

GIUSEPPE DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione* (nuova edizione), Cedam, 2010, pp. 1-192 – recensione a cura di G. Colavitti

È di questi giorni l'uscita nelle librerie della nuova edizione del volume di Giuseppe Di Gaspare dedicato ai "Servizi pubblici locali in trasformazione", a circa un decennio dalla prima edizione (2001).

Tra i pregi del volume si segnalano taluni riconoscibili tratti metodologici, ed in particolare, in sintonia con la spiccata sensibilità costituzionalistica dell'Autore, la capacità di muoversi tra il particolare ed il generale, collocando l'analisi e l'interpretazione del quadro normativo di settore nel contesto dei processi di trasformazione non solo della Costituzione economica ma – direi più in generale – della stessa forma di Stato. Il che si palesa tanto più utile quanto in effetti il susseguirsi affannoso di una legislazione episodica e contraddittoria cagiona all'interprete serie difficoltà di ricostruzione del quadro di riferimento teorico. Specie nei casi in cui la novella legislativa interviene addirittura prima che le norme novellate entrino in vigore. E difatti la tendenza dell'Autore a muoversi in chiave sistemica appare di frequente correlata con la constatazione delle aporie presenti nella disciplina oggetto di studio. È proprio perché non si limita ad analizzare lo specifico disposto normativo ma cerca piuttosto di collocarlo nelle linee generali di tendenza dell'ordinamento che Di Gaspare non può fare a meno di rilevare come spesso sia vana la ricerca di una "coerenza di senso nelle innovazioni legislative e tra queste e quelle precedentemente in vigore che si vogliono abrogate, se ed in quanto contrastanti". Ecco che il lettore si trova di frequente "di fronte a norme sicuramente vigenti che, unitariamente considerate, appaiono tra loro non chiaramente coordinate se non addirittura contrastanti con la finalità, espressamente prevista, dell'apertura del mercato" (p. 92). Per una rivista come *Rassegna forense*, che spesso si dedica all'analisi di quella parte del diritto dei rapporti economici che regola l'esercizio delle professioni, è facile rilevare assonanze. Anche nel settore delle libere professioni non sono mancate (e non mancheranno, dato il costume del legislatore italiano di questi anni) pompose dichiarazioni di principio che proclamano obiettivi di lungo respiro largamente condivisibili, e richiamando principi generali o evocando lo scenario di riferimento europeo con formulazioni cui calza bene, a mio avviso, la definizione di "norme bandiera" (definizione mia, e non dell'Autore, che rimane ad un livello di esposizione più elegante del sottoscritto). La norma bandiera è una disposizione che sventola in alto, e serve a ottenere facili consensi, ma non ha nulla – ahimè – della capacità di evocazione simbolica che – potremmo dire con Leibholz – anche le cose materiali possono presentare. La norma bandiera serve alla stesura di un comunicato stampa, è utile alla superficialità di un passaggio giornalistico, o perfino di un dibattito parlamentare, ma non dice nulla di concreto né al giurista interprete né all'operatore concreto. Una norma bandiera è probabilmente l'art. 23 *bis* della legge 133/2008, che, a pro-

posito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, promette di regolare la materia «al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati... nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti.. assicurando un adeguato livello di tutela...». Promessa non mantenuta se, come ben evidenzia Di Gaspare, la disciplina considera (giustamente) l'ipotesi di affidamento diretto del servizio ad una società interamente pubblica una deroga alla logica di apertura del mercato, e dunque un restringimento anti-concorrenziale, mentre considera (contraddittoriamente) l'affidamento del servizio ad una società pubblica solo al 60% (e con un socio privato che detiene il 40% del capitale) una forma ordinaria di liberalizzazione (p. 95). Una norma bandiera fu certamente l'art. 2, comma 1, lett. c) del Decreto Bersani (D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248) che pomposamente ha abrogato tutte le norme che vietano la costituzione di società professionali, senza peraltro fornire alcun elemento per costituirle, come se bastasse tale norma per creare magicamente una società, senza fornire la disciplina della responsabilità dei soci, le regole per l'amministrazione, la costituzione e la definizione dell'oggetto sociale, gli obblighi di informazione ai terzi, il regime di pubblicità legale ed altri momenti ineliminabili (il D.Lgs. 96/2001 dedica almeno una ventina di articoli alla definizione del quadro normativo necessario per la costituzione di società tra professionisti). Ed infatti non mi risulta che alcuna nuova società professionale sia stata costituita grazie alla portata liberatoria del Decreto Bersani. Società professionali no, ma articoli di giornale se ne fecero parecchi, in effetti.

Ma torniamo al libro, sforzandoci di evitare il rischio di divagazioni che peraltro è la stessa lettura del libro a suscitare.

Rispetto alla prima edizione, il volume conferma – come accennato – l'approccio metodologico e l'ambizione di fondo, che è quella di fornire un quadro delle disciplina dei servizi pubblici locali pienamente inserito nel contesto storico istituzionale della Costituzione economica vigente, consentendo una riflessione di più ampio respiro su di un decennio di normazione, grazie alla capacità di superare i confini a volte angusti del diritto positivo per ricercare un'ipotesi di ricostruzione intorno ad alcuni modelli ed alla comparazione tra i modelli stessi. Credo che questo approccio dipenda in gran parte dalla sensibilità dell'Autore per i problemi di tendenza del diritto pubblico e costituzionale, e per il dato storico sociale, correttamente inteso non come surrogato o alternativa all'indagine sul diritto positivo, ma come chiave di lettura del dato di diritto positivo. Accanto a questa sensibilità è però possibile individuare un intento propriamente didattico: proprio per questo sforzo di ricostruzione sistemica, il volume ben si presta infatti ad essere adottato come libro di testo, o come sussidio di approfondimento tematico nel quadro degli insegnamenti di diritto (pubblico) dell'economia e di diritto amministrativo. Lo studente può cogliere lo stesso linguaggio e lo stesso ricorso ai modelli come chiave di interpretazione del presente che caratterizza un altro volume del medesimo Autore, non a caso di frequente utilizzato come testo di base nei programmi degli insegnamenti di diritto dell'economia (G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, 2003).

Nel primo capitolo, partendo dalle tradizionali ricostruzioni delle nozioni soggettive ed oggettive di servizio pubblico, la rilettura dell'inquadramento del tema nel contesto dell'evoluzione della Costituzione economica, dallo Stato liberale ad oggi, evidenzia la immanente politicità degli indirizzi e delle scelte perseguite dal legislatore, a partire dalla legge 103 del 1903 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici locali, in diretto collegamento con l'idea di interesse generale di volta in volta dominante. Tale ricostruzione culmina con il riconoscimento di una certa convergenza tra l'art. 43 Cost. e le norme del Trattato CE (ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE) relative ai "servizi economici di interesse generale", per cui la dinamica storica dei servizi pubblici locali pare essersi mossa in senso circolare, e avere dunque oggi, dopo un secolo, "chiuso il cerchio" alla cui origine (e fine) sta il presupposto del fallimento del mercato.

Lo stesso punto di partenza, il fallimento del mercato, lo si ritrova nel secondo capitolo, di spiccato interesse dei comparatisti, sia pubblicisti che, credo, privatisti. Dal fallimento del mercato hanno preso le mosse sia gli ordinamenti di *civil law* che quelli di *common law*. Anche gli inglesi conoscono quello che viene chiamato il cd. "*gas and water socialism*", con la riserva agli enti locali della gestione dei servizi pubblici di interesse economico, operata per il tramite della legge nazionale. Sorge in questa fase il modello dell'azienda municipalizzata, espressione del comune, e da questo gestita secondo il principio del pareggio del bilancio, in un circuito virtuoso dove al cittadino utente e insieme contribuente spetta di far valere l'eventuale responsabilità politica dei gruppi dirigenti. Il modello entra in crisi quando i costi iniziano a trasferirsi non più sulla comunità locale degli utenti, ma sullo Stato, o, in altre parole sull'intera comunità nazionale, con la progressiva dilatazione della spesa pubblica e l'indebitamento dello Stato. Diversa l'esperienza statunitense, dove ai fallimenti del mercato si reagisce – secondo Di Gaspare – affidando alle virtualità della legislazione *antitrust* il compito di mantenere in equilibrio il sistema. Le grandi imprese monopolistiche sono trasformate obbligatoriamente in *public company*, e quotate in borsa, e perciò si inseriscono in un circuito virtuoso di trasparenza dove le informazioni circolano facilmente, nel quadro di un mercato vigilato da una autorità tecnica, che ha poteri di intervento sulle società quotate e sugli investitori, in funzione di tutela dei risparmiatori. Di fronte a tale autorità si dipana il procedimento di definizione delle tariffe dei servizi, nel contraddittorio tra le parti. È facile leggere tra le righe la preferenza personale dell'Autore per il modello statunitense piuttosto che per il modello italiano (se di modello si può parlare), dove numerosi nodi critici si presentano ancora irrisolti.

Nel terzo capitolo è descritto il processo di trasformazione che l'ordinamento italiano ha subito nel settore dei servizi pubblici locali per effetto della progressiva integrazione comunitaria. Si tratta di fenomeni comuni a larga parte del diritto dell'economia. Si pensi all'impatto dell'integrazione comunitaria sul sistema delle imprese pubbliche o alle trasformazioni del mercato creditizio indotte dalle direttive comunitarie che hanno, a partire dagli anni ottanta, dato l'avvio all'esercizio effettivo della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi finanziari costringendo di fatto (anche se non di

diritto, ferma restando la formale "indifferenza" comunitaria per la natura pubblica o privata dell'impresa) l'ordinamento creditizio italiano – in gran parte inserito nel settore pubblico – prima alle privatizzazioni formali, poi a quelle sostanziali, ed infine a complessi processi di riorganizzazione e concentrazione delle imprese bancarie. Il processo di trasformazione è scandito nelle sue fasi storiche, e nella fase di cd. prevalenza del diritto comunitario, il punto di svolta è individuato nell'approdo della giurisprudenza della Corte di giustizia all'idea che, definito l'assetto pienamente concorrenziale del mercato dei servizi come quello più idoneo alla garanzia degli interessi generali, spetterà alle autorità statali nazionali la dimostrazione che, in un certo caso, per precise e comprovate ragioni, a tale assetto concorrenziale si deve derogare (conferendo esclusive, ad esempio) per assicurare la migliore tutela del pubblico interesse. In questo contesto l'Autore colloca il difficile tema della scissione tra gestione della rete ed erogazione del servizio, declinando le categorie di servizio universale (quello che garantisce prestazioni uniformi e continue a tutti gli utenti), servizio di base (la gestione della rete come infrastruttura), e servizi a valore aggiunto (per i quali l'utente paga un prezzo supplementare). La liberalizzazione dei servizi a rete – prosegue Di Gaspare – incrocia i servizi pubblici locali limitatamente al settore del gas e dell'energia elettrica, per lo più in ragione del fatto che la dimensione meramente locale esclude rilevanza transnazionale (e quindi l'applicabilità delle libertà del Trattato) nelle situazioni in cui tutti gli elementi restano "confinati all'interno di uno Stato membro". Ne risulta un grado di apertura ai mercati molto diverso, a seconda del Paese dell'Unione che consideriamo nell'indagine, con la conseguenza paradossale per cui le imprese dei mercati più aperti alla concorrenza rischiano di subire la concorrenza sleale di imprese provenienti da mercati meno aperti, che hanno potuto godere di regimi di protezione o comunque di misure di favore che le hanno rafforzate. Un paradosso che, secondo l'Autore, andrebbe corretto con adeguate normative "di transizione", che accompagnino gradualmente l'apertura dei mercati, come insegna il caso della procedura di infrazione decisa a carico dell'Italia per le norme di cui all'art. 3, comma 69 e 70, legge 549/1995, che concedevano aiuti di Stato (per lo più di carattere fiscale) alle spa a capitale pubblico risultanti dalla trasformazione delle aziende municipalizzate. In questa vicenda l'Autore denuncia il fraintendimento, ad opera della Commissione europea, dell'effettivo stato di fatto e di diritto dei servizi pubblici locali in Italia (p. 45), che muovevano da una condizione di partenza di monopolio legale pubblico di per sé consentita dai Trattati. La legge italiana fungeva insomma da ponte per passare dalla gestione diretta dei servizi da parte dei comuni (per lo più tramite aziende municipalizzate) ad un vero e proprio mercato, ed in questa fase di transizione la Commissione ha rivelato miopia, con un'iniziativa (la cennata procedura di infrazione) che, revocando in dubbio la legittimità di una normativa appunto di transizione, rischiava di minare "l'esito positivo di processi di riforma", con il rischio di "un irrigidimento su posizioni di conservazione" (p. 47). Uno spunto di notevole interesse, che sottopone a revisione critica l'operato della Commissione europea, troppo spesso viziato da precomprensioni e rigidità di approccio, allorché tale operato si misura con tradizioni giuridiche quali quelle italiane.

Sono rigidità che i lettori di questa Rivista conoscono bene, per averle spesso lette direttamente nei documenti della Commissione dedicati alle libere professioni ed al modello ordinistico, a volte distanti non solo e non tanto dalla nostra cultura giuridica (il che sarebbe il meno), ma perfino dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Basti pensare al tema delle tariffe professionali, dove la annosa campagna della Commissione – e sul fronte interno dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato – contro i minimi inderogabili contrasta con tutta evidenza con gli esiti raggiunti dal Giudice comunitario che ritiene tale misura ammissibile, se giustificata da ragioni di tutela dei consumatori e/o di corretta amministrazione della giustizia (Corte di giustizia 5 dicembre 2006, in cause C-94/04 e C-202/04, cd. Cipolla Macrino). Non sono rari i casi dunque dove, per dirla con Di Gaspare, “tra l’approccio della Corte e quello della Commissione è possibile rilevare l’esistenza di una diversità di impostazione” (p. 34).

Nel capitolo quarto il mercato dei servizi pubblici locali è letto sotto la lente del principio di libertà di concorrenza. Vengono così declinate le categorie della concorrenza nel mercato e per il mercato: la prima è la condizione ottimale, che si realizza quando più operatori si contendono quote di mercato e competono l’uno con l’altro dentro il mercato; la seconda deve aversi quando non è possibile la prima situazione, e consiste nella competizione di più operatori per la gestione di un unico servizio, che per sua natura o per altre caratteristiche non è possibile gestire da parte di una pluralità di imprese. L’Autore richiama al proposito il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) ma non pare attribuire a tale principio una particolare coerenza rispetto all’accoglimento del modello della concorrenza nel mercato o del modello della concorrenza per il mercato. Ciò che invece il principio preclude è l’assunzione del servizio da parte dell’Ente locale. La costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale pone dunque il sigillo della irreversibilità al processo di progressiva apertura concorrenziale del mercato dei servizi pubblici locali. Del pari la cornice costituzionale di riferimento deve individuarsi non più nell’art. 43 Cost., bensì nell’art. 41 Cost., anche se l’esplicito richiamo dell’Autore al comma terzo dell’art. 41 contempera l’approdo del servizio pubblico locale alla sfera della libertà di iniziativa economica privata con il riconoscimento dei fini sociali che tali servizi appunto debbono perseguire.

Il quinto capitolo ha la fisionomia di un interessante contributo giuridico alle scelte operative che un’impresa operante nel settore dei servizi pubblici deve realizzare per perseguire una proficua strategia di mercato. Qui la prospettiva non è più “macro”, come nei capitoli precedenti, ma “micro”: il punto di vista è quello della singola impresa. Per essa vengono individuate le potenziali criticità e descritto lo strumentario giuridico a disposizione per superare tali criticità ed ottimizzare i rendimenti, con particolare attenzione ai processi di aggregazione e di concentrazione.

Nel sesto capitolo la logica narrativa è ancora di tipo “micro”, ma il punto di vista non è quello dell’impresa, bensì quello dell’ente locale. Dal punto di vista dell’ente locale il problema dei servizi pubblici è quello della loro esternalizzazione, o *outsourcing*, per dirla con gli anglosassoni. La esternalizzazione può avvenire tramite attività contrattuali, o mediante privatizzazione, cioè

trasformazione in una figura soggettiva di diritto privato della figura pubblica prima esistente. La vera esternalizzazione è quella della privatizzazione sostanziale, approdo realizzato in diversi settori del diritto dell'economia (si pensi agli enti pubblici economici, o alle banche pubbliche) ma non ancora in modo compiuto nel settore dei servizi pubblici locali.

Il settimo capitolo traccia un bilancio del decennio trascorso, ed è quello dove forse maggiormente emerge, come accennato, l'approccio critico dell'Autore alle tecniche e alle forme giuridiche nelle quali si è svolta e si sta svolgendo la "trasformazione" dei servizi pubblici locali. L'impossibilità di definire "qualsiasi ipotesi di razionalizzazione sistematica" (p. 89) è la cifra descrittiva scelta da Di Gaspare. Ancora una volta emerge la sensibilità giurispubblicistica dell'Autore nel disagio evidenziato nel rilevare l'ondeggiamento del sistema delle fonti tra settorialità e generalità, l'incertezza temporale della successione di termini di vigenza, scadenza, rinvio, l'utilizzo da parte del legislatore di concetti "fumosi" come il celebre sintagma "*in house*".

I capitoli ottavo, nono e decimo sono contributi di altri autori (i primi due di Paolo Rossi, il terzo di Luigi Alla). I capitoli di Paolo Rossi presentano carattere unitario: si tratta di una puntuale disamina della disciplina attualmente vigente a seguito delle innovazioni del 2008 e del 2009, tra disposizioni di carattere generale e previsioni specifiche in deroga. L'attenzione è centrata sulle forme di affidamento e gestione dei servizi: se la legge 133/2008 ha confermato la procedura competitiva ad evidenza pubblica come modello ordinario di affidamento, lasciando alle gestioni *in house* carattere residuale, il D.L. 135/2009 ha reintrodotto come modalità ordinaria l'affidamento a società miste, purché il socio privato sia scelto mediante procedura competitiva. Rossi richiama al proposito gli orientamenti del Consiglio di Stato: in effetti, con il parere della II sezione n. 456 del 18 aprile 2007 sono state fornite precisazioni preziose per l'esatta definizione del sistema. Può essere consentito l'affidamento ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati, purché i servizi siano da rendere almeno in via prevalente a favore dell'autorità pubblica che procede alla costituzione, e purché ciò avvenga attraverso una gara che miri non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche – tramite la definizione dello specifico servizio da svolgere in partenariato con l'amministrazione e delle modalità di collaborazione con essa – allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che, soprattutto, limiti, nel tempo, il rapporto di partenariato, prevedendo allo scadere una nuova gara. Ciò al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione anticoncorrenziali, con proroghe dell'affidamento che finiscano per stabilizzare il socio privato. Recenti pronunzie confermano l'assetto ben descritto da Paolo Rossi. Anche da ultimo il Consiglio di Stato ha ritenuto pienamente valida la revoca dell'affidamento ad una società mista, perché non era stato previsto «alla scadenza del periodo di affidamento alcun rinnovo della procedura di selezione del socio, con la conseguenza che il socio privato era di fatto un socio stabile, che restava libero di non cedere la propria quota nella società. Tale elemento contrasta con i principi ... che richiedono invece che, alla scadenza dell'affidamento, siano previsti idonei meccanismi per con-

sentire lo svolgimento di una nuova gara» (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

Il decimo capitolo di Luigi Alla fa il punto sulla relazione tra disciplina degli aiuti di Stato e finanziamento dei servizi di interesse economico generale, tra divieto generale e possibili deroghe legate alla specifica missione di servizio propria del settore dei servizi pubblici locali. Utile ed efficace la ordinata ricostruzione delle due categorie – quella di servizio economico di interesse generale (SIEG) e quella di aiuto di Stato – alla luce della giurisprudenza comunitaria. La analisi degli orientamenti della Corte di giustizia è corredata dalla verifica degli strumenti realizzati allo stesso scopo dalla Commissione: la Decisione 2005/842/CE, che introduce il sistema delle soglie di rilevanza al di sotto delle quali si presume che l'aiuto di Stato (*rectius*: la misura compensativa) non violi il Trattato, e la Disciplina comunitaria delle compensazioni concesse agli operatori in relazione agli obblighi di servizio pubblico (2005/C 297/04), che definisce i principi alla luce dei quali la Commissione valuta la compatibilità di una misura compensativa che non rientra nelle soglie della Decisione. Corollario necessario del sistema la Direttiva 2005/81/CE della Commissione che modifica la nota Direttiva sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra lo Stato ed alcune tipologie di impresa del 1980 (la direttiva che tanta parte ha avuto nel far cessare il sistema italiano delle imprese pubbliche basato com'è noto sulla dottrina degli oneri impropri): un'adeguata trasparenza contabile ed un principio di contabilità separata devono rendere sempre conoscibili e controllabili diritti speciali o esclusivi riconosciuti alle imprese (pubbliche o private) che erogano servizi pubblici e insieme svolgano altre attività.

Completa il volume una aggiornata bibliografia organizzata per temi.