l'ottenimento di notevoli risultati, come nel caso dell'*unbundling* delle reti che, una volta ottenuto, ha permesso alle Istituzioni comunitarie di avere gioco facile nell'imporre agli Stati membri il naturale passaggio successivo, ovvero l'obbligo di istituire autorità di regolazione nazionale per il settore energetico³¹. Le direttive comunitarie hanno prescritto agli Stati membri di «*esercitare un'opzione*» per l'affidamento della *governance* del mercato dell'energia ad un apposito organismo indipendente, capace di garantire la concorrenza e svolgere funzioni di regolazione, ovvero di attribuire ad organi ministeriali il potere decisivo previa adozione di pareri obbliga-

²⁸ La presenza di monopoli naturali e forti economie di scala hanno indotto la maggior parte degli Stati europei ad affidare l'intera erogazione del servizio ad un'unica impresa, verticalmente integrata e sotto il controllo governativo.

²⁹ N. AICARDI, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Milano, Giuffrè, Tomo II, 2007, 1009 e ss.

³⁰ G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, 2199 e ss.

³¹ Cfr. P. CAVALIERE e A. VEDASCHI, *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 881 e ss.

tori e vincolanti da parte delle amministrazioni indipendenti o viceversa. L'istituzione di autorità amministrative indipendenti nazionali volte a regolare i SIEG, ed in particolare il settore dell'energia, da sempre caratterizzato da forte vocazione transnazionale, manifesta il *favor* delle Istituzioni comunitarie per la creazione di un mercato comune tendenzialmente omogeneo e l'opzione per la futura attrazione delle stesse nell'orbita comunitaria, previa creazione di adeguate strutture di raccordo tra gli organi dei diversi Stati membri³².

La creazione del «Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità», risponde all'esigenza di realizzare una struttura di coordinamento orizzontale (tra *authorities*) e verticale (tra *authority* e Commissione), che muta la natura stessa delle singole *authorities*, da soggetti esclusivamente statuali a strutture amministrative europee³³. A partire dal 3 marzo 2011, il Gruppo è stato sostituito «dall'Agenzia per la cooperazione fra regolatori nazionali dell'energia»³⁴, organismo dotato di maggiore formalizzazione e stabilità, compiti e funzioni specifiche, in grado di garantire meglio il coordinamento delle politiche dei regolatori nazionali³⁵.

Anche il settore dei trasporti pubblici locali suscita interesse in una prospettiva comparata³⁶, sia dal punto di vista delle specificità della singola materia, sia perché nel raffronto tra gli Stati membri emergono discrasie anche e soprattutto in tema di regolazione e quindi in tema di *authorities*. Si prenda, per esempio, l'ordinamento italiano, nel quale di recente è stata istituita una

³² Le direttive del 26 giugno 2003 preannunciavano l'istituzione di un organismo comunitario di coordinamento delle autorità di regolazione nazionali. La Commissione europea con la decisione 11 novembre 2003, n. 796, istituisce il *Gruppo dei Regolatori europei per il gas e l'elettricità*. Si tratta di una struttura di coordinamento orizzontale tra le diverse autorità nazionali e verticale tra queste e la Commissione.

³³ E. SCUTO, *La governance del settore dell'energia e gas attraverso la rete europea delle autorità indipendenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 291 e ss.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 1390.

³⁴ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 713/2009, in G.U.U.E., L. 211 del 14 agosto 2009, 1-14.

³⁵ È affiancato anche dalle reti europee dei gestori del sistema di trasporto del gas (REGST gas) e dell'elettricità (REGST energia elettrica).

³⁶ Gli spunti riflessivi in tema di trasporto pubblico locale rassegnati nel presente elaborato, nel raffronto tra le discipline transnazionali, sono tratti dal dibattito svoltosi in argomento durante il Seminario *Efficienza della gestione ed accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale* tenutosi in Bologna, presso la Sala incontri di Nomisma, Palazzo Davia Bargellini, il 21 ottobre 2014, ed al dibattito di cui al Seminario *Concorrenza e servizi agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale*, tenutosi in Bologna, presso la sede della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 5 giugno 2014.

nuova autorità con competenze specifiche nel settore dei trasporti e lo si raffronti con la tendenza di alcuni paesi comunitari ad una «*ri-ministerizzazione*» delle competenze regolatorie o ad un accorpamento di competenze in una singola autorità o addirittura, come per l'ordinamento francese, alla «*ideazione di sistemi di reperimento di fondi specifici*» da dedicarsi alla promozione della concorrenza nel settore dei t.p.l., come la tassa di scopo introdotta di recente nelle località turistiche francesi, con la quale si è arrivati a coprire, in alcuni casi, addirittura il 40% delle spese del servizio. Si pensi, inoltre, che la disciplina dei t.p.l., diviene sempre più centrale nello studio dei SIEG, sia perché interseca il modello economico di sviluppo «*urbano centrico*», presente ormai in ogni singolo Stato membro (elevazione della domanda di t.p.l. dovuta a incrementi sempre più consistenti degli abitanti dei singoli agglomerati urbani), sia perché da ciò consegue una sempre maggiore attinenza tra disciplina dei t.p.l. e tutela dei diritti costituzionalmente garantiti del cittadino (diritto alla mobilità, allo studio etc.).

L'attuale recessione, inoltre, agevola (paradossalmente) il settore dei t.p.l., perché riduce la possibilità di ricorrere all'uso dei mezzi privati; ciò rende evidente come l'attuale momento storico sia il più favorevole per l'introduzione di regolazioni pro-concorrenziali nel settore dei t.p.l., in grado di migliorarne efficienza, efficacia e qualità. L'aspetto qualitativo è fondamentale sia per sostenere il (lungo) periodo di «*riaggancio*» della ripresa economica, sia successivamente, atteso che numerosi studi e riscontri empirici hanno dimostrato che l'aumento del reddito pro-capite non diminuisce la domanda di accesso ai t.p.l. qualora gli stessi si dimostrino efficienti e qualitativi³⁷. In ambito comunitario, il soggetto che si occupa della disciplina generale dei t.p.l. (c.d. soggetto regolatore in senso ampio), è sicuramente la Commissione europea (per mezzo di numerose fonti normative e strumenti di *soft law*, tra cui si possono sicuramente annoverare, oltre alle consuete direttive, i numerosi libri bianchi, e le comunicazioni ai singoli Stati membri). Fra le norme di diritto vincolante, oltre alle disposizioni dei trattati sul trasporto in generale finalizzate allo sviluppo dei traffici commerciali e alla libera circolazione di mezzi e di persone, va rammentato innanzitutto il regolamento 1191/1969, applicabile al trasporto locale solo a partire dalla novella del 1991 a discrezione degli stati membri, il cui *focus* concerne gli obblighi di servizio, i contratti di servizio e il finanziamento dei soggetti erogatori; nel complesso questa prima disciplina ambisce alla declinazione concorrenziale dell'erogazione dei servizi economicamente

³⁷ E. FERIOLI, *Governance e regolazione dei trasporti pubblici locali nei paesi europei*, in relazione al Convegno *Concorrenza e servizi agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale*, tenutosi in Bologna, presso la sede della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 5 giugno 2014.

autosufficienti e alla conseguente limitazione dell'intervento pubblico alle sole ipotesi di *market failure* (ossia quelle in cui il livello di erogazione del servizio conseguibile in base al libero mercato sarebbe inferiore a quello socialmente ottimale)³⁸.

Il successivo regolamento 1370/2007 – entrato in vigore il 3 dicembre 2009 – raffina notevolmente il progetto europeo di armonizzazione dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia: in particolare, esso identifica quali possibili modalità di erogazione del servizio la gestione diretta, l'affidamento mediante gara, l'affidamento diretto a soggetto dotato di particolari requisiti, prescrivendo poi una dettagliata serie di regole derivanti dalla qualifica del trasporto pubblico locale come “servizio di interesse economico generale” (qualifica che, come noto, comporta il necessario bilanciamento fra principio di concorrenza e profilo sociale dei servizi pubblici e pertanto richiede la puntuale disciplina degli obblighi di servizio, delle compensazioni pubbliche e degli aiuti di stato). Fra gli innumerevoli documenti europei di natura propositiva e progettuale basti rammentare il Libro bianco del 2001 (“La politica europea dei trasporti sino al 2010”, revisionato nel 2006 e mirante al riequilibrio modale del trasporto a favore dei mezzi più ecologici, nonché al progressivo sganciamento della crescita economica dalla crescita dei trasporti) e il Libro bianco del 2011 (“Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile”), il quale tenta di coniugare l'incremento della mobilità e la riduzione delle emissioni e la cui maggiore debolezza sembra proprio la scarsa attenzione alle politiche del trasporto urbano, che pur rappresenta oltre i 2/3 della mobilità, rispetto alle quali si conferma la necessità del potenziamento del trasporto collettivo, della bicicletta e delle aree pedonali, ma si affida un ruolo strategico all'auto pulita tralasciando, dunque, i problemi di congestione, di uso dello spazio urbano e di pianificazione territoriale.

A livello statale, si assiste ad una «*regionalizzazione di competenze*» e la disciplina dei t.p.l. è tendenzialmente posta nelle mani dei singoli governi locali,

³⁸ Il riferimento è ai regolamenti CEE 1191/1969 del 26 giugno 1969 e 1893/1991 del 2 giugno 1991. Sul carattere sussidiario dell'intervento regolatorio delle istituzioni europee L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 485 e M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, diretto da S. CASSESE (a cura di), *Tratt. dir. amm., Diritto amministrativo speciale*, Tomo III, II ed., Milano, Giuffrè, 2003; sulla disciplina dei trasporti pubblici locali in Italia M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in O. BUCCI (a cura di), *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, 213 e ss. Per una panoramica comparata delle discipline statali europee ai tempi della vigenza di questi regolamenti E. MOSTACCI, G. ROMEO, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2006, 241 ss.

mentre allo Stato residuano competenze generali in materia di fissazione delle modalità di affidamento del servizio, pur entro i limiti comunitari. In Spagna e Austria, si evidenzia maggiore incidenza delle comunità autonome e i margini di differenziazione delle modalità di affidamento sono relativamente marcati. Vi sono poi ordinamenti, come ad esempio quelli francese e tedesco, dove sussiste tuttora la concorrenza dei diversi livelli di governo competenti in materia di t.p.l. Altri ordinamenti, invece, soprattutto quelli dell'Europa del nord, applicano più intensamente il principio di «*sussidiarietà verticale*» (si pensi alle contee scandinave), mentre nel caso del Regno Unito, si assiste (sin dall'avvio delle politiche liberiste dei Governi conservatori) ad un utilizzo marcato del principio di «*sussidiarietà orizzontale*», con una marcata ritrazione dello spazio pubblico ed un avanzamento massiccio dei soggetti privati, perlomeno fuori dalla conurbazione di Londra. Per quanto attiene, invece, ai «*regolatori in senso stretto*», agli stessi sono affidate funzioni di programmazione, di vigilanza e di controllo. Il primo caso europeo di esternalizzazione della programmazione in materia di t.p.l., si rinviene in Francia, nella Parigi del 1959, anche se si trattava di un organo di natura politica e non tecnica. Dopodiché, anche Germania e Paesi scandinavi, iniziarono a introdurre modelli di organizzazione «*esterni*» rispetto al classico modello ministeriale e ora quasi ogni Paese adotta moduli programmatici e organizzativi dei t.p.l. mediante l'istituzione di Autorità di settore spesso raccolte in consorzi. In Francia, le municipalità hanno autorità di settore che si occupano di trasporto, ed in Germania, si rinvencono strutture intercomunali, di area vasta ove la disciplina dei t.p.l. assume valenza ed efficacia superiori a quella che può essere considerata la tradizionale gestione di tipo localistico.

La ricerca di nuovi e più efficaci modelli organizzativi e programmatici cerca di rispondere alle nuove istanze comunitarie per la creazione del c.d. modello di «*trasporto intermodale*». È evidente che per rispondere adeguatamente, le collettività locali debbono necessariamente consentire l'individuazione di nuovi bacini ottimali e conseguentemente la regolazione perde la tipica aspirazione centralistica. L'Italia, invece, con l'istituzione di una nuova Autorità di settore dedicata ai trasporti, si pone in controcorrente rispetto agli altri Paesi membri, i quali stanno tornando al modello ministeriale o paraministeriale. L'Europa, invero, in proposito non chiede un particolare modello di autorità altra rispetto al modello ministeriale. La Francia nel 2012 ha istituito un'autorità per la qualità dei servizi nel settore dei trasporti, entro il Consiglio Generale del Ministero dell'ambiente e dell'ecologia, mentre la Spagna di recente ha accorpato ben otto organismi di garanzia, in una Commissione nazionale per il mercato e la concorrenza ed ha istituito un comitato per i trasporti. La Germania, invece, ha istituito un'autorità indipendente per il so-

lo settore ferroviario, così anche il Regno Unito, che però conserva ancora importanti competenze ministeriali in materia. Si assiste insomma ad una rinnovata preferenza per il modello ministeriale, forse anche per le note ragioni di deficit di legittimazione democratica delle autorità settoriali. Per quanto attiene alla promozione e tutela della concorrenza in materia di affidamento e gestione dei t.p.l., la stessa è ancora parziale, in quanto i processi di liberalizzazione permangono difficoltosi sia per via del fatto che la materia dei trasporti resta «*nei fatti*» un monopolio quasi naturale, sia perché, come già riferito, non politicamente neutra, atteso che la «*mobilità urbana*» interseca diritti costituzionalmente protetti (lavoro, studio, etc). Anche il legislatore comunitario, conscio di ciò, si è dimostrato cauto nel disciplinare il settore, preferendo perseguire un'apertura graduale, demandando agli Stati membri la scelta sul *quantum* e soprattutto «*sui modelli*» di regolazione da adottare. A tal proposito, i modelli di regolazione che si rinvencono nell'area europea sono molto divergenti tra loro. Il modello della regolazione «*nel mercato*» è significativamente presente solo nel Regno Unito, ove nel corso degli anni ottanta e novanta si è perseguita una forte *deregulation*. I Governi conservatori inglesi hanno lentamente eroso il monopolio pubblico a tutto favore dello spazio privatistico mediante l'adozione di un sistema autorizzatorio tanto semplice quanto efficace, che ha permesso una forte liberalizzazione, perlomeno fuori dalla conurbazione di Londra³⁹.

È interessante notare però come recentemente, proprio nel Regno Unito, si sia fatta spazio una corrente di pensiero tesa a promuovere un ritorno a forme di regolazione pubblica, mediante retrocessione al pubblico dei ruoli di pianificazione e programmazione, c.d. «*re-regulation*» del servizio; ciò, in quanto, il livello di qualità dei servizi pubblici di trasporto locale si è rivelato, nei fatti, estremamente basso senza peraltro aver ottenuto concreti vantaggi sul piano tariffario. La re-regulation però non deve far pensare ad un ritorno al passato remoto dei monopoli pubblici, atteso che si dirige comunque verso forme e modelli «*atipici*» di *franchising*, con la predisposizione di contratti standardizzati. L'altro modello regolatorio, invero più frequente, è quello della regolazione «*per il mercato*», perseguita attraverso la predisposizione di procedure concorsuali per l'affidamento del servizio. In Francia, sin dagli anni ottanta, il legislatore inizia a operare riforme volte ad introdurre la separazione tra «*autorità organizzatrice*» ed «*impresa erogatrice*». Tale assetto crea, progressivamente, un mercato chiuso, basato sull'attività di operatori pubblici e

³⁹ Londra segue il modello di regolazione per il mercato. Lo stesso si è dimostrato molto più efficace che ad esempio in Francia, perché c'è trasparenza nelle procedure di gara e di affidamento e le gare sono molto più frequenti, i contratti non troppo lunghi e le competenze dell'autorità pubblica nel momento della gara sono ampie; è quindi un modello che funziona.

(pochi) privati; si ottiene quello che la scienza economica definisce un assetto di oligopolio. A Parigi sono presenti soprattutto società pubbliche, mentre fuori dalla capitale si affermano alcuni operatori privati, ex pubblici. L'autorità per la concorrenza francese interviene ripetutamente, contestando, oltre alla posizione dominante degli operatori incumbent e l'esistenza intese orizzontali tra i maggiori operatori, anche l'esistenza di forti barriere all'entrata e quindi la presenza di un sistema statico e non dinamico di concorrenza. L'autorità per la concorrenza francese osserva che un forte elemento di barriera, spesso sottovalutato, è costituito dal *know-how*, in quanto l'autorità pubblica predispone i documenti di gara in modo vago e generico, a tutto vantaggio dell'operatore *incumbent* (che conosce perfettamente i dati), mentre per i new-comers, la vaghezza delle informazioni assume i connotati di un ulteriore costo e quindi di una ulteriore difficoltà competitiva per la proficua partecipazione alla gara. L'Autorità francese chiede quindi il rafforzamento delle competenze tecniche delle autorità che redigono l'offerta, con la previsione di adozione di moduli di trasferibilità degli attivi e del personale dall'operatore uscente a quello entrante, oltre alla «*lottizzazione dei bacini*» ed alla «*creazione di fondi*» per la promozione della concorrenza. Anche la Germania, adotta oggi il modello di regolazione per il mercato, peraltro solo dopo ripetute resistenze e numerosi richiami della Commissione UE, il legislatore ha abbandonato il modello monopolistico tradizionale (fino a qualche anno fa la gestione era demandata alle municipalizzate, e l'organizzazione era strutturata su base monopolistica). In ultima analisi, dopo questo breve excursus nel settore dei t.p.l. a livello comparato, si può dire che da recenti analisi economiche effettuate a livello europeo, sono emersi dati che mettono in crisi le note certezze comunitarie sui benefici della liberalizzazione e privatizzazione. Vero è che permane la conferma che le società pubbliche sono meno efficienti, però non vi è la conferma che la procedura di affidamento concorsuale sia migliore delle procedure c.d. «*negoziato*». Emerge insomma che, se la pubblica amministrazione intende ricercare l'operatore migliore, lo può fare anche senza operare doverosamente per la gara. Inoltre, se privatizzazione e liberalizzazione non sono sufficienti, si deve spostare tutto sulla struttura del contratto di servizio, sulle politiche di industrializzazione delle aziende che erogano il servizio, vero e proprio volano di ammodernamento del sistema e sulla distribuire del rischio. In conclusione, appare evidente il contributo comunitario al rafforzamento della posizione di indipendenza delle autorità dal potere politico e lo sforzo proteso nel cammino verso la comunitarizzazione del mercato energetico.

4. L'esperienza del Regno Unito

L'istituzione delle prime *authorities* in Gran Bretagna, avviene nel 1964, con la Commissione Fulton⁴⁰. Successivamente, durante il primo mandato del governo conservatore di Margaret Thatcher, viene istituita un'altra commissione, nota come «*Rayner Unit*», in seguito ribattezzata «*Efficiency Unit*», cui viene chiesto di formulare «*nuove proposte di riforma allo scopo di migliorare l'efficienza delle strutture amministrative del Paese*». La Commissione nel 1988 pubblica il rapporto «*Next steps*», nel quale compare per la prima volta la considerazione che le *agencies* possano occuparsi anche di «*welfare benefits*» e «*rilascio di licenze*» per attività di carattere commerciale, non solo di efficienza. La volontà di ampliare portata e competenze delle *agencies* trae scaturigine dall'avvio della stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni dei governi Thatcher e Major che, a partire dai primi anni ottanta, toccano anche il settore dei servizi pubblici, sino ad allora gestiti in regime di monopolio⁴¹. Il legislatore inglese, però, nell'enfasi di privatizzare quanto più possibile i mercati interessati, disegna un ordito normativo incoerente e privo di uniformità⁴². Da qui, l'esigenza di realizzare strumenti regolativi che intervengano nel mercato allo scopo di incoraggiarne il funzionamento, atteso che privatizzare senza liberalizzare appare operazione priva di ragione. Il legislatore si trova dinanzi a due alternative: intervenire nell'assetto interno dell'operatore «*incumbent*», frazionandolo in più imprese mediante alienazione di *assets* a diversi soggetti, ovvero lasciare intatto l'operatore monopolista, garantendone uno stretto monitoraggio, al fine di permettere l'ingresso di nuovi operatori in concorrenza. Il legislatore opta per la seconda strada e adotta il modello delle «*regulations by agencies*», anche in un'ottica di *accountability* del sistema, senza rinunciare quindi al disimpegno totale delle forze politiche⁴³. La svolta si raggiunge quando vengono affidate alle autorità di regolazione le competenze al «*rilascio delle licenze alle singole società*», per operare nel mercato. Ciò fa sì che il regolatore possa decidere «*la struttura stessa del mercato*», stabilendo caratteristiche e dimensioni dei *competitors* e soprattutto il numero degli stessi. Il legisla-

⁴⁰ Cfr. D. HAGUE, W. MACKENZIE, A. BAKER, *Public policy and private interest: the institution of compromise*, London, Macmillan, 1975.

⁴¹ Cfr. T. PROSSER, *Constitutional limitations on privatization*, in J. W. BRIDGE (a cura di), *UK Law for the millenium*, London, UKNCCL, 2000, 445 e ss.

⁴² Il settore del gas per esempio viene prima privatizzato ma non liberalizzato, e ne viene affidata la gestione all'operatore *incumbent* ancora in regime di monopolio.

⁴³ I poteri sono pur sempre trasferiti alle agenzie da parte del legislatore nella misura e nelle forme ritenute congrue; i membri delle autorità sono di nomina politica.

tore britannico, attribuisce alle autorità anche la c.d. «*public interest regulation*», che involge valutazioni di natura sociale e di efficienza redistributiva.

La scelta è dettata da ragioni pratiche e dalla struttura stessa dei mercati dei servizi essenziali, i quali hanno ad oggetto beni che incidono sullo stesso diritto di cittadinanza (che costituisce un argine al pieno esplicarsi dei meccanismi del libero mercato) e che necessitano quindi della predisposizione di adeguate forme di tutela o per lo meno di un *plafond* minimo di regolazione sociale a tutela di tali diritti, pur nella consapevolezza del possibile contrasto con l'obiettivo della massima efficienza economica dei mercati⁴⁴. L'ordinamento britannico nel medio periodo della stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni distingue tra imprese «*privatizzate semplici*», che operano nel mercato senza privilegi e senza l'aggravio di forme di protezione sociale da rispettare, e «*utilities*» che forniscono i servizi di TLC, energia, acqua e trasporti, che operano attraverso il rispetto di peculiari regole di «*must-carry*». Le *utilities* sono, per il diritto interno, soggetti privati immessi nel mercato e chiamati ad ottimizzare il profitto, e per il diritto comunitario, emanazioni dello Stato chiamate a rispettare obblighi di pubblico servizio a tutela degli utenti⁴⁵. Il legislatore dispone inoltre esplicitamente che le funzioni principali dell'organismo di regolazione e del ministero competente siano orientate principalmente alla tutela degli interessi dei consumatori, da perseguirsi anche attraverso la manipolazione delle leve dell'*advocacy* e del *public-enforcement* sulla concorrenza⁴⁶.

Con l'inizio della stagione «*New Labor*», a partire dalla seconda metà degli anni novanta, si apre l'azione di sistemazione e riconduzione ad unità del sistema e di riparazione alle inefficienze evidenziate in precedenza⁴⁷. Con

⁴⁴ P. CAVALIERE, *L'autorità di regolazione e controllo dei mercati energetici nell'ordinamento britannico*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, cit., 49 e ss.

⁴⁵ Cfr. CGCE, Sentenza 12 luglio 1990 c. 188/89, *Foster c. British Gas* e High Court, *Griffin v. South West Water Services* [1995] IRLR 15.

⁴⁶ La ratio desumibile sino a partire dal libro bianco *The Citizen's Charter* del 1991, è quella di porre comunque su due livelli di priorità la tutela del consumatore e quella della concorrenza, attraverso l'applicazione di linee di gestione manageriale ai servizi erogati in regime pubblico e dotando il consumatore di una serie di tutele e strumenti del diritto contrattuale tra soggetti privati piuttosto che tra utente ed amministrazione erogante.

⁴⁷ L'approccio è di incremento della collegialità e viene ben presto modificato il procedimento per il rilascio delle licenze, che non vengono più concesse attraverso trattazioni individuali ma attraverso la fissazione di standard generali cui tutti gli attori del mercato debbono adeguarsi. Anche sul versante della tutela dei consumatori vi sono rafforzamenti normativi che prevedono obblighi di *must-carry* per i *competitors* e clausole contrattuali standard con finalità di controllo dei prezzi ed imposizione di obblighi di servizio universale (inclusa l'imposizione di limiti alla possibilità di interrompere la fornitura ai clienti morosi).

l'avvento del nuovo millennio e l'introduzione dello «*Utilities Act*», si assiste ad un ulteriore rafforzamento dei ruoli e delle competenze delle *authorities*.

Oggi le due autorità di controllo sui settori del gas e dell'elettricità sono state accorpate in un nuovo ente, l'«Ofgem»⁴⁸, organismo dotato di un buon livello di efficienza e indipendenza. Ancora oggi tuttavia il Ministero dell'Interno non è stato spogliato di responsabilità specifiche ed anzi, la legge fondamentale prescrive che Ministero e Ofgem cooperino nell'adempimento delle loro mansioni per il conseguimento dei fini preposti. Inizialmente, non era prevista l'applicazione degli standard espressi dal libro bianco del 1991 «*The Citizen's Charter*» anche ai servizi erogati in regime di privatizzazione; tuttavia è stata affidata ai regolatori di settore anche la sorveglianza sul rispetto di tale normativa⁴⁹. Dal punto di vista strettamente giuridico, non è possibile parlare di poteri regolatori dell'Ofgem⁵⁰, se non in senso lato, atteso che gli standard imposti non hanno la stessa efficacia vincolante delle fonti del diritto nella consueta accezione del termine; non sono norme di diritto pubblico, ma hanno valenza all'interno di «*due rapporti sinallagmatici distinti*», tra autorità e compagnia e tra compagnia e consumatore, come obblighi contrattuali che il prestatore di servizio è tenuto a rispettare nei confronti del consumatore. L'Ofgem, oltre a compiti di «*watch-dog*», ha anche compiti di predisposizione della normativa di dettaglio, atteso che «*l'impianto generale relativo agli obblighi di servizio*» è stabilito dal legislatore ed ha quindi rango primario⁵¹. L'autorità ha invece un adeguato margine di manovra sulle licenze, in quanto vigila sul rispetto degli obblighi specifici e può negare o revocare una licenza⁵². Si desume agevolmente che il primo obiettivo in ordine di importanza imposto all'autorità è quello di garantire la tutela dei consumatori *in primis* e la vigilanza del mercato *in secundis*, tanto nel segmento all'ingrosso che in quello al consumo. La prima fonte normativa di rilievo in argomento è il «*Competition Act*» del 1998, che istituisce una competenza condivisa tra

⁴⁸ Al vertice della struttura dell'Ofgem c'è il *Gas and Electricity Markets Authority*, che fissa obiettivi e strategie sulla fissazione dei prezzi e sulle misure di *enforcement*. Il Gema è l'unico organo dotato di poteri normativi ed esecutivi. La disciplina di funzionamento dell'Ofgem è affidata all'*Utilities Act 2000*.

⁴⁹ A. BARRON e C. SCOTT, *The Citizen's Charter Programme*, in *Modern law review*, 1992, 526 e ss.

⁵⁰ CAVALIERE, *L'autorità di regolazione e controllo dei mercati emergenti nell'ordinamento britannico*, cit., 63 e ss.

⁵¹ Cfr. *Gas Act 1986*, *Electricity Act 1989*, *Utilities Act 2000*.

⁵² I requisiti per il rilascio della licenza sono due a carattere economico ed uno a carattere sociale: rispetto delle garanzie finanziarie e solidità dell'azienda; garanzie funzionali e di continuità del servizio; forme adeguate di tutela per le fasce deboli della popolazione, primario scopo dell'attività regolatoria.

Ofgem e OFT (*Office of Fair Trading*) in merito a quali casi debbano essere considerati infrazioni del diritto della concorrenza. La giurisdizione dell'Ofgem nella tutela della concorrenza si estende a tutte le attività commerciali connesse con la generazione, la trasmissione o fornitura di energia elettrica: trasporto, spedizione e fornitura ed altre attività non soggette ad obbligo di licenza. L'Ofgem è dotata in tali casi di poteri investigativi, ha facoltà di porre in essere misure transitorie e di dare disposizioni per porre fine all'infrazione, ricevere impegni vincolanti da parte dei soggetti regolati ed imporre sanzioni pecuniarie⁵³. L'Ofgem è tenuta ad applicare anche il diritto comunitario, pur se i due ordinamenti e i due regimi di *enforcement* si mantengono separati, non senza problemi per i casi in cui l'autorità proibisce condotte lesive del diritto nazionale, considerate lecite sotto il profilo del diritto comunitario. Per quanto attiene all'annosa questione dell'impugnabilità delle decisioni para-giurisdizionali dell'autorità, l'ordinamento britannico si caratterizza ancora oggi per una certa fluidità e incoerenza; una prima forma di impugnazione è quella affidata al ricorso all'autorità *antitrust*, da parte del solo soggetto detentore della licenza, per la quale l'Ofgem propone modifiche ritenute lesive⁵⁴. Per quanto attiene invece alle impugnazioni tradizionali presso le corti giurisdizionali, pur con le dovute incertezze, il sindacato è qualificabile come di legittimità e volto a scrutinare la sola correttezza della procedura. Il regolatore è tenuto in ogni caso al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, pur nel riconosciuto spazio di discrezionalità insindacabile; anche tale aspetto è sindacabile da parte del giudice. Un aspetto interessante dal punto di vista comparato è legato al dibattito apertosi in seno alla dottrina britannica relativamente al rispetto, da parte degli operatori in regime di privatizzazione, dei diritti fondamentali come disposti dallo «*Human Rights Act*» del 1998, esplicitamente vincolante per le sole amministrazioni pubbliche.

La giurisprudenza inglese ha accolto la distinzione tra «*core*» e «*hybrid public authorities*», ossia tra quei soggetti che sono sicuramente di diritto pubblico e quelli che non possono essere considerati tali se non in parte⁵⁵. A tal proposito, per distinguere quando un soggetto, pur di natura privata, debba ritenersi vincolato al rispetto dell'HRA, vanno considerati più elementi sin-

⁵³ L'ammontare delle sanzioni viene determinato secondo gli standard applicativi dell'OFT; se un medesimo comportamento viola il diritto interno e quello comunitario, la sanzione rimane singola.

⁵⁴ Cfr. per una critica a questa forma di tutela sui generis e unilateralmente offerta al regolatore ma non ai terzi, T. PROSSER, *Regulation, markets, and legitimacy* in J. JOWELL e D. OLIVER (ed.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 339 e ss.

⁵⁵ Cfr. *ex multis*, *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Walbank* [2004] 1 A.C. 546.

tomatici, come l'attribuzione *ex lege* di poteri, l'incidenza di finanziamenti pubblici nell'esercizio dell'attività del soggetto, la provvisione di servizi altrimenti da ritenersi pubblici o l'esercizio di mansioni solitamente esercitate dal Governo o dalla P.a. A seconda della scelta, cambia l'intensità del sindacato della Corte e dunque il tipo di tutela offerta. La giurisprudenza maggioritaria non ritiene i servizi privatizzati assoggettabili allo stesso regime di quelli pubblici e dunque l'HRA non è applicabile a tali fattispecie. La linea di demarcazione individuata dai giudici risiede nella differenza tra «fornire» e «organizzare» un servizio; la seconda categoria, che comprende sia l'*outsourcing* che i servizi privatizzati in regime di concorrenza, finisce per avere un sindacato di minore intensità⁵⁶. Per quanto riguarda le altre autorità indipendenti britanniche, occorre tenere conto che molti altri servizi di interesse generale sono stati liberalizzati e che pertanto si è reso necessario affidare ad organismi qualificati la regolazione dei relativi mercati. I soggetti della regolazione richiamati, condividono la medesima ratio istitutrice dell'Ofgem, pur con qualche differenza. Vi sono però alcuni casi in cui le differenze sono tali da poter essere definite divergenze, come per i casi delle telecomunicazioni⁵⁷ e dei trasporti. È il caso di soffermarsi brevemente sul settore dei trasporti nell'ordinamento britannico⁵⁸, sia perché esempio paradigmatico di deregolazione di un SIEG nel contesto europeo, sia per via del dibattito apertosi di recente in Inghilterra sull'opportunità di un ritorno ad una regolazione più stringente del settore (c.d. *re-regulation* del servizio)⁵⁹.

Il settore dei trasporti in Inghilterra è organizzato per «*traffic areas*»⁶⁰. Prima della istituzione dei *Traffic Commissioners* e quindi della liberalizzazione del settore, il *Traffic Act* del 1968, aveva istituito due autorità con funzioni di indirizzo e programmazione e di controllo dell'attività⁶¹; pertanto il servizio era stato reso pubblico. Il settore era poi stato liberalizzato con il *Traffic Act* del 1985, ma le autorità di settore mantenevano poteri di emanazione di atti a contenuto pianificatorio generale e definivano i requisiti che i servizi doveva-

⁵⁶ Cfr. P. CRAIG, *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2008, 577 e ss.

⁵⁷ Nel settore delle telecomunicazioni, lo strumento delle licenze individuali è stato sostituito dalla fissazione di condizioni generali di servizio, vincolanti per tutti gli operatori, da parte dell'autorità denominata Ofcom. Inoltre, per quanto concerne la protezione degli utenti, mentre nel settore dell'energia sono stati istituiti organi ad hoc, qui è previsto un panel interno all'autorità invece che un soggetto indipendente.

⁵⁸ Si tenga presente che qui si ha riguardo al trasporto su gomma e non su rotaia. Il settore dei trasporti è infatti eterogeneo ed costituito dal trasporto su gomma e su rotaia e per il primo nell'ordinamento britannico sono costituite norme differenti a seconda del contesto interessato.

⁵⁹ Cfr. a tal proposito J. HIBBS, *The danger of Bus Re-regulation*, Londra, IEA, 2005.

⁶⁰ Cfr. Transport Act 1985 e successivamente il Local Transport Act 2008.

⁶¹ Si tratta della *Passenger Transport Authority* e della *Passenger Transport Executive*.

no soddisfare (si tratta sostanzialmente del rispetto di standard minimi di qualità). Con il *Transport Act* 2000 si è costituita la «*Integrated Transport Authority*» e sono state modificate le competenze della «*Executive*». La liberalizzazione dei trasporti ha come conseguenza la distinzione tra «attività economicamente vantaggiose» e «non economicamente vantaggiose». Per le prime (denominate *commercial*) l'apertura alla concorrenza non è problematica, in quanto dotate di forte *appeal* negli operatori, mentre per le seconde (denominate *supported*) continua la necessità di un finanziamento pubblico di supporto a cagione del deficit di *appeal*. Ciascun operatore è libero di esercitare la propria attività sulle tratte che ritiene, a seguito della mera registrazione in un pubblico registro gestito dai *Traffic Commissioners*. L'Autorità di trasporto emana atti a contenuto pianificatorio tesi a individuare le prestazioni non coperte dall'iniziativa dei privati, attraverso procedure informali per le quali è garantita la massima partecipazione procedimentale. La stessa deve effettuare le comunicazioni alle altre autorità di trasporto, agli enti locali interessati e agli operatori commerciali che svolgono la loro attività nell'area interessata dall'atto pianificatorio e gestionale. Il *Transport Act* 2000, è stato modificato dal *Local Transport Act* 2008, mediante il quale sono stati riattribuiti incisivi poteri alle autorità sopra richiamate, le quali ora possono incidere direttamente sugli assetti di organizzazione del servizio nelle aree di riferimento, mediante gli strumenti della *quality partnership* e del *quality contract*⁶².

Il *Transport Act* 2000, con lo strumento del *quality contract*, ha previsto la facoltà per le autorità di trasporto di instaurare un nuovo regime di esclusiva in alternativa alla struttura sopra descritta. Si tratta di una modalità di regolazione molto più incisiva, attraverso la quale l'autorità competente può attribuire ad un operatore il diritto di operare in esclusiva in un determinato contesto spaziale. Dapprima la scelta discrezionale dell'amministrazione era delimitata dalla predeterminazione, da parte del legislatore, di due requisiti specifici; l'amministrazione doveva dimostrare che il ricorso a tale strumento era l'unica via praticabile e doveva altresì fare in modo che ciò ingenerasse un efficientamento del contesto di riferimento. In seguito tali requisiti sono stati sostituiti con altri criteri più razionali volti comunque a valutare la correttezza dell'operato amministrativo in ordine all'esclusione del servizio dal regime ordinario della concorrenza. La modifica dei requisiti agevola l'*agere* amministrativo e vede l'intervento amministrativo non più relegato ad ipotesi marginali ed eccezionali. La possibilità di ricorso all'affidamento in esclusiva pertan-

⁶² Si tratta di provvedimenti coi quali si individuano gli interventi strutturali da eseguire nell'area interessata a fronte dell'impegno degli operatori privati di garantire standard di servizio determinati. Tali provvedimenti possono essere adottati solo se servono e sono utili a migliorare la qualità dei servizi e migliorare la salubrità dell'ambiente.

to è oggi ipotesi percorribile purché sussistano i suesposti requisiti introdotti dal legislatore.

Oggi quindi, accanto al generale assetto liberalizzato, è individuato un assetto di tutela con facoltà per le autorità amministrative di procedere alla instaurazione di un regime di monopolio legale. Lo strumento è tuttavia scarsamente utilizzato per molteplici ragioni sia economiche che giuridiche⁶³. La disciplina britannica conferma comunque l'abolizione del sistema autorizzatorio con la sostituzione del mero obbligo di iscrizione in un pubblico registro detenuto dall'organismo di regolazione. Anche per quanto attiene all'ambito c.d. supportato, emerge una forte tendenza alla semplificazione amministrativa e alla predeterminazione dei criteri di esercizio del potere discrezionale delle autorità pubbliche. Spicca ancora oggi l'assenza della «*consumer protection*» tra le *missions* attribuite all'autorità di regolazione dei trasporti, nel confronto con l'assetto proprio del settore dell'energia sopra analizzato.

5. *L'esperienza francese*

L'ordinamento francese non si discosta dalla tendenza riscontrata negli altri paesi comunitari nel corso degli ultimi decenni. Anche in Francia il modello delle autorità indipendenti ha riscontrato notevole successo, seppure inizialmente l'introduzione era volta perlopiù a incrementare la protezione delle libertà pubbliche e non già o per lo meno non solo al fine di introdurre diverse modalità di regolazione dell'economia⁶⁴. L'introduzione delle varie *autorités*, è avvenuta almeno inizialmente in modo disordinato⁶⁵ e come risposta alla crisi dello Stato imprenditore ed a specifiche esigenze contingenti⁶⁶. La Francia si caratterizza per essere un paese tradizionalmente riluttante a rinunciare a potestà amministrative in favore di istituzioni politiche ed economiche esterne allo stesso apparato governativo. Il discorso può essere esteso anche al settore

⁶³ Il timore delle Autorità è quello di un massiccio ricorso alla tutela giurisdizionale da parte degli operatori privati e quindi un incremento del contenzioso ed anche la difficoltà obiettiva determinata dal timore di forti costi di transizione del mercato storicamente ormai privatizzato e quindi consolidato in un assetto fortemente liberalizzato.

⁶⁴ J.D. DREYFUS, *Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)? Approche phénoménologique*, in B. BOULOC (a cura di), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, 9 e ss.

⁶⁵ La dottrina francese è stata a lungo impegnata in un'opera di ricomposizione di questa frammentazione e ha adottato una definizione accurata delle stesse mediante la riconduzione a categorie omogenee in grado di distinguere tra autorità settoriali e autorità generali.

⁶⁶ M. A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autoités administratives indépendantes: l'état des lieux*, in *Rapport établi par le sénateur P. Gélard pour l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, 2006, n. 5-1-1.

dei servizi pubblici, nel quale lo Stato francese si propone come tutore della collettività al fine di garantire continuità del servizio, adattamento e uguaglianza, secondo la nota distinzione tra servizi pubblici amministrativi e servizi pubblici industriali e commerciali, caratterizzati dalla presenza di interessi economici e pubblici rilevanti⁶⁷, e sottoposti per quanto possibile – a norme di diritto privato. Nonostante lo Stato francese si concepisca ancora come garante della collettività e dell'*intérêt général*⁶⁸, successivamente all'adozione delle prime direttive comunitarie sul mercato dell'energia⁶⁹, si è aperto un acceso dibattito, sia sul versante politico che su quello giuridico, che è culminato nella decisione di creare autorità amministrative indipendenti⁷⁰.

La creazione di *authorities*, non ha comunque impedito allo Stato francese di rimanere protagonista nel settore dei servizi di interesse generale. Si pensi ad esempio ai trasporti pubblici, per i quali a differenza che in Inghilterra il coinvolgimento dello Stato francese è ancora fortissimo e la liberalizzazione del settore⁷¹, non ha impedito la formazione di un oligopolio, nel quale i principali protagonisti sono società a partecipazione pubblica totale o maggioritaria⁷². Identico discorso vale per gli altri SIEG, tra cui idrico e raccolta dei rifiuti, per i quali nelle aree urbane si ricorre al sistema della *délégation*⁷³, mentre nelle zone extraurbane e rurali la gestione è affidata alle municipalità ovve-

⁶⁷ M. LOMBARD, "Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire: les contraintes du droit de la concurrence", in *Revue française d'administration publique*, 2007, 573 e ss.

⁶⁸ La gestione dei servizi di interesse generale in Francia ha comunque attraversato anche prima dell'avvento del diritto comunitario spinte liberalizzatrici e di privatizzazione; non si dimentichi la nota distinzione (peraltro ripresa di recente dalla nostra Corte costituzionale mediante la nota Sentenza del 2009) tra servizi pubblici *administratifs* (interamente sottoposti a regime di diritto amministrativo) e *industriels et commerciaux* (sottoposti ad un regime misto pubblico-privato, che combina elementi di diritto amministrativo ed elementi di diritto privato legati alla natura industriale del servizio) si deve alla giurisprudenza amministrativa francese del XX secolo (Tribunal des conflits, 22.01.1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain*).

⁶⁹ Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

⁷⁰ D.M. TRAINA, *I servizi pubblici locali in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 879 e ss.

⁷¹ Avvenuta per mezzo della Legge n. 1993-122, del 29 gennaio 1993, c.d. loi Sapin.

⁷² E. MOSTACCI e G. ROMEO, *La regolazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 944 e ss.

⁷³ Il sistema delle *délégation* prevede la costituzione di *Régies* municipali, ossia società di diritto privato riconducibili a grandi colossi misti pubblico-privati o privati.

ro a consorzi fra più enti locali⁷⁴. Per quanto riguarda il settore dell'energia elettrica, seppure le attività della filiera siano liberalizzate e sottoposte ad un regime di autorizzazione, il sistema nei fatti è ancora soggetto al dominio dell'ex-monopolista⁷⁵. Nel mercato del gas invece il ruolo dominante è svolto da un partenariato pubblico-privato nato dalla fusione tra *Gaz de France* e *Suez*⁷⁶. In entrambi i settori, gli interessi pubblici sono fatti valere anche attraverso la partecipazione degli enti locali e delle loro *Régies*, che a livello locale concentrano i segmenti di distribuzione e fornitura di energia e gas⁷⁷. La scelta francese, come anticipato, è caduta sulla creazione di autorità amministrative indipendenti con poteri di tipo regolatorio. La creazione di tale organismo non è maturata per il solo effetto delle direttive comunitarie⁷⁸, anzi, il dibattito si è focalizzato proprio su come conciliare l'applicazione del diritto comunitario con la consueta concezione di servizio pubblico interna⁷⁹.

Le scelte del Governo si sono indirizzate nel bilanciare esigenze di liberalizzazione e concorrenzialità con il rispetto degli altri interessi pubblici coinvolti. Con la legge intitolata «à la modernisation et au développement du service public de l'électricité», si è optato per la creazione di un organismo indipendente chiamato a vigilare il mercato del servizio pubblico di fornitura di gas ed elettricità, anche se per almeno un decennio, lo stesso si è dovuto confron-

⁷⁴ Cfr. L. BRACCHITTA, E. STEFANINI e A. TARZIA, *I servizi idrici in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 853; M. MAZZA e G. RANDO, *La gestione dei rifiuti nel diritto comparato dei servizi pubblici locali*, in *diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 913 e ss.

⁷⁵ La *Électricité de France* (EDF) è stata creata nel 1946 dallo Stato attraverso la nazionalizzazione di un certo numero di aziende del settore. Ad oggi seppur divenuta una società per azioni di diritto privato, rimane di proprietà dello Stato che detiene il 70% almeno del capitale sociale per legge (legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006. EDF concentra ancora diverse attività integrate, quali produzione, gestione della rete nazionale e locale, seppur attraverso altre società del gruppo.

⁷⁶ La privatizzazione di GDF è iniziata con la legge n. 2004-803 del 9 agosto 2004, che ha previsto la trasformazione in società privata della stessa con cessione di un massimo del 30% delle azioni. In seguito al tentativo di scalata di Suez da parte di Enel, è stata autorizzata con legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006, la fusione con GDF. Tale operazione ha comportato una riduzione della partecipazione statale nella nuova società ben al di sotto della soglia del 50%. GDF-Suez svolge tuttora attraverso società controllate anche le funzioni di gestore della rete di trasmissione e di molte reti locali di distribuzione.

⁷⁷ L. RICHER, «*La régulation et les collectivités locales: l'exemple de l'électricité*», in *Cahiers juridiques de l'électricité et le gaz*, 607, 2004, 109 e ss.

⁷⁸ Cfr. C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence. Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, t. I, 320 e ss.

⁷⁹ Cfr. F.F. LISSOUCK, «*La régulation des services publics en réseau: réflexions sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public*», in *Droit prospectif*, 841 e ss.

tare con un assetto non chiaro che provocava oscillazioni e incertezze nel bilanciamento tra opposti interessi. In principio la legge n. 2000-108 del 10 febbraio 2000, ha creato la «*Commission de régulation de l'électricité*», investita di tutte le funzioni, compresa quella regolamentare, per soddisfare le esigenze comunitarie. Nel 2003, con la legge 3 gennaio, n. 8, è stato esteso il modello al settore del gas e la Commissione ha preso il nome attuale di CRE, «*Commission de régulation de l'énergie*», mentre nel 2004, con la legge n. 1485, è stata riconosciuta personalità giuridica e autonomia finanziaria alla stessa. Il sistema così delineato è entrato però in crisi proprio «*sui compiti regolatori*» e sulla questione delle «*tariffe regolamentate*», ed il braccio di ferro politico è culminato nella legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006, che ha proceduto a modificare la composizione dell'autorità e le norme sull'indipendenza, riconducendo sotto il controllo politico l'attività dell'autorità, mediante l'allargamento del collegio della *Commission* e la creazione di un secondo collegio con compiti di soluzione delle controversie, optando inoltre per la cancellazione della personalità giuridica dell'autorità. La legge 2006-1537, delinea la mission istituzionale dell'autorità ed estende le competenze regolatorie al settore del gas, introducendo anche una sorta di gerarchia fra interessi con vertice la tutela dei consumatori. Sui singoli poteri dell'autorità, la legge 2000-108, affida all'organismo poteri regolatori, consultivi, informativi, di controllo, giustiziali e sanzionatori. La *Commission* ha un potere di proposta sulle decisioni del governo in tema di servizio pubblico, quando queste abbiano un riflesso sul mercato. La CRE può fare delle proposte motivate sulle tariffe di utilizzazione delle reti di trasporto e di distribuzione, ai ministri competenti per l'energia, che entrano in vigore come decisioni ministeriali, se nel termine di due mesi nessun ministro si oppone. La CRE ha il potere di approvare il piano annuale di investimenti per lo sviluppo della rete di trasporto e distribuzione predisposto dal gestore; pubblica un rapporto annuale sull'applicazione del codice di buona condotta, diretto a prevenire i rischi di pratiche discriminatorie nell'accesso alle reti predisposto dal gestore e controlla il rispetto delle norme sulla separazione contabile tra i rami d'azienda che svolgono diverse attività della filiera nei settori di gas ed elettricità.

Per quanto riguarda i poteri regolatori, gli stessi sono delimitati nell'oggetto e nei contenuti dalla legge e dal potere regolamentare governativo. Nella maggior parte dei casi lo stesso è subordinato all'intervento di un «*décret*», il cui contenuto può solo essere completato e precisato dall'autorità.

Ne risulta un'autorità dagli spazi ridotti e delimitati se confrontata con gli organismi omologhi presenti in altri Stati membri. Altro aspetto delicato è il rapporto con le altre amministrazioni indipendenti che ha generato spesso incertezze negli operatori e contrasti culminati in contenzioso. In generale spetta

alle autorità politiche e al governo la determinazione della politica energetica e la regolazione del servizio pubblico; all'autorità di regolazione settoriale le funzioni relative all'apertura del mercato; all'autorità della concorrenza il controllo della repressione delle pratiche anticoncorrenziali. Nella pratica questi tre livelli di governo finiscono spesso per intersecarsi.

Per quanto attiene alle competenze giurisdizionali, prima della legge 2006-1537 il medesimo collegio era competente a esercitare sia i poteri regolatori che giustiziali, mentre ora vi sono due collegi, proprio per evitare che regolatore e attuatore si trovino ad essere il medesimo soggetto.

Il controllo sugli atti della CRE è sia preventivo, da parte del Parlamento, che successivo, da parte del giudice amministrativo.

6. *L'esperienza tedesca*

Anche in Germania, il passaggio dallo Stato imprenditore a quello regolatore è stato difficoltoso, non privo di ostacoli e battute d'arresto, soprattutto nel settore dei servizi a rete, ancora fortemente integrati. Il diritto comunitario è stato un forte volano del cambiamento e la scelta di fissare alcuni principi quadro senza imporre un modello unico di autorità indipendente ha sortito i risultati auspicati anche in uno Stato fortemente federale come quello tedesco: il forte assetto decentrato ha convinto il legislatore tedesco ad optare per la compresenza di due modelli di autorità indipendente, al fine di garantire contemporaneamente il rispetto dei principi comunitari e le caratteristiche dell'ordinamento nazionale. Oggi si possono isolare due tipologie di *authorities*: politico-amministrative e indipendenti. Le prime sono fortemente integrate all'apparato governativo, mentre le seconde esercitano i propri poteri di regolazione indipendentemente dalla sfera governativa, sia anteriormente che posteriormente all'evento anticoncorrenziale. Fino al 2005 vi era una terza autorità, quasi giurisdizionale, che agiva «*in the scale of government intervention*»⁸⁰, e l'intervento regolatore si realizzava solo a posteriori, in casi di conflitto o per prevenire abusi di posizione dominante⁸¹. In materia di concorrenza e liberalizzazione vi sono due autorità, il *Bundeskartellamt* (BKartA) e la *Monopolkommission*, ed entrambe sono disciplinate dal GWB (*Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Il BKartA è un'autorità indipendente federale di livello superiore, con compiti di garanzia di rispetto e di applicazione della

⁸⁰ B. EBERLEIN, *To regulate or not to regulate electricity: explaining the German Sonderweg in the EU context*, in *Journal of Networking Industries*, 2, 2001, 353 e ss.

⁸¹ E. BERTOLINI, *Le autorità di regolazione nei servizi pubblici locali in Germania*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, cit., p. 77 e ss.

GWB nei vari settori dell'economia tedesca al fine di evitare la formazione di cartelli, controllare le fusioni, le pratiche abusive e le posizioni dominanti. Essa svolge il proprio ruolo tramite due procedure: il comminamento di ammende amministrative forfettarie e l'attivazione dei procedimenti amministrativi, ed è associata al *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (BMW). Accanto all'autorità federale vi sono anche autorità locali e ogni Land è dotato di una propria autorità della concorrenza, il *Landeskartellamt*, a competenza territoriale limitata al territorio (qualora gli effetti di una violazione della GWB non si limitino al Land, diventa competente il BKartA. Nonostante l'associazione al BMW, la natura indipendente dell'autorità è salvaguardata sia dal fatto che le decisioni sono assunte sulla base di criteri assolutamente tecnici sia dal fatto che il ministero non esercita praticamente mai la propria facoltà di intervento. Per quanto attiene al mercato energetico (elettricità, gas, telecomunicazioni, poste, ferrovie) assieme al BKartA vi è un'altra autorità, la BnetzA, che ha poteri di natura concorrenziale soprattutto per quanto concerne il TPA (*third party access*). Le decisioni emesse dal BKartA sono ricorribili presso l'OLG (*Oberlandesgericht*) territorialmente competente e in appello presso il BGH (*Bundesgerichtshof*). Per quanto attiene invece alle decisioni in materia di fusioni è ammissibile un altro ricorso al *Ministererlaubnis* (per ottenere la c.d. autorizzazione ministeriale). Se l'autorità nega l'autorizzazione può essere esperito ricorso al BMW, per ottenere «un'autorizzazione speciale» sulla base di ragioni di interesse generale. La *Monopolkommission* è un organo indipendente, ausiliario, competente in materia di competizione e regolazione della concorrenza, in particolare in materia di telecomunicazioni, poste, energia e ferrovie.

L'esperienza tedesca nel settore dei SIEG, specificamente nel settore energetico, risulta molto interessante ai fini di un'analisi comparata, atteso che il processo di liberalizzazione del mercato energetico produce la contemporanea presenza di due differenti modelli di regolazione e rappresenta per lungo tempo un *unicum* a livello comunitario. In Germania, la dottrina considera l'anno 2005 come lo spartiacque tra il passato (orientato verso il modello politico-amministrativo, pur con richiami a quello quasi giudiziario) e il presente (orientato al modello della regolazione indipendente), in quanto anno di creazione dell'autorità preposta alla regolazione, fra le altre cose, del mercato energetico, «la BNetzA». L'istituzione di detta autorità, segna l'abbandono della mera regolazione *ex post* a quella anche *ex ante*⁸². Invero, l'assetto che emergeva dopo la prima riforma del mercato energetico era di «regolazione senza autorità di regolazione», in quanto le autorità della concorrenza non po-

⁸² A. PICOT (a cura di), *10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland*, München, Verlag C.H. BECH, 2008.

tevano essere qualificate come autorità di regolazione del settore energetico, attesa la sostanziale diversità di ruoli (le prime infatti detengono compiti di verifica del rispetto del diritto alla concorrenza, ed hanno essenzialmente operatività *ex-post*, mentre le seconde detengono poteri più incisivi e discrezionali, ed operano anche *ex-ante*). Il modello tedesco pre-2005 era dunque caratterizzato dalla compresenza di più autorità che operavano nei vari settori della regolamentazione del mercato energetico. In tale assetto il ministero dello sviluppo e della tecnologia (BMW_i) era l'organo di vertice, deputato al controllo ed alla regolamentazione tecnica (norme tecniche e standard di sicurezza delle installazioni e degli impianti dell'approvvigionamento). Per quanto atteneva invece all'accesso dei terzi alla rete (TPA), ai monopoli naturali ed alle tariffe, la competenza era affidata ai singoli operatori ed all'antitrust (BKartA). In materia di diritto della concorrenza, invece, la competenza era affidata al BKartA e a livello di Land ai *Landeskartellämter*. Una parte della dottrina tedesca qualificava tale assetto come «autoregolatorio» (i singoli operatori negoziavano tra loro le modalità di regolamentazione del settore), «quasi-giudiziario», di natura sussidiaria, correttiva e di esclusiva regolamentazione *ex-post*. L'assetto multilivello sopra delineato non era però soddisfacente, in quanto l'intervento della BKartA era poco incisivo e complementare al sistema di autoregolazione, mentre l'intervento giurisdizionale era interpretato come *extrema-ratio*, da utilizzare solo nell'eventualità in cui la negoziazione fosse fallita. Il sistema così delineato entra in crisi successivamente all'adozione delle direttive comunitarie del 2003. Il 31 agosto 2003, il ministero BMW_i, sospende l'attività della BKartA in materia energetica, nell'attesa di creare un'autorità specializzata, che prenderà il nome di BNetzA (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*), e che nascerà dalle ceneri dell'autorità delle telecomunicazioni o RegTP (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*). Nel 2005 viene adottata la «*Zweites Gesetz zur Neuordnung der Energiewirtschaftsrechts*», per la definitiva apertura del mercato dell'energia e che, in tema di accesso alle reti, sostituisce l'accesso negoziato (di fatto escluso dalla direttiva 2003/55/CE) con quello regolamentato e istituisce la BNetzA. Il compito della nuova legge è quello di istituire un mercato dell'energia improntato alla concorrenza, dove il rispetto delle regole è affidato ad una amministrazione indipendente e terza, in grado di garantire e sovraintendere alla realizzazione di un mercato non discriminatorio e concorrenziale⁸³. La creazione di siffatta autorità, segna il passaggio da una logica quasi giudiziaria ed *ex-post* ad una di regolazione indipendente (pur con i consueti problemi di cumulo di funzioni esecutive, legislative e giudiziarie, oltre al

⁸³ T. VON DANWITZ, *Regulation and liberalization of the European Electricity Market – A German View*, in *Energy Law Journal*, 2006, 423 e ss.

quantum di reale indipendenza e di rispetto dei principi di democraticità che affliggono, come noto, la categoria⁸⁴) con capacità decisionale svincolata da logiche politiche e con combinazione di interventi *ex-ante* ed *ex-post*. Oggi coesistono due *authorities*, la BNetzA e la BKartA, che si ripartiscono le competenze, scambiandosi informazioni e assicurando il rispetto e la corretta applicazione del «GWB» nel mercato, in un assetto che la dottrina tedesca chiama di «*Kombinationsmodell*». Nel settore energetico non si applicano i par. 19 e 20 del GWB, sulle pratiche abusive e discriminatorie e la regolazione tecnica opera prevalentemente *ex-ante*, mentre quella concorrenziale opera prevalentemente *ex-post*. Accanto all'autorità federale, anche nel settore energetico sono previste autorità locali, le «*Landesregulierungsbehörden*» (LRegB). Al BMWi spetta oggi un compito di mera supervisione del settore energetico, mentre alla *Monopolkommission* spetta la vigilanza sull'effettivo sviluppo della concorrenza e dell'applicazione del GWB e della EnWG. Quanto ai poteri delle «*Regulierungsbehörden*», essi sono disciplinati dalla EnWG. Prima di effettuare una disamina per singola autorità, conviene esaminare brevemente il sistema di riparto di competenze tra i due livelli di governo (federale e statale). È previsto un doppio criterio di riparto tra autorità federale e autorità dei singoli Lander: il criterio del «*numero di clienti*» (gli erogatori con meno di 100.000 clienti rientrano sotto il controllo delle autorità locali) ed il criterio della «*territorialità delle reti*» (se superano i confini del Land, rientrano nella competenza dell'autorità statale). In generale, la EnWG prevede un elenco di competenze specifiche per le LRegB, cosicché la competenza della BNetzA è qualificabile come di tipo residuale. Le LRegB, vantano un importante ruolo in tema di accesso alle reti, in quanto si occupano di rilasciare le autorizzazioni agli operatori del settore (oltre a sorvegliare il rispetto della normativa tecnica e delle misure di approvvigionamento energetico). Il rilascio dell'autorizzazione avviene sulla base di condizioni non discriminatorie, oggettive e trasparenti, ed è negato solo in caso di mancato adeguamento ai requisiti di legge (capacità tecnica ed economica, solidità di impresa e possibilità di operare nella rete in sicurezza). La BNetzA, invece, è dotata di poteri di natura regolatoria: può emanare regole vincolanti per gli operatori di rete e per i fornitori, soprattutto in materia di accesso alle reti (fissa la normativa di dettaglio soprattutto nel

⁸⁴ Cfr. sul punto M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005 e anche F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003. In Europa invece, S. WILKS e I. BARTLE, *The Unanticipated Consequences of creating Independent Competition Agencies*, in *West European Politics*, 25, 1, 2002, 148 e ss. Per quanto riguarda il rischio di cattura da parte dei c.d. *veto players*, cfr. M. THATCHER, *Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 9, 6, 2002, 954 e ss.

settore dell'*upstream*, tramite strumenti di *soft law*, quali ad esempio accordi con le associazioni degli operatori delle reti). Oggi il territorio nazionale è suddiviso in «*diciannove aree*», nelle quali possono operare più imprese del segmento della fornitura locale. Tale modalità pro-competitiva, detta del «*doppio contratto o entry-exit*», è incentivata dalla BNetzA, al fine di dare massima attuazione alla concorrenza e trarre i maggiori benefici per i clienti finali. La BNetzA ha inoltre competenza anche in materia tariffaria, dove approva le tariffe d'accesso alle reti e fornisce attività di *benchmarking* dei prezzi. In materia tariffaria è stata prevista una regola peculiare di inversione dell'onere prova, per la quale è stato trasferito sui gruppi energetici l'obbligo di fornire tutta la documentazione richiesta dalla BNetzA (la quale può agire anche ex ante), e di provare che i loro prezzi sono equilibrati e concorrenziali e non viceversa.

7. Considerazioni conclusive

Dopo aver affrontato, nei paragrafi precedenti, l'analisi di alcuni dei principali SIEG nel contesto europeo, uno sguardo alla nuova direttiva sulle concessioni 2014/23/UE, del 26 febbraio 2014, entrata in vigore il 17 aprile 2014 (gli Stati membri potranno attendere però fino al 18 aprile 2016 per recepirne il contenuto), permette di tirare le fila del discorso. La difficoltosa apertura alla concorrenza nel settore dei SIEG, da parte delle istituzioni comunitarie, è dovuta da un lato alla presenza, nei rispettivi Stati membri, di esperienze obiettivamente diverse quando non immediatamente riproducibili e quindi difficilmente armonizzabili da parte del legislatore comunitario e dall'altro, come si è potuto chiarire *supra*, dalla tradizionale presenza di monopoli pubblici giustificati dal fine di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario della gestione dei servizi e dalla natura stessa dei principali servizi pubblici a rete, per i quali la duplicazione delle infrastrutture è antieconomica o di difficile realizzazione⁸⁵. Come si è potuto vedere, l'esperienza inglese è quella che più si discosta da tutte le altre, vive essenzialmente di vita propria e non è immediatamente riproducibile nel contesto continentale⁸⁶. Di recente, tuttavia, la dottrina inglese ha avviato un dibattito sulla c.d. *re-regulation* dei servizi, tanto che occorrerà monitorare gli sviluppi. In Francia vige tuttora il modello della *délégation* (mentre nelle zone extraurbane e rurali la gestione è affidata alle

⁸⁵ N. AICARDI, *op. cit.*, II, 1027 e ss.

⁸⁶ Cfr. il par. 4 e, con specifico riguardo alla gestione del servizio idrico, S. ANTONIAZZI, *La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act 2014*, *supra*, parte terza, 255 e ss.

municipalità ovvero a consorzi fra più enti locali), e lo Stato mantiene ancora un forte ruolo protagonista nonostante l'insediamento delle autorità di regolazione. L'esperienza tedesca è probabilmente quella che più si caratterizza oggi per una cosciente gestione del (sempre) difficoltoso rapporto tra poteri centrali e locali. In ogni caso, emerge come l'eterogeneità delle singole esperienze nazionali renda arduo per il legislatore comunitario omogeneizzare la disciplina pro-concorrenziale nel settore dei SIEG. Da qui la scelta di intervenire per mezzo di una disciplina prudente, in grado di fissare alcuni punti saldi minimi di apertura alla concorrenza, al fine di stimolare i singoli legislatori interni ad effettuare interventi di armonizzazione e di avvicinamento graduale nel tempo. Oltre a ciò, la difficile apertura del mercato è dovuta anche al fatto che l'erogazione dei servizi pubblici in regime di monopolio o di riserva non è in quanto tale incompatibile con l'ordinamento comunitario, quando una differente modalità di erogazione del servizio non sia in grado di assicurare l'adempimento della specifica missione di servizio pubblico ex art. 106 TFUE. Ciò fa sì che l'ordinamento comunitario prevede che le imprese incaricate della gestione dei SIEG possano essere esonerate dall'applicazione delle regole di concorrenza se ciò è necessario per garantire l'adempimento della specifica missione. Tra le imprese operanti in regime di privativa pubblica, la direttiva concessioni distingue tra quelle che gestiscono servizi pubblici sulla base di atti di affidamento diretto da parte delle pubbliche amministrazioni (che svolgono servizi sottratti al libero confronto) e quelle che, invece, svolgono l'affidamento a seguito di una procedura ad evidenza pubblica (che operano secondo le regole del mercato in quanto titolari di una concessione assegnata a seguito di un confronto "*for the field*" con altre imprese concorrenti poste sullo stesso piano). La nuova direttiva concessioni si applica solo ai servizi pubblici di carattere economico che sono assoggettati a regime di riserva pubblica o comunque di concessione amministrativa e non ai servizi di pubblica utilità, non contiene misure di liberalizzazione di servizi pubblici, atteso che non impone agli Stati membri il superamento delle riserve o privative pubbliche. La *ratio* dell'intervento è quella di fornire un quadro giuridico certo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione delle concessioni e per garantire l'accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione, favorire gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. L'utilizzo dello strumento della direttiva si inserisce nel consolidato e tradizionale cammino *step by step* intrapreso dalle Istituzioni comunitarie sin dalla loro nascita e si propone di coniugare tutela della concorrenza e salvaguardia degli spazi di autonomia degli stati membri nelle scelte relative alla gestione del servizio pubblico e di collocare la procedura per l'affidamento delle concessioni nel quadro generale delle nuove disposizioni sul

public procurement. Secondo la dottrina comunitaria, ripresa nei primi considerando alla direttiva, l'incertezza e la disorganicità del tessuto normativo hanno contribuito, nel medio periodo, a limitare la concorrenza, attesa la difficoltà delle imprese europee ad inserirsi nella competizione transnazionale sui contratti di concessione. La direttiva intende quindi coniugare concorrenza e salvaguardia della *potestas* amministrativa nella fase aggiudicatoria e nella fase preliminare sulla scelta se trattenere o consegnare al mercato il servizio. Le autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità e la parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico. È prevista 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 e 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).

Il legislatore europeo riconosce quindi l'autonomia degli Stati e delle amministrazioni nella gestione dei servizi pubblici, inserendosi, a tutela della concorrenza, con la previsione di uno strumento "basato sul mercato", e non con l'imposizione di un concetto comune di organizzazione dei servizi pubblici o di distribuzione delle funzioni amministrative, al fine di superare le differenze tra le varie discipline nazionali, sulla pubblicità e trasparenza, sui criteri di selezione e di aggiudicazione.

FABIO MERUSI

NOTE CONCLUSIVE

1. Un volume sulle autorità indipendenti, sui servizi pubblici e sul ruolo giocato dal giudice amministrativo in questo settore è più che opportuno, considerati i molti nodi non ancora sciolti che si sono accumulati su questi temi. Vediamone qualcuno fra i tanti e magari anche qualche spada che vorrebbe tagliare il nodo.

Cominciamo dai servizi pubblici locali.

Qui i fili che hanno determinato il nodo sono parecchi. A cominciare dal rebus di fondo. È possibile simulare un mercato in servizi del genere come è accaduto per le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas e le ferrovie, cioè per i grandi servizi economici nazionali?

Tranne casi particolari non è possibile identificare un mercato rilevante entro i limiti territoriali nei quali operano gli enti locali.

È noto infatti che la delimitazione territoriale dei comuni non è stata posta in essere in funzione della erogazione dei servizi. La delimitazione territoriale ha origini storiche addirittura preunitarie recepite come tali fin dalla legge Rattazzi del 1859. Secondo alcuni è l'ultimo settore nel quale trova applicazione il diritto naturale ... Basti rinviare all'ampia disamina che ne faceva in proposito Santi Romano nel Trattato Orlando.

Ma anche una volta stabilito che non esiste un diritto naturale delle comunità locali ad avere un loro territorio e che è il legislatore statale che può disciplinare anche gli enti locali, è un dato di fatto che il legislatore italiano non è mai intervenuto, come invece è accaduto in molti altri Paesi, in particolare nel secondo dopoguerra, a ridisegnare la dimensione degli enti locali in funzione dei servizi da erogare.

Mentre d'altro canto tutti i tentativi di coinvolgere i comuni nell'organizzazione di servizi in mercati rilevanti al di fuori del loro territorio hanno sempre dato risultati, economicamente e funzionalmente, negativi.

Dai consorzi delle prime leggi comunali e provinciali fino ai bacini e alle aree ottimali o semplicemente "vaste" prospettate dalle Regioni. Basti pensare alle tormentate vicende della raccolta dei rifiuti o dei trasporti locali nelle varie forme in cui vengono erogati.

Né la società per azioni e il coinvolgimento di privati investitori sono riusciti ad immettere l'erogazione di servizi in un mercato concorrenziale anche una volta individuata l'area in cui il mercato potrebbe essere rilevante.

Solo facendo coincidere l'ente erogatore con un mercato rilevante sarebbe

forse possibile trasportare anche a livello locale la problematica dell'introduzione della concorrenza anche a livello di servizi pubblici locali. L'introduzione della dissociazione fra demanio e gestione o dei simulatori di concorrenza all'interno di un pubblico servizio può dare risultati solo se il titolare del servizio da erogare è uno solo, l'ente locale dimensionato su di un mercato rilevante.

La via finora seguita per combinare assieme servizi pubblici locali e concorrenza non è stata la riforma degli enti locali intesi come erogatori di servizi, ma un'altra, anzi altre due.

La prima è la nota "trovata" comunitaria di sostituire la concorrenza in un mercato con un palliativo: la concorrenza per il mercato. Cioè con periodici concorsi per ottenere la concessione del servizio. La concorrenza periodica fra gli aspiranti assegnatari determinerebbe un aumento dell'efficienza nella gestione del servizio analoga a quella determinabile dell'immissione del servizio in un mercato concorrenziale.

Come è noto finora la concorrenza per il mercato più che efficienza nell'erogazione dei servizi ha provocato un ampio contenzioso amministrativo in tutti i Paesi europei. Un contenzioso culminato con la nota vicenda delle società comunali c.d. *in house*, cioè costituite dallo stesso ente locale e che, se da lui dominate, rappresenterebbero un equivalente, ma dotato di personalità giuridica, di un organo dell'ente. Un equivalente dell'antica azienda municipalizzata, il capolavoro di Giolitti, che aveva combinato assieme azienda ed organo, alla quale, se proprio si voleva farne un sicuro centro di imputazione di effetti giuridici, si poteva conservare l'attribuzione della personalità giuridica, come aveva fatto il Testo Unico degli Enti locali del '90, che aveva accolto il suggerimento contenuto in una nota monografia di Franco Bassi. Risparmiando così una quantità non indifferente di contenzioso dedicato per lo più a mere contraddizioni logiche fra istituti aventi discipline normative incompatibili.

Per farla breve, la c.d. concorrenza per il mercato non sembra che abbia veramente qualcosa a che fare con la concorrenza propriamente detta, né d'altro canto che i periodici concorsi per ottenere una concessione siano stati degli efficaci succedanei della concorrenza per favorire l'efficienza nell'erogazione dei servizi pubblici locali.

E neanche per la circolazione delle imprese dei singoli Paesi all'interno del mercato comune europeo, poiché l'appetibilità dell'erogazione di servizi pubblici locali di modeste dimensioni è pressoché inesistente per imprese che non siano, appunto, locali.

La concorrenza per il mercato non ha, in altre parole, innescato lo stesso fenomeno della circolazione comunitaria delle imprese che ha invece

innescato la vera concorrenza in un mercato rilevante verificatosi con riferimento i grandi servizi economici nazionali.

La seconda via tentata dal legislatore italiano ha invece determinato una serie di psicodrammi tipici della “società dello spettacolo” per poi concludersi in un nulla di fatto. Il nulla che attualmente caratterizza la disciplina in materia che è quella della concorrenza per il mercato, delle società per azioni in house e delle società concessionarie miste nelle quali il pubblico intreccia rapporti coi privati in qualche caso collaborativi, in altri con finalità puramente elusive della disciplina pubblicistica dei pubblici servizi.

Il tentativo operato con il più volte “pasticciato” art. 23 *bis* della legge 25 giugno 2008, n. 112 di liberalizzare i servizi pubblici locali, qualunque fosse la loro dimensione, e di costringerli alla “concorrenza” senza passare per l’accertamento dell’esistenza di un mercato rilevante.

Ma varata una liberalizzazione e un, sia pur ipotetico, inserimento dei servizi pubblici locali in un mercato concorrenziale, pur con la tenace resistenza degli amministratori locali che si vedevano sottratte alcune leve del loro potere e che di conseguenza avevano messo in moto un tenace ostruzionismo parlamentare e governativo che aveva riempito i testi normativi, legislativo e poi regolamentare, di emendamenti che li avevano resi di assai difficile, in qualche caso impossibile, applicazione, è successo lo psicodramma imprevedibile: il referendum sull’acqua coi suoi drammatici colpi di teatro che tanto piacciono alla società dello spettacolo descritta dai situazionisti, dove ogni situazione vale per il suo effetto “mediatico”, non per il suo valore istituzionale.

Che cosa c’entrava l’acqua con la liberalizzazione dei servizi pubblici locali?

Niente, se non per quanto riguardava la gestione di acquedotti da parte di enti locali. Un eventuale problema di disciplina speciale per un particolare servizio, come già previsto in altri casi.

Bastava chiedere l’abrogazione referendaria delle norme di legge che facessero riferimento alla dissociazione fra demanio (la proprietà pubblica dell’acqua che nessuna norma aveva messo in discussione) e la gestione imprenditoriale di erogazione e gestione del servizio riferito all’acqua. Ed infatti uno dei quesiti referendari si riferiva ad una di queste norme (che prevedeva la misura della possibile remunerazione del capitale investito da un socio privato in una società di gestione dell’acqua).

E tanto poteva bastare.

Ma i promotori del referendum, d’accordo o sobillati dalla lobby degli amministratori locali “anticomunitari”, sono andati più in là e hanno proposto l’abrogazione referendaria anche della norma che, alla fine di un faticoso *iter*

legislativo durato qualche anno, aveva previsto di demandare ad un regolamento delegato di introdurre finalmente anche nei servizi pubblici locali italiani la concorrenza.

Un quesito di tal genere, palesemente ultroneo rispetto alla problematica “dell’acqua bene comune”, è stato sorprendentemente avvalorato dalla Corte di Cassazione e considerato costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale, col risultato che i cittadini italiani hanno votato il quesito referendario credendo di votare contro l’aumento delle bollette dell’acqua, mentre, in realtà, hanno eliminato la possibilità di gestione imprenditoriale di tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, fatta eccezione per quelli che la norma abrogata, l’art. 23 *bis* della legge 25 giugno 2008, n. 112, aveva “provvidenzialmente” escluso (la distribuzione del gas naturale; la distribuzione dell’energia elettrica; la gestione delle farmacie comunali e, malauguratamente, visti i risultati conseguiti in quasi tutte le Regioni, il trasporto ferroviario regionale).

Naturalmente dopo questo risultato avrebbe rilievo puramente teorico discutere sul fatto che entrambi i quesiti referendari erano palesemente inammissibili perché riferentesi ad una legge rientrante nelle categoria delle “leggi tributarie e di bilancio”, come già avevano osservato dei teorici insospettabili di avere qualche interesse politico “attuale”, i “socialisti municipali” dell’inizio del ‘900, i quali avevano messo in rilievo che la “tariffa” dei pubblici servizi locali era da considerarsi una tassa. Per dirla con Bonomi e Labriola, le tariffe dei servizi pubblici locali sono delle imposte indirette. Prevedere un servizio pubblico “imprenditoriale” fondato sul finanziamento a tariffa e sul ripiano dell’eventuale deficit a carico del bilancio comunale equivale a prevedere una legge tributaria e di bilancio non sottoponibile a referendum ex art. 75 Cost..

Ma tant’è, il clamore mediatico del referendum sull’acqua bene comune aveva evidentemente “affascinato” anche i giudici della Corte Costituzionale e della Cassazione che, immemori di quanto avevano teorizzato nei lontani primi del ‘900 i socialisti municipali, hanno ammesso un referendum di tal genere che, inquadrato nel genere dello “spettacolo” ricordava non un dramma, ma gli imbrogli di Arlecchino nella commedia dell’arte, un genere di spettacolo tipicamente italiano.

Visto che la sottoposizione a referendum dell’intera normativa sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali era stata soltanto uno strumento per “purificare” gli acquedotti dalla contaminante presenza di privati, il legislatore si è precipitato a reintrodurre la normativa sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali, “depurati” dalle acque.

Ma a questo punto si è verificato un altro colpo di teatro.

La Corte Costituzionale, opportunamente adita in un caso artificiosamente creato dai lobbisti che già avevano fatto ostruzionismo al tentativo di liberalizzazione dell'art. 23 *bis*, ha gridato al *crimen lesae*, come di solito fa il rappresentante dell'Autorità nelle commedie dell'Arte: il referendum aveva annullato tutto e il legislatore non poteva interpretare la volontà dei referendari anche se manifestata nei "titoli" dei referendum. La legge abrogata da un referendum non era, neppure parzialmente, riproducibile. Anche se in passato era accaduto ben di peggio, come tutti ricordano a proposito di un referendum sulla responsabilità civile, guarda caso, dei giudici o di un Ministero dell'Agricoltura "resuscitato" come Ministero delle Politiche Agricole.

E la situazione è tornata *quo ante*: alla falsa concorrenza della concorrenza per il mercato e alle società in house sostitutive delle aziende organo e alle sciarade giudiziarie che le discipline concorsuali provocano periodicamente.

Con una aggravante: la stessa Corte Costituzionale aveva già detto che i comuni non potevano "allargare" il loro servizio idrico conferendo reti ed impianti ad una società per azioni, ancorché di soli enti locali, operante in una area ottimale dal punto di vista idrico (le c.d. ATO).

Infatti la Corte, con sentenza n. 320/2011, pronunciata in sede di giudizio in via principale, promosso da ricorso governativo, aveva dichiarato "*l'illegittimità costituzionale dei commi 2 e 4 dell'art. 49 della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26, introdotti dall'art. 1, comma 1, lettera t), della legge della Regione Lombardia 27 dicembre 2010, n. 21*".

La Corte infatti aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 2 dell'art. 49 della legge regionale 26/2003, là dove stabiliva che "*gli enti locali possono costituire una società patrimoniale d'ambito ai sensi dell'articolo 113, comma 13, del d.lgs. 267/2000, a condizione che questa sia unica per ciascun ATO e vi partecipino direttamente o indirettamente mediante conferimento della proprietà delle reti, degli impianti, delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato e, in caso di partecipazione indiretta, del relativo ramo d'azienda, i comuni rappresentativi di almeno i due terzi del numero dei comuni dell'ambito*".

Tale norma concedeva agli enti locali lombardi la possibilità di conferire, a una società da essi partecipata in modo totalitario, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato di loro proprietà.

La menzionata norma regionale è risultata illegittima, in quanto invasiva della competenza statale in materia, stabilita dall'art. 117, comma 2, della Costituzione. Col risultato che, non essendo possibile in altro modo operare la nota dissociazione fra beni demaniali inalienabili e gestione del servizio, non è

possibile neppure “costruire” artificialmente, in via amministrativa, un “mercato rilevante” dei servizi idrici locali.

La concorrenza in un mercato rilevante dei servizi degli enti locali è rimasta una chimera, non solo per l’acqua, né alcuno progetta una riforma degli enti locali fondata sulla dimensione dei servizi da erogare. L’unico succedaneo che si prospetta al mercato rilevante è un mercato non creato dal concedente bensì dal concessionario attraverso una opportuna razionalizzazione dimensionale delle singole concessioni ottenute, come è stato efficacemente descritto da uno degli interventi.

Neppure la progettata abolizione delle province ha qualche attinenza col nostro problema.

Neppure i fautori dell’acqua bene comune sono riusciti a “collettivizzare” l’acqua ... e neppure a far diminuire la bollette degli acquedotti, così come risulta dalla relazione di Lucia Musselli, la quale mette in rilievo che l’unico effetto del referendum è stato quello di espungere dalla determinazione della tariffa il riferimento ad una predeterminazione della remunerazione del capitale investito.

Dopo il referendum anche per l’acqua è ritornata la concorrenza per il mercato ... col seguito di contenzioso che sempre accompagna i procedimenti ad evidenza pubblica.

E forse, più che trarre esempi dalle praterie americane “bene comune” contrastate dalle proprietà “esclusive” tutelate dal “cavaliere della valle solitaria”, è il caso di meditare sulla recente riforma inglese dei servizi idrici, così come analiticamente illustrata nella relazione di Sandra Antoniazzi. In sintesi il *Water Act* inglese del 2014 “è volto all’introduzione di un’effettiva concorrenza facilitando l’ingresso di nuovi soggetti nel mercato dell’acqua e il cambio di gestore per gli utenti commerciali e industriali; mentre non sono direttamente considerati gli utenti domestici che, secondo il *Water Paper*, sarebbero in seguito favoriti in via indiretta dalla riforma del mercato, una volta abbassati i costi e migliorata l’efficienza. La privatizzazione ha, quindi, inevitabilmente prospettato al Governo la questione della necessaria regolazione del settore, dato che la *water industry* gestisce un bene di monopolio naturale; ... Inoltre, dato che il Governo aveva bisogno di attirare acquirenti per le nuove imprese e ai fini della ‘regolazione economica’, è stato riprodotto lo schema” ... delle privatizzazioni dei servizi pubblici istituendo un regolatore economico che regolerà il settore finché non si instaurerà un autonomo e “naturale” regime concorrenziale. Come dire l’opposto del “collettivismo” dell’acqua bene comune.

2. Come abbiamo visto, nei servizi pubblici locali non è possibile, se non

in casi marginali, identificare un mercato rilevante. Tutt'al più si può tentare di crearlo surrettiziamente dal basso da parte del concessionario. E se non c'è un mercato rilevante, non è possibile parlare di Regolazione. Almeno non nel senso di regolazione per determinare la concorrenza o, se non determinabile, simularla con strumenti di diritto amministrativo.

Le carte dei servizi pubblici locali varate dalle amministrazioni pubbliche locali, così come i disciplinari degli atti di concessione che concludono le procedure della concorrenza per il mercato, possono tutelare gli utenti dei servizi o far rientrare l'erogazione di un servizio nell'indirizzo politico amministrativo di un ente pubblico locale, ma non determinare una concorrenza inesistente o semplicemente simularla.

Ma neppure nei servizi pubblici nazionali sono tutte rose e fiori, almeno dal punto di vista della concorrenza.

Qui si usa la parola "magica" della regolazione delle autorità indipendenti. Ma, anche senza risalire in *apicibus* alle problematiche di teoria generale poste dalle Autorità indipendenti e dalla loro azione richiamate da Spattini, è comunque il caso di richiamare l'attenzione sul fatto che dietro la "regolazione" ci sono cose molto diverse di cui bisogna tener conto, soprattutto quando si affrontano i problemi della tutela giudiziale o extragiudiziale.

Alcuni servizi paralleli, come il gas e l'elettricità, tendono a "scivolare" dalla concorrenza al dirigismo statale. Di qui la diversa logica che informa i singoli provvedimenti dell'Autorità di regolazione, epperò la diversa dimensione della legittimità che il giudice è chiamato a "misurare". Forse in qualche caso un provvedimento che apparentemente sembra legittimo perché conforme ad una norma, potrebbe risultare illegittimo sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento, perché anziché realizzare il fine affidato all'Autorità di perseguire in via amministrativa la concorrenza, in realtà persegue un fine dirigistico o peggio di repressione in via sanzionatoria di una concorrenza esistente. L'evoluzione normativa della logica delle sanzioni nel settore per l'energia elettrica, il gas e, ora, anche l'acqua, descritta da Passaro, è in proposito emblematica.

C'è poi la regolazione che, con l'intento di perseguire la *stabilità* degli operatori di un mercato, in realtà finisce per sopprimere la concorrenza costringendo gli operatori a muoversi sulla base di una specie di "contabilità di Stato" che, come è noto, è l'antidoto sicuro per ogni attività imprenditoriale non solo concorrenziale. È quanto è accaduto con l'attività bancaria dopo i vari regolamenti di Basilea (puntualmente recepiti da regolamenti comunitari) ed è quello che sta per accadere con le annunciate regole provenienti da fonti diverse, di bancarizzazione regolativa anche delle imprese finanziarie.

Forse stiamo assistendo, per altra via, a fallimenti analoghi a quelli delle pianificazioni economiche. Ad una crisi endemica che si è voluta “curare” con la concorrenza e coi suoi effetti e che invece è degenerata, o sta degenerando, in un “diritto contro economia”, nella dissociazione fra prescrizione giuridica e realtà economica come accadeva nelle pianificazioni statali. Ma questa è un’altra storia che travalica l’oggetto di questo volume.

GLI AUTORI

SANDRA ANTONIAZZI: professore aggregato di Diritto amministrativo nell'Università di Cagliari; insegna Diritto amministrativo e della regolazione, Diritto dell'economia; avvocato.

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI: dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Pavia; avvocato; titolare di contratto di collaborazione a progetto presso l'AEEGSI.

ROBERTO CALZONI: dottorando di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna.

ENRICO GIOVANNETTI: professore associato di Economia politica nell'Università di Modena-Reggio Emilia; insegna Introduzione alla microeconomia, e Economia e politica ambientale; ricercatore del Centro di analisi per le politiche pubbliche.

MARIA PAOLA GUERRA: professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Modena-Reggio Emilia; insegna Diritto amministrativo e Diritto degli enti locali.

STEFANO MANFREDI: dottorando di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna; avvocato.

FABIO MERUSI: professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Pisa e nell'Università telematica Marconi di Roma; avvocato.

MARIO MIDIRI: professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Modena-Reggio Emilia; insegna Istituzioni di diritto pubblico e Diritto amministrativo avanzato; avvocato.

LUCIA MUSSELLI: professore associato di Diritto amministrativo nell'Università statale di Milano; insegna Diritto amministrativo e Diritto dell'informazione; avvocato.

MICHELE PASSARO: direttore della direzione sanzioni e impegni dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico; avvocato; dottore di ricerca in Diritto costituzionale.

OLIVIA PINI: dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Bologna; avvocato.

GIAN CLAUDIO SPATTINI: professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Parma; insegna Diritto amministrativo dell'economia, Legislazione dei beni culturali; avvocato.

LUCA STICCHI: dottorando di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università di Perugia.

STEFANO VENIER: amministratore delegato del Gruppo Hera.

Finito di stampare presso
la *Vulcanica Print* Torre del Greco (Na)
nel mese di febbraio 2015

