

Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti

di Aretta Benedetti

ABSTRACT

This study is divided into two parts. The first part considers European principles of local services; the second part analyses the independent regulation of local services, particularly with regards to transport services, integrated water service and domestic waste. This essay analyses also the functions of independent authorities and the relations with local authorities, in particular. Finally, the study offers a new image of these functions in order to promote an improvement regulation corrective of failure of local authorities with reference to guarantee of uniformity of minimum quality levels of services and to cost-efficiency of their payment.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regime dei servizi e principi europei comuni. – 2.1. La disarticolazione del servizio e gli obblighi di servizio pubblico (trasporti). – 2.2. La separazione delle funzioni pubbliche legate al servizio (rifiuti). – 2.3. La promozione dei livelli qualitativi minimi e universali (idrico). – 3. L'erosione del modello del "comune regolatore". – 4. Regolazione indipendente "di cornice" dei sistemi esistenti. – 4.1. Le funzioni regolatorie indipendenti: a) di carattere tariffario e di supporto alla razionalità economica dei decisori pubblici. – b) finalizzate al superamento della disomogeneità qualitativa a livello territoriale e alla tutela dell'utenza. – c) di rilettura dei confini del regime amministrativo delle attività e di supporto alle attività di programmazione e pianificazione. – 5. Il significato della regolazione indipendente "quadro" e "migliorativa". – 6. Le autonomie locali di fronte alle autorità indipendenti di regolazione e la correzione dei (locali) *government failure*.

1. Premessa

Con l'istituzione dell'Autorità dei trasporti (nel 2011)¹ e l'attribuzione all'Autorità per l'energia, oggi ARERA, delle funzioni regolatorie in materia di servizi idrici (nel 2011)² e di ciclo dei rifiuti urbani (nel 2017)³, ha ricevuto un nuovo

¹ Istituita in base all'art. 37 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (il primo consiglio è stato nominato con D.P.R. 9 gennaio 2013).

² Attribuzione avvenuta in base all'art. 21, comma 19, d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge n. 214/2011 (funzioni della Commissione nazionale per la vigilanza delle risorse idriche, di cui all'art. 161 del d.lgs. n. 152/2006, transitate nell'Agenzia nazionale per la regolazione e vigilanza in materia di acqua ai sensi dell'art. 70, comma 11, d.l. n. 70/2011, convertito dalla legge n. 106/2011). Sul tema si v. E. BOSCOLO, *Il modello della regolamentazione indipendente nel settore idrico*, in G. NAPOLITANO-L. CARBONE-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario energia*, Il Mulino, Bologna, 2017.

³ Si tratta dell'art. 1, comma 527, legge 27 dicembre 2017, n. 205, che riproduce l'art. 16 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico sui servizi locali di interesse economico

impulso, nell'ordinamento italiano, la regolazione indipendente dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁴.

Si tratta di un'evoluzione iscritta all'interno della legge n. 481/1995, che si conferma a pieno titolo disciplina quadro della regolazione dei servizi di pubblica utilità⁵. Ciò significa che qualunque servizio soggetto a regolazione, sia esso di rilievo statale o locale, trova nella legge n. 481 la cornice di riferimento quanto a contenuti della funzione regolatoria e a dimensioni della tutela dell'utenza.

Pur iscrivendosi, tuttavia, a questo quadro comune, le regolazione dei servizi economici locali trova significativi tratti di specificità rispetto a quella concernente i servizi statali liberalizzati, in primo luogo (com'è ovvio), nella dimensione locale del servizio, che ha implicazioni particolari quanto a "orientamento al mercato" dello stesso. Il nesso che lega la liberalizzazione dei servizi economici alla regolazione (e che in fondo costituisce la ragione prima dell'emanazione della legge n. 481/1995), si incrina di fronte a servizi per i quali la "concorrenza nel mercato" può costituire un assetto non realizzabile (per la mancanza di un autentico mercato a livello locale) o comunque non desiderabile, per le caratteristiche intrinseche del servizio⁶.

L'altro aspetto che segna la specificità della regolazione indipendente dei servizi economici locali è l'interposizione di soggetti regolatori locali dei servizi stessi, che spesso mantengono la privativa del servizio (come nel caso dei comuni con riferimento al ciclo urbano dei rifiuti). Le amministrazioni locali (o le loro espressioni organizzative, come gli enti di governo di ambito) diventano

generale (atto del Governo n. 308, XVII legislatura, giugno 2016), in attuazione della legge delega n. 124/2015, mai emanato. Su questo testo si v. M. RENNA-S. VACCARI, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. SALA-G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, ESI, Napoli, 2017, p. 177 ss.

⁴ Si tratta di una regolazione che ha trovato i suoi antecedenti già nelle competenze di Arera nei settori dell'energia elettrica e del gas. Il percorso tortuoso che ha portato alla definizione dei nuovi compiti regolatori in capo all'autorità dei trasporti e dell'autorità per l'energia è spiegato da G. NAPOLITANO, *Il decreto "Salva Italia" (La rinascita della regolazione per autorità indipendenti)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, p. 229 ss., il quale illustra come originariamente si fosse ipotizzato un modello di agenzie tecniche, dotate di minore indipendenza e legate al Governo. Con il decreto Salva Italia, invece, il Governo ha posto fine al «tentativo di instaurare un modello alternativo di regolazione», sopprimendo due delle tre agenzie costituite (tra cui quella di regolazione e vigilanza delle risorse idriche) e trasferendo i compiti in capo alle autorità (costituende o esistenti). Per un valutazione d'insieme riguardante gli sviluppi recenti della disciplina delle Autorità di regolazione, nelle sue contraddizioni, si v. M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, n. 2, p. 170 ss.

⁵ Si v. G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in F. MERUSI-S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2017, che definisce la legge n. 481/1995 quale "legge generale della regolazione". Si v. anche i rilievi critici di S. CASSESE, *La legge n. 481/1995. Crisi delle autorità indipendenti*, in *Energia*, n. 4/2015, p. 10, che critica il fenomeno dell'invasione legislativa nelle aree che dovrebbero essere oggetto della regolazione.

⁶ Sulla necessità di una nuova riflessione in tema di servizi pubblici locali, alla luce di parametri essenziali quali la reale portata dei vincoli comunitari, la responsabilità ultima degli enti locali rispetto agli utenti dei servizi, la valutazione realistica dei limiti dell'utilizzo degli strumenti contrattuali, si v. G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2011, 2, p. 381 ss., e, da ultimo, in A. FARI-E. GUARNA ASSANTI (a cura di), *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. III, *Economia, ambiente e servizi*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 1357 ss. Sul tema si v. anche F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazioni*, in *Federalismi*, 2016.

esse stesse destinatarie della regolazione delle autorità indipendenti, con il risultato di uno spostamento dell'asse focale dell'inquadramento scientifico dei poteri regolatori, dalla dinamica della posizione di limite alla libertà economica privata, nell'interesse generale, a quello che potrebbe definirsi l'"orientamento della regolazione locale" in direzione del perseguimento di obiettivi (anch'essi di interesse generale) che il regolatore locale non può perseguire.

Viene in gioco, com'è ovvio, anche la specifica differenza contenutistica del termine "regolazione" come declinato a livello locale, rispetto alla regolazione indipendente delle autorità. Storicamente il modello del "comune regolatore" è ancorato ai presupposti specifici dell'organizzazione di un servizio attribuito in privativa in cui la lettura dei bisogni della collettività amministrata era un tutt'uno con la predisposizione di strumenti pubblicistici finalisticamente orientati alla migliore risposta pubblica ai bisogni medesimi. Si tratta, com'è evidente, di un'accezione diversa da quella di regolazione indipendente, connotata dal carattere condizionale della "selezione di scelte private"⁷, in un'ottica di gestione economica del servizio e in un ambiente di (almeno potenziale) mercato concorrenziale.

Sotto un diverso profilo emergono anche le criticità del nuovo assetto istituzionale, legate alla visione marcatamente economica dei servizi pubblici locali che ne costituisce il presupposto teorico e alla conseguente trasformazione del ruolo degli enti locali in tale ambito. L'interrogativo di fondo è se tale visione, proiettandosi nella dimensione pro-concorrenziale che è caratteristica essenziale della regolazione economica indipendente, non tralasci altri aspetti fondanti della stessa concezione dei servizi pubblici locali, nella loro funzione di snodo del rapporto tra istituzioni locali e società⁸.

⁷ Il dibattito in materia è talmente ricco da essere difficilmente riassumibile in poche battute. Tra i contributi di carattere generale sulla regolazione, solo negli anni Duemila, si v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole, in Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 266; P. LAZZARA, *autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; G. TESAURO-M. ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; G. NAPOLITANO, *Regole e mercati nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dell'energia elettrica e del gas*, Giuffrè, Milano, 2006; D. COEN-A. HERITIER (eds), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006; M. D'ALBERTI-A. PAJNO, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria ieri, oggi e domani*, in F. MANGANARO-M. CAFAGNO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Firenze University Press, Firenze, 2016; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2/2018, p. 337 ss.

Sulle problematiche del rapporto tra autorità indipendenti ed enti territoriali, si v. P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, p. 149 ss.; G. SIRIANNI-A. VALASTRO, *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, www.astrid-online.it.

⁸ Appaiono centrati i rilievi critici mossi da F. TRIMARCHI BANFI (*Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, p. 15 ss.) alla scelta del legislatore degli anni Duemila di iper-valutare il principio di concorrenza, identificandolo come portatore della "virtù della razionalità" ed esclusivo motore del benessere collettivo. Si v. anche la lettura critica di B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto di regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, in <http://rivistadellaregolazioneideimercati.it>, il quale mette in guardia dall'immagine del mercato che si assume e che può far piegare la regolazione a finalità non aderenti alla realtà effettiva dei singoli mercati da regolare. La riconduzione delle relazioni di mercato a modello delle relazioni sociali (in cui la concorrenza è sempre positivamente inquadrata quale beneficio per gli utenti) rischia di creare un modello unico che copre la concreta realtà delle relazioni di mercato e dell'oggetto della regolazione.

Di tutte queste peculiarità occorre, dunque, tenere conto ove si voglia indagare le specificità della regolazione indipendente dei servizi locali.

A questo fine, il presente studio è articolato in due parti: dapprima sono indagati i fattori che erodono il modello del comune regolatore, a partire da quello che sembra configurarsi come un nuovo paradigma europeo dei servizi, emergente dalle norme di settore che hanno recepito le direttive comunitarie; nella seconda parte l'attenzione è focalizzata sulle funzioni delle autorità indipendenti rispetto ai sistemi di *governance* dei servizi esaminati, per indagarne la specificità del ruolo e dello stesso significato di regolazione in tale contesto.

2. Regime dei servizi e principi europei comuni

L'estensione della regolazione indipendente ai settori dei trasporti pubblici locali, del servizio idrico e del ciclo dei rifiuti reca con sé implicazioni che oltrepassano la semplice questione di come si redistribuiscano compiti regolatori nell'ambito dei rispettivi sistemi di *governance* multilivello, in sé già caratterizzati da una notevole complessità. Non è azzardato, infatti, affermare che l'introduzione delle autorità di regolazione in questi settori, rifletta una profonda trasformazione, quasi un cambio di paradigma, nel modo di organizzare e gestire i servizi economici locali.

Molto più che nelle norme riguardanti l'assetto generale dei servizi locali a contenuto economico, è proprio attraverso il recepimento settoriale delle direttive comunitarie in materia di trasporti, rifiuti, governo delle acque, che sono transitati modelli e principi recanti un nuovo approccio nell'organizzazione e gestione degli stessi⁹.

Procedendo per prime approssimazioni e semplificando, al solo fine di fare emergere gli schemi di fondo¹⁰, è possibile trarre dai singoli plessi normativi le componenti di uno schema che sembra incrinare il modello del "comune regolatore"¹¹ (all'interno di una *governance*, nel tempo, sempre più articolata e

⁹ È noto come l'attitudine del legislatore interno a dettare una disciplina generale dei servizi locali di interesse economico marcatamente diretta verso la liberalizzazione o comunque verso l'esternalizzazione dei servizi, abbia trovato puntuali battute d'arresto, dapprima per effetto del referendum abrogativo del 2011 (che ha abrogato l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, conv. dalla legge n. 133/2008, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché la parte dell'art. 154 del codice dell'ambiente che individuava quale componente della tariffa del servizio idrico integrato il criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito); poi in ragione della sentenza della Corte Cost. n. 199/2012, che ha annullato l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, conv. dalla legge n. 148/2011, che sostanzialmente riproponeva gli stessi contenuti del precedente art. 23-*bis*, abrogato tramite il referendum.

¹⁰ L'espressione è utilizzata da F. MERUSI, *La regolamentazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: un'introduzione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 1 ss., e in F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012.

¹¹ Per l'analisi di questa figura si rinvia allo studio di G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, ETS, Pisa, 2012. Per quanto il termine "comune regolatore" nasconda l'insidia di assumere una concezione contemporanea di regolazione (che invece si alimenta proprio in un contesto di separazione tra le suddette funzioni), esso è utile per fotografare quell'assetto giunto fino ai nostri giorni, di un comune che, attraverso i propri regolamenti, aveva il potere di decidere l'assunzione diretta di taluni servizi; di fissarne le

complessa), per giungere, conseguentemente, a porre le premesse normative all'introduzione della regolazione indipendente negli ambiti del trasporto locale, del servizio idrico e del ciclo dei rifiuti.

2.1. La disarticolazione del servizio e gli obblighi di servizio pubblico (trasporti)

Il plesso normativo riguardante i trasporti pubblici costituisce, senza alcun dubbio, il terreno privilegiato per osservare come i principi europei hanno indotto una profonda trasformazione nella definizione del regime dei servizi pubblici locali.

Come è noto, il termine “pubblico servizio” ricorre una sola volta nel Trattato europeo proprio con riferimento alle specifiche esigenze di finanziamento legate ai trasporti: l'art. 93 TFUE dichiara, infatti, compatibili gli aiuti relativi alle necessità di «coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

È chiara la consapevolezza dello stretto collegamento esistente tra servizi di trasporto pubblico (si pensi proprio a quello locale) ed esigenze di accessibilità e qualità, oltre che di frequenza e diffusione sul territorio, che ne deviano la conformazione rispetto alle attività misurabili secondo parametri di mercato: in questo senso i trasporti pubblici sono l'emblema del “servizio pubblico” nell'accezione conosciuta dagli ordinamenti dell'Europa continentale.

Il cuneo attraverso il quale la normativa comunitaria scardina il regime dei servizi di trasporto pubblico nei singoli Stati membri (e con essi il regime dei servizi economici in generale), è rappresentato dalla nozione di “obbligo di servizio pubblico”, che presuppone la capacità delle autorità politiche di leggere i servizi nelle loro *performance* economiche e di individuare le aree in cui la diretta rilevanza dei bisogni sociali impone una “torsione” rispetto all'ordinaria gestione privata dei servizi stessi.

Il regolamento n. 1191/69 del Consiglio¹² ci ha consegnato, così, la prima definizione di tali obblighi, identificati nelle prestazioni che l'impresa di trasporto, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o comunque non nella stessa misura, né alle stesse condizioni. Inizialmente lo scopo era quello di spingere gli Stati membri a eliminare le disparità tra le imprese di trasporto legate all'imposizione di diversi obblighi di servizio pubblico, in direzione di una loro eliminazione, o comunque di una ridefinizione solo in presenza di effettive necessità. Con il regolamento CE n. 1370/2007 (che abroga il precedente) la questione è stata posta, invece, in positivo: proprio in ragione della rilevanza sociale dei trasporti pubblici quali servizi di interesse economico generale (e dei trasporti locali al loro interno) si prevede che le autorità pubbliche possano definire obblighi di servizio pubblico, negli specifici

regole e stabilirne l'organizzazione e la gestione, secondo una propria discrezionalità. La capacità regolatoria del comune trovava il suo fondamento nel potere sui beni demaniali (interferente con tutti i servizi che richiedevano un'infrastruttura) e nel potere di polizia, che facultizzava il comune a definire il regime di alcuni servizi e a esercitare il controllo sulle attività private. La spinta alla municipalizzazione, dettata dalla necessità di dare una risposta ai bisogni dei centri urbani che si stavano costituendo, non era estranea anche alla volontà di «utilizzare la rendita monopolistica per finanziare le casse comunali». Così R. FAZIOLI, *Economia delle public utilities. L'evoluzione dell'intervento pubblico di regolazione, liberalizzazione e privatizzazione*, libreria.universitaria.it edizioni, Padova, 2013.

¹² Si tratta del regolamento del 26 giugno 1969, n. 1191, del Consiglio CE, modificato con regolamento del 2 giugno 1991, n. 1893.

contratti di servizio e secondo articolati criteri di copertura delle perdite, definiti nell'ottica di predeterminare in modo oggettivo la misura della compensazione¹³.

La disciplina europea dei servizi ferroviari aggiunge l'ulteriore tassello legato alla separazione tra i mercati dei servizi finali e quelli dei servizi infrastrutturali: si supera il presupposto giustificativo dei monopoli pubblici, quantomeno laddove le condizioni di mercato consentano un effettivo sviluppo di una pluralità di soggetti offerenti il servizio, previo accesso all'unica infrastruttura, la cui gestione viene riportata a tutti gli effetti a esercizio di un'attività economica (anziché qualificarsi come funzione pubblica)¹⁴.

In questa logica di "scomposizione", che trova nella disciplina europea dei trasporti un terreno fertile, le autorità pubbliche sono, quindi, chiamate a selezionare, a monte, quegli interessi generali che costituiscono la missione propria dei servizi e a valutare in quale misura il mercato (considerato non in astratto ma nella concretezza delle dinamiche territoriali, ove ci si riferisca ai servizi pubblici locali) fallisca nella realizzazione di quegli stessi interessi generali. La logica pro-concorrenziale non impedisce l'attribuzione di diritti esclusivi ma ne chiede la giustificazione, premesso che la loro stessa costituzione potrebbe rappresentare un abuso, alla luce della giurisprudenza europea¹⁵; così come l'estensione dei diritti esclusivi deve fondarsi su un criterio giustificativo, che può essere l'esistenza di un monopolio naturale; o piuttosto la sussistenza di economie di densità o il carattere di bene pubblico, in termini economici, del servizio stesso (con relativi fenomeni di *free riding*)¹⁶.

Le questioni che tanto hanno affaticato il dibattito nazionale, sulle modalità di affidamento dei servizi e in particolare sulla preferenza per il metodo della gara, si pongono a valle dell'ordine di valutazioni precedente, che abbraccia il regime dei servizi, e che richiede un ampio ordine di motivazioni nel definire le deroghe al regime concorrenziale¹⁷. Se le misure derogatorie rispettano una serie di parametri (stretta inerenza agli obiettivi di interesse generale; migliore opzione in termini di vantaggi per la collettività; non incidenza in un mercato esistente; coerenza con un principio di proporzionalità; chiara

¹³ Sotto questo profilo è chiaro il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che aveva contribuito a comporre le norme in materia di aiuti di stato e le deroghe concesse a simili servizi in rapporto alla missione pubblica loro attribuita. Il riferimento va essenzialmente alla sentenza *Altmark* (Corte Giust. 24 luglio 2003, C-280/00), dalla quale peraltro si evince anche il principio di riconduzione dei servizi locali alle norme del Trattato, specie laddove le loro dimensioni siano tali da attrarre operatori europei.

¹⁴ Trib. UE 12 dicembre 2000, T-128/98.

¹⁵ È emblematica, al riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia 10 dicembre 1991, C-179/90 *Merci convenzionali, Porto di Genova*, in cui viene superato l'assunto secondo il quale il diritto antitrust tollera le posizioni dominanti ma ne sanziona gli abusi: in questo caso si afferma che la definizione di talune posizioni dominanti nel mercato (mediante l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi) può essere in se stessa lesiva della concorrenza. Ne deriva la necessità di uno scrutinio di compatibilità dei diritti esclusivi attribuiti "a monte" con il diritto della concorrenza.

¹⁶ Si v. l'ampia ricognizione operata da M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, in *Istituzione e regolamentazione dei trasporti: temi di riflessione*, Autorità di regolazione dei trasporti, Rapporto dell'advisory board, 2015, (consultabile nel sito dell'Autorità), p. 20 ss.

¹⁷ Con riferimento al regime delle eccezioni alle regole della concorrenza, è interessante la notazione di F. Trimarchi Banfi, secondo la quale le previsioni dell'art. 106, comma 2, TFEU, «non si collocano sul terreno dei fallimenti del mercato e dei conseguenti interventi correttivi, ma muovono dal presupposto diverso che un mercato concorrenziale normalmente funzionante possa mostrarsi inidoneo a conseguire i risultati legittimamente perseguiti dall'autorità, secondo propri disegni di carattere politico» (*Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit.).

definizione in un atto di affidamento in cui sono esplicitati espressamente i criteri di compensazione e simili) le stesse sono pienamente compatibili con le norme comunitarie e non presuppongono obbligatoriamente l'affidamento tramite ricorso al mercato¹⁸.

2.2. La separazione delle funzioni pubbliche legate al servizio (rifiuti)

Il plesso delle norme europee in materia di rifiuti consente di illuminare il tema del nuovo paradigma europeo dei servizi locali, con riferimento ad una prospettiva ulteriore (comune ai vari servizi), che è quella della distinzione tra pianificazione e organizzazione/gestione dei servizi economici locali a rete, nel caso di specie con riferimento al ciclo dei rifiuti¹⁹.

A partire, infatti, dalle primissime direttive degli anni Settanta, nei successivi pacchetti degli anni Novanta e del Duemila, un forte accento è stato posto sulla necessità che all'interno degli Stati membri fossero individuate autorità incaricate di pianificare il ciclo dei rifiuti, dapprima con riferimento alle attività di smaltimento, poi con riferimento all'intera gestione. I piani hanno la funzione centrale di recepire i principi comunitari che orientano la politica economica in materia, dettando addirittura una gerarchia di azioni (prevenzione, riutilizzo, riciclaggio, recupero, smaltimento) e fissando principi che tendono a organizzare il ciclo in ambiti ottimali nonché a valorizzare lo smaltimento e il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati presso gli impianti che rispondano ad un principio di prossimità rispetto ai luoghi di produzione e di raccolta e che garantiscano l'autosufficienza dell'ambito considerato²⁰. La pianificazione assume un ruolo centrale, quindi, anche in rapporto alla previsione della tipologia degli impianti necessari, alla loro localizzazione, alla qualificazione dei soggetti che ne sono abilitati²¹.

¹⁸ Trib. UE, 15 giugno 2005, causa T-17/02 *Fred Olsen*.

¹⁹ Il complesso delle suddette norme è oggi recepito nella parte quarta del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006). È questo tessuto normativo che, per la prima volta in modo compiuto (in adeguamento alla disciplina comunitaria), definisce il sistema di smaltimento e recupero dei rifiuti urbani come servizio a rete, di ambito sovracomunale, secondo una visione industriale che segna una significativa discontinuità rispetto al passato (in cui la stessa qualificazione del servizio in questi termini era difficilmente ipotizzabile).

²⁰ Così l'art. 182-*bis* del d.lgs. n. 152/2006 (nel recepimento delle direttive comunitarie). Sul punto si è prodotta anche una giurisprudenza significativa. La Corte costituzionale ha stabilito che il divieto di smaltimento dei rifiuti extra-regionali, espresso dall'art. 182, comma 3, relativamente ai rifiuti urbani non pericolosi, non può estendersi a quelli speciali (siano essi pericolosi o meno), in ragione della difficoltà di prevenire in modo attendibile la dimensione quantitativa e qualitativa del materiale da smaltire. Secondo il Consiglio di Stato (19 febbraio 2013, n. 993) il principio di autosufficienza locale nello smaltimento può applicarsi solo a quelli urbani non pericolosi, dovendosi invece applicare, nel caso dei rifiuti speciali, il differente principio della specializzazione, integrato dal principio di prossimità, in modo da ridurre la movimentazione dei rifiuti stessi. Ne risulta, in conclusione, che il principio di autosufficienza locale si applica allo smaltimento dei rifiuti urbani differenziati e indifferenziati, al recupero dei rifiuti urbani indifferenziati, con l'affermazione della libera circolazione dei rifiuti urbani differenziati destinati al recupero (come emerge anche dalla sentenza del TAR Toscana, sez. II, 16 gennaio 2012, n. 83).

²¹ Ai sensi dell'art. 16 della direttiva 2008/98/CE, gli Stati membri «adottano le misure appropriate per la creazione di una rete integrata e adeguata di impianti di smaltimento e di impianti per il recupero dei rifiuti urbani non differenziati provenienti dalla raccolta domestica». La rete deve essere concepita in modo da consentire agli Stati di raggiungere l'autosufficienza.

Ai sensi della pronuncia della Corte Giust. UE, II, 9 aprile 2014, C-225/13, le autorità competenti degli Stati membri devono elaborare «uno o più piani di gestione dei rifiuti» per conseguire gli obiettivi della direttiva. I piani riguardano i tipi, le quantità, le origini dei rifiuti da recuperare o smaltire, i requisiti tecnici generali, le disposizioni per i rifiuti speciali, nonché i luoghi di localizzazione degli impianti di smaltimento.

Il nuovo modello europeo dei servizi si fonda (per replicarsi, però, anche negli altri settori dei servizi economici locali) sulla suddivisione tra i livelli della pianificazione/programmazione, dell'organizzazione (a livello di ambito), della gestione in senso stretto. L'accento posto sulla necessità di adeguati livelli di pianificazione del servizio, in coerenza agli obiettivi fissati dall'UE, consente di prefigurare diversi possibili modelli gestori, a scelta degli Stati membri. In tal senso, la scelta del legislatore italiano di confermare la privativa comunale in tema di raccolta, trasporto e, quantomeno, avvio al recupero o allo smaltimento dei rifiuti urbani, trova un solido ancoraggio nelle ragioni di carattere anche economico (le c.d. economie di densità), come dimostra l'indagine condotta dall'AGCM nel settore rifiuti alla vigilia della riforma dell'assetto regolatorio²².

È significativo osservare come la disciplina europea del ciclo dei rifiuti trovi il proprio motore principale nella tutela dell'ambiente, prima ancora che nella promozione di una dinamica pro-concorrenziale, e questo è evidente nella forte incidenza della pianificazione, nonché nella conformazione al mercato che risulta dai principi enunciati, che creano precisi vincoli alla libera prestazione dei servizi. Le numerose procedure di infrazione che hanno visto coinvolta l'Italia testimoniano come spesso la Commissione abbia contestato l'inadeguato recepimento del sistema di qualificazione e dei controlli, o piuttosto l'inadeguatezza della rete di impianti previsti rispetto agli obiettivi di recupero fissati dall'Unione²³.

Prima ancora che la necessità di una liberalizzazione dei mercati, viene in evidenza l'adeguatezza degli strumenti tramite i quali perseguire gli obiettivi comunitari in materia di tutela ambientale. In questa chiave, la stessa politica tariffaria diventa funzionale a incentivare investimenti, perseguire obiettivi virtuosi, rendere effettivi principi quale quello del "chi inquina paga" o della responsabilità estesa del produttore, che richiedono una corretta imputazione dei costi e delle prestazioni (impossibile in un regime di tassazione).

2.3. La promozione dei livelli qualitativi minimi e universali (idrico)

L'analisi del plesso di direttive europee riguardanti il servizio idrico illumina l'indagine sullo schema europeo riguardante i servizi pubblici economici locali sotto un ulteriore aspetto, che è quello relativo alla necessità di garantire la qualità del servizio e un'adeguata tutela dell'utenza²⁴.

Nel caso specifico, la dimensione della qualità è enfatizzata dalle particolari caratteristiche del bene acqua, quale bene pubblico oggetto di diritti fondamentali secondo l'ordinamento internazionale, europeo, interno²⁵. Non è casuale che l'ordinamento europeo non abbia mai dettato una disciplina unitaria dei servizi idrici, offrendo piuttosto un quadro sempre più articolato di norme

²² AGCM, *Indagine conoscitiva sul mercato dei rifiuti urbani*, IC49, Roma, 10 febbraio 2016, in <http://www.agcm.it>.

²³ Si v., ad es., Corte Giust. 25 novembre 2004, causa C-447/03.

²⁴ L'insieme delle direttive comunitarie in materia sono recepite nella parte terza del codice dell'ambiente, d.lgs. n. 152/2006.

²⁵ Si consideri la risoluzione adottata dall'Assemblea Generale dell'Onu il 25 settembre 2015, recante l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile. L'Obiettivo 6 della Risoluzione si focalizza sulla necessità di ottenere «l'accesso universale ed equo all'acqua potabile che sia sicura ed economica per tutti» e «l'accesso ad impianti sanitari e igienici adeguati ed equi per tutti».

riguardanti la qualità delle acque²⁶, dal quale discendono, poi, conseguenze rilevanti anche per la programmazione, organizzazione e gestione del relativo servizio.

Proprio nella consapevolezza che il bene acqua non è un mero oggetto commerciale, ma un patrimonio che va protetto, l'approccio europeo presuppone la necessità di una regolazione pubblica, che sia complementare alle regole del mercato.

Sotto questo profilo, la direttiva quadro in materia di acque (direttiva 2000/60/CE) obbliga a considerare il ciclo dell'acqua un modo integrato, per assicurarne un uso sostenibile, equo, equilibrato, migliorare la qualità delle acque e la loro protezione (sia con riferimento alle acque superficiali che sotterranee). I preponderanti interessi pubblici, di tutela dell'ambiente e della salute umana, connessi a tali attività, richiedono che la gestione delle risorse idriche sia organizzata sulla base di bacini idrografici (non necessariamente connessi ai confini degli enti territoriali locali), e che il perseguimento degli obiettivi di tutela sia garantito, in primo luogo, da adeguati piani di gestione. Le norme europee assegnano un valore centrale a tali strumenti, sulla base dei quali dovrebbe svilupparsi sia l'attività di organizzazione e gestione, sia il relativo controllo delle autorità pubbliche in ordine al raggiungimento degli obiettivi di tutela prefissati.

La direttiva quadro europea pone una certa enfasi anche sulla necessità di una partecipazione attiva dei cittadini nelle scelte adottate in materia di organizzazione e gestione del ciclo delle acque, proprio a partire dalla necessità di forme di consultazione pubblica riguardanti i piani di gestione, attraverso la predisposizione di idonei strumenti informativi che rendano costantemente consapevoli della qualità dell'acqua e delle caratteristiche del servizio reso.

In questo quadro, si lascia agli Stati membri la possibilità di sviluppare diversi modelli di gestione, purché la struttura organizzativa sia messa nelle condizioni di funzionare in modo efficiente: da qui il ricorso a strumenti endogeni di finanziamento che consentano la fornitura del servizio al giusto prezzo, cioè in considerazione del suo valore economico reale, nella copertura integrale dei costi (principio del *full recovery cost*). Ciò significa che gli utenti del servizio idrico (famiglie, industria, agricoltura) sono chiamati a sostenere integralmente i costi (di fornitura, investimento e recupero) del servizio, nella misura in cui ciò non impedisca l'accessibilità della risorsa ad un prezzo ragionevole (specialmente da parte degli strati della popolazione "vulnerabili ed emarginati").

La recente approvazione, da parte del Parlamento europeo, di una proposta di direttiva sulle acque destinate al consumo umano sottolinea questi aspetti, impegnando le istituzioni europee a fissare *standard qualitativi minimi comuni* che garantiscano l'accesso universale all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari²⁷.

²⁶ Ciò è evidente dalla progressione delle direttive comunitarie in materia, che partono da un approccio di riduzione dell'inquinamento ad uno connesso alla valorizzazione della qualità delle acque: direttiva 76/464/CEE sulla riduzione dell'inquinamento provocato da sostanze pericolose; direttiva 80/778/CEE relativa alla qualità delle acque destinate al consumo umano (sostituita dalla direttiva 98/38/CE, più volte oggetto di modifiche); direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane; direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole; fino all'ultima, la direttiva 2000/60/CE, che ha istituito un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

²⁷ Si v. la proposta di direttiva della Commissione COM (2017) 753, del 1° febbraio 2018, che modifica la direttiva 98/83/CE e conclude la consultazione pubblica apertasi per effetto del-

3. L'erosione del modello del “comune regolatore”

Il riferimento, per quanto schematico, alle direttive europee nei settori dei trasporti pubblici locali, del ciclo dei rifiuti e del servizio idrico, consente di evidenziare le tre dimensioni del paradigma europeo che scardinano il modello unitario interno dei servizi pubblici locali, centrato sulla figura del “comune regolatore”:

a) la prima dimensione è quella relativa alla necessità di osservare i servizi in modo articolato, distinguendo le aree che possono essere oggetto di privata (o che comunque rientrano nel concetto di obbligo di servizio pubblico/universale o sono connessi alle reti e alle infrastrutture), dalle aree in cui invece si possono aprire spazi di mercato²⁸;

b) la seconda è una distribuzione delle funzioni pubbliche che concentri l'individuazione delle finalità di politica pubblica dei servizi a livello di piani e programmi, ai quali la distinta organizzazione e gestione sia informata; ne consegue la necessità di restituire le gestioni alla loro dimensione economica, sia pure nel quadro degli obiettivi e dei vincoli derivanti dalla pianificazione e dalla regolazione pubblica;

c) la terza è quella della specifica rilevanza della tutela dell'utenza, dell'interesse alla qualità dei servizi che si traduce, in modo più o meno marcato, in coerenti limiti alla gestione imprenditoriale dei servizi stessi.

Si potrebbe, quindi, affermare che il paradigma europeo implichi la riconduzione dei servizi alla vocazione imprenditoriale loro propria, ma all'interno di un sistema di regole che sia idoneo a individuare gli obiettivi extra-economici e a indirizzarne la realizzazione, per l'intero ciclo del servizio (laddove, come nel caso dei rifiuti urbani o del servizio idrico, diverse attività concorrano a configurare il servizio stesso). L'obiettivo pro-concorrenziale trova limiti essenziali negli obiettivi di tutela ambientale²⁹, e di garanzia dei diritti fondamentali (come quello alla salute) dei cittadini, che non possono non informare di sé la stessa strutturazione degli strumenti economici (si pensi alla previsione di meccanismi incentivanti e sanzionatori in tariffa).

I tratti di quello che, nel suo complesso, può essere definito un nuovo paradigma europeo dei servizi economici locali, trovano corrispondenza nell'ordinamento italiano dei servizi pubblici locali, pur nelle incertezze e contraddittorietà che ne hanno segnato lo sviluppo (e che talvolta ne ha anticipato i contenuti, come in tema di pianificazione dei servizi).

Specie le leggi degli anni Novanta e Duemila hanno adottato un approccio

l'iniziativa dei cittadini europei *Righ2Water* (con la partecipazione di 1,8 milioni di persone) volta a chiedere alle istituzioni l'impegno a garantire l'accesso universale all'acqua potabile e ai servizi igienico sanitari. Nella proposta si sottolinea il valore del bene acqua come contenuto di diritti fondamentali: significativo è il richiamo alla Risoluzione del Consiglio di Europa n. 1693/2009, secondo la quale «l'accesso all'acqua deve essere riconosciuto come diritto umano fondamentale, essendo l'acqua una risorsa essenziale che deve essere condivisa dall'umanità». Sotto questo profilo si v. anche il richiamo al principio 20 della Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali (17 novembre 2017), per cui «ogni persona ha il diritto di accedere a servizi essenziali di qualità, compresa l'acqua».

²⁸ Ciò è riconosciuto dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 199/2012 e n. 325/2010, ove ci si richiama alla norma comunitaria per sostenere la necessità che siano giustificate le restrizioni nel mercato e quelle connesse alla concorrenza per il mercato.

²⁹ Si pensi alle sentenze della Corte di Giustizia che hanno condannato l'Italia per la mancata o non corretta applicazione della direttiva in materia di raccolta e trattamento delle acque reflue: la carenza di fognature adeguate o di depuratori in numerosi comuni italiani è all'origine delle procedure (l'ultima, clamorosa, pronuncia, in ordine di tempo, è Corte Giust., 31 maggio 2018, C-251/17).

volto a sostenere un regime industriale dei servizi, finalizzato ad un recupero di efficienza nella gestione degli stessi, nel tentativo di superarne le endemiche diseconomicità (si pensi al settore trasporti pubblici locali) e l'estrema frammentarietà (evidente per il servizio idrico e per la raccolta rifiuti, saldamente ancorati alla dimensione della municipalità), nonché al fine di favorire lo sviluppo di investimenti privati nei settori medesimi. La dottrina più attenta ha parlato di un modello che «esternalizza la gestione e privatizza il rapporto di servizio»³⁰ attenuando la responsabilità politica dell'ente territoriale locale.

In questa direzione, già a partire dalle fondamentali leggi degli anni Novanta (la legge Galli per l'idrico, n. 36/1994; il decreto Ronchi per i rifiuti, n. 22/1997; il d.lgs. n. 422/1997, per il trasporto pubblico locale), lo schema organizzativo ricorrente sembra presupporre l'incrinatura del modello compatto di comune regolatore: in tale direzione convergono sia l'integrazione orizzontale dei servizi (tramite la spinta alla riorganizzazione per ambiti territoriali ottimali), sia l'integrazione di tipo verticale, che, ricercando l'ottimale dimensione economica, erode i presupposti stessi della privativa comunale³¹.

In particolare il principio di gestione dei servizi per ambiti ottimali costituisce un pilastro della disciplina dei servizi economici locali a rete³², nonostante le alterne vicende che hanno interessato le autorità d'ambito (dapprima fulcro delle riforme degli anni Novanta, poi soppresse per effetto della legge n. 191/2009), oggi sostituite dagli "enti di governo di ambito"³³. Laddove costituiti, gli enti di

³⁰ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, p. 623 ss., la quale si riferisce al modello che informa la gestione dei servizi locali, secondo il quale il contratto di servizio implica la protezione dall'ingerenza politica ma altresì l'esternalizzazione della gestione (con il beneficio di una più marcata autonomia del gestore ma anche di una minore capacità di controllo dell'ente locale); e la scelta di gestori organizzati in forma societaria implica la privatizzazione del rapporto di servizio.

³¹ Non è mancato chi ha osservato come la riorganizzazione per ambiti ultra-comunali, ricercando una dimensione economica ottimale per la gestione dei servizi che consenta di individuare la migliore risposta ai bisogni delle collettività, in condizioni di efficienza, creerebbe i presupposti per il venir meno della privativa comunale, venendo meno la diretta titolarità comunale, (G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, cit., p. 161) o, addirittura, metterebbe in discussione le condizioni giustificative di forme organizzative del servizio come l'*in house* (M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., p. 127). Anche la spinta all'integrazione verticale dei servizi (secondo elemento comune), funzionale all'affidamento all'unico gestore a livello di ambito, eroderebbe ulteriormente il potere comunale, creando le condizioni per l'autonomia del soggetto gestore, sia pure nella vigilanza dell'autorità d'ambito (ove istituita). Va ulteriormente evidenziato come la configurazione del servizio integrato non trovi un necessario parallelismo con l'ambito della privativa, potendo i relativi confini variare in relazione alle esigenze di organizzazione dei servizi a livello di singoli ambiti (ciò è rilevante soprattutto nel caso dei rifiuti: è possibile, ad esempio, che il servizio integrato comprenda la gestione dell'impianto di smaltimento, ove lo stesso non sia di proprietà privata).

³² La Corte ha affermato tale principio già all'indomani della soppressione delle autorità d'ambito, aggiungendo che un ritorno al modello di una frammentazione gestionale «sarebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza, sussidiarietà e adeguatezza» (Corte Cost. 4 aprile 2011, n. 128). Successivamente il principio di gestione dei servizi pubblici locali a rete per ambiti ottimali viene sancito dal d.l. n. 1/2012, di modifica del d.l. n. 138/2011, con preferenza per il livello provinciale, considerato misura di un livello quantomeno "minimo" di strutturazione del servizio. Su queste vicende si v. la ricostruzione operata da M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. Il rapporto con l'Aeegsi*, in *Amministrazione in Cammino*, 31 maggio 2017.

³³ Si utilizza questa espressione per indicare, in modo sintetico, le diverse forme organizzative che le regioni possono individuare al fine di esercitare le funzioni di ambito. In Lombardia, con riferimento alla gestione del servizio idrico integrato, la legge regionale ha individuato negli "uffici di ambito" apposite aziende speciali provinciali deputate allo svolgimento delle funzioni di ambito (l.r. n. 21/2010). La stessa Lombardia ha compiuto scelte peculiari: non ha organizzato il servizio rifiuti

governo assorbono le funzioni di vasta area, obbligando i comuni ad esercitare le proprie prerogative al loro interno. In particolare gli enti di governo d'ambito, dove istituiti e secondo un modello analogo nei diversi settori considerati, esercitano funzioni regolatorie importanti, quali l'emanazione dei piani di ambito, l'approvazione del sistema tariffario, la scelta e la disciplina dei rapporti con il soggetto gestore, attraverso i contratti di servizio. Il tutto in un quadro particolarmente complesso che, specie a livello di pianificazione, vede l'intrecciarsi di competenze diverse e di livelli di pianificazione differente³⁴. Per effetto di questo sistema, il potere regolatorio comunale è eroso non solo sotto il profilo dello spostamento delle funzioni relative all'organizzazione e regolazione del servizio a livello di ambito (laddove gli enti di governo sono istituiti) ma anche nei contenuti delle scelte che devono armonizzarsi con i livelli di pianificazione a monte, secondo intrecci complessi.

Se dunque le suddette linee direttrici sembrano muovere in direzione di un'erosione del ruolo regolativo comunale, occorre tuttavia sottolineare non solo l'ampia inattuazione delle norme (rimanendo una diffusa frammentazione delle gestioni), ma anche la non linearità dell'evoluzione dello stesso quadro normativo, che, specie dopo l'acceso dibattito che ha accompagnato il referendum del 2011, sembra volgere verso una nuova valorizzazione della municipalizzazione³⁵. È significativo, sotto questo profilo, l'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, che prevede la formulazione di una relazione, da parte dei comuni (o enti di governo di ambito), volta a motivare le proprie scelte, in coerenza con la disciplina europea, riguardanti le modalità di organizzazione e gestione dei servizi a rete di rilevanza economica (in modo espresso con riferimento ai trasporti, all'idrico e ai rifiuti). La relazione assume una specifica rilevanza nel caso dei presupposti giustificativi delle gestioni *in house*, oltre che nella definizione degli obblighi di servizio pubblico e delle relative compensazioni economiche. La norma in esame è significativa perché ha introdotto un onere motivazionale per gli enti affidanti, che non è controbilanciato, come in passato, da una verifica esterna, con l'effetto di amplificare il carattere assolutamente discrezionale della scelta effettuata³⁶. Il giudice amministrativo, in

secondo ambiti territoriali ottimali (l.r. n. 27/2003); per i trasporti locali ha optato per una suddivisione in bacini e relativa costituzione di agenzie per il trasporto pubblico locale (l.r. n. 6/2012).

³⁴ Con riferimento ai trasporti, si pensi alla centralità della programmazione regionale, alla quale si riconducono scelte allocative fondamentali, tra le quali l'individuazione dei servizi minimi (in un'ottica di integrazione delle varie modalità di servizio), rispondenti ai bisogni essenziali della collettività nei diversi ambiti e finanziati con risorse del bilancio regionale. Per il servizio idrico, la pianificazione d'ambito intercetta, a monte, la pianificazione territoriale con valenza ambientale (il piano di bacino), che fa capo ad enti pubblici (le autorità di bacino) che esprimono una spinta centralizzatrice (per la prevalenza della rappresentanza e dell'indirizzo statale) e che individuano le azioni necessarie per la conservazione, difesa, valorizzazione e corretto utilizzo delle acque. Per i rifiuti, oltre al piano di bacino con valenza ambientale, la pianificazione di ambito intercetta anche la pianificazione infrastrutturale regionale (piani di gestione dei rifiuti). Così dovrebbero essere soddisfatti gli obiettivi di recupero e smaltimento recepiti dall'Unione, attraverso un'adeguata distribuzione degli impianti, in grado di realizzare l'autosufficienza non solo a livello di singoli ambiti, ma dell'intero territorio nazionale.

³⁵ Municipalizzazione che si coniuga come aspirazione ad una riserva pubblica per alcuni servizi locali, in particolare per quello idrico. Sono significativi i progetti di legge presentati nel 2016 (A.C. 2212-A) e nel corso del 2018, sia da parlamentari della maggioranza che dell'opposizione, relativi alla gestione pubblica delle acque (progetti di legge A.C.-52, A.C.-773). Sui significati della municipalizzazione oggi si cfr. F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, cit.; G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, in *Munus*, 2016, n. 1, V; F.R. DE MARTINO, *L'acqua come diritto fondamentale e la sua gestione pubblica*, in *Munus*, 2017, n. 1, p. 163 ss.

³⁶ Ciò è l'esito di una piena equiparazione delle diverse modalità di gestione (ricorso al merca-

questi casi, ha dimostrato talvolta di giustificare il carattere apodittico delle relazioni, talaltra di richiedere, invece, l'ancoraggio a valutazioni oggettive³⁷.

4. Regolazione indipendente “di cornice” dei sistemi esistenti

La decisione di attrarre anche i servizi locali a rete nella sfera della regolazione indipendente (pur nel modo contorto in cui è maturata nei diversi settori esaminati) segnala la volontà del legislatore di perseguire, anche su questo terreno, le finalità espresse nell'art. 1 della legge n. 481/1995, quindi, essenzialmente: promuovere la concorrenza e l'efficienza nonché favorire la diffusione omogenea, sull'intero territorio nazionale, di adeguati livelli di qualità dei servizi (in condizioni di economicità e di redditività e secondo un sistema tariffario certo), in adeguamento alla normativa comunitaria.

Appare con evidenza la continuità in cui questo disegno si pone rispetto al modello dei servizi stessi che (come si è visto) le leggi settoriali concorrono a definire, nel recepimento delle direttive comunitarie.

Il modello regolatorio appare coniugato per i servizi locali a rete in modo particolare rispetto ai servizi nazionali (elettricità, gas, comunicazioni) rispetto ai quali è nato.

Ciò è evidente a partire nelle competenze dell'Autorità dei trasporti (d'ora in avanti ART), che primariamente coprono le aree dei servizi oggetto di obblighi di servizio pubblico, e soprattutto dell'accesso alle infrastrutture, oggetto di diritti esclusivi. Per l'ARERA la competenza è chiaramente individuata con riferimento alla regolazione e al controllo del servizio idrico integrato³⁸ e al ciclo dei rifiuti urbani e assimilati³⁹. Si tratta, dunque, degli ambiti che costituiscono il cuore del servizio pubblico e che si differenziano da altri segmenti dei servizi stessi che sono già aperti al mercato e sottratti alla regolazione dell'autorità (come i rifiuti speciali o le attività di recupero dei rifiuti urbani).

La seconda particolarità riguarda il modo in cui le competenze regolatorie sono declinate rispetto alle altre amministrazioni pubbliche che costituiscono la *governance* dei servizi.

Per i servizi dell'energia e del gas (oltre che delle comunicazioni), in un contesto di *governance* essenzialmente dualistica (ministero/autorità), il pro-

to, *in house*, partenariato) laddove in passato, nel testo abrogato dal referendum del 2011, la scelta preferenziale era il ricorso al mercato e l'Antitrust era chiamata a svolgere un ruolo consultivo incisivo sulle motivazioni addotte dagli enti in ordine agli affidamenti dei servizi (specie *in house*).

Con riferimento all'affidamento della gestione dei servizi economici locali si v. M. CAFAGNO, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali*, in *Munus*, 2016, n. 3, p. 565 ss.; S. SORRENTINO, *La scelta del modello di gestione dei servizi pubblici locali*, *ivi*, 2016, n. 2, p. 489 ss.; R. CARANTA, *L'affidamento delle gestioni dei servizi pubblici locali e i principi dell'Unione Europa (con specifico riferimento al servizio idrico)*, *in ivi*, 2017, n. 3, p. 617 ss.

³⁷ Si v., quanto al primo esempio, la sentenza del TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 17 maggio 2016, n. 691; significativa, quanto al secondo ambito, è invece la sentenza TAR Lombardia, Milano, sez. III, 26 maggio 2016, 1781, che ha reputato illegittima una relazione, dell'amministrazione provinciale, con riferimento all'affidamento *in house* del servizio idrico integrato.

³⁸ Si v. le sentenze del TAR Lombardia n. 1273/2014 e n. 1274/2014, in cui si pongono una serie di distinzioni circa le attività che devono comprendersi nel perimetro del servizio idrico integrato e quindi sono soggette alla regolazione dell'AEEGSI (ARERA).

³⁹ Il ciclo dei rifiuti urbani e assimilati costituisce, infatti, l'ambito della privativa comunale, ai sensi, da ultimo, dell'art. 198 del codice dell'ambiente.

blema era quello di far convergere tutte le funzioni regolatorie in capo all'organismo indipendente, come ben esplicitato dall'art. 2, comma 14, legge n. 481/1995: «a ciascuna autorità sono trasferite tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali o da altri enti e amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, relative alle sue attribuzioni». Si tratta di una clausola puntualmente contraddetta da singole norme che hanno reso il confine di competenze meno certo (nel rapporto con il ministero competente), ma perfettamente in linea con l'orientamento comunitario, che, in particolare nelle direttive energia e gas di terza generazione, prefigura il ruolo delle autorità nazionali di regolazione in modo che «siano in grado di prendere decisioni su tutti gli aspetti della regolamentazione»⁴⁰.

Nella sfera dei servizi locali il rapporto sembra invece invertirsi, in linea con quanto previsto dalla stessa legge n. 481/1995, che nel definire la clausola di trasferimento alle autorità di regolazione di «tutte le funzioni amministrative» concernenti le proprie attribuzioni e svolte da altre amministrazioni, fa salve le «attribuzioni riservate alle autonomie locali» (art. 2, comma 14).

Nella direzione così tracciata dalla legge quadro, la legge istitutiva dell'Autorità dei trasporti, dopo aver dichiarato che la stessa «è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori» subito aggiunge «nel rispetto delle competenze delle regioni e degli enti locali di cui al titolo V della parte seconda della Costituzione» (art. 37, comma 1). Successivamente aggiunge che «restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate dal presente articolo, delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati».

Nel caso del servizio idrico, il trasferimento e la riorganizzazione delle funzioni regolatorie all'AEEGI (ARERA), sono avvenuti tramite il dpcm 20 luglio 2012, concentrato esclusivamente sul rapporto tra autorità e ministero (nell'implicito assunto di un'invarianza delle competenze attualmente in capo a regioni ed enti locali).

Infine la norma attributiva delle funzioni regolatorie in materia di ciclo dei rifiuti urbani ad ARERA, espressamente pone come incipit la seguente espressione: «al fine di *migliorare* il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti urbani e assimilati» (inizio dell'art. 1, comma 527, legge n. 205/2017).

Si apre, così, l'interrogativo di come l'ingresso delle autorità indipendenti nella complessa *governance* di questi servizi possa coniugarsi, principalmente rispetto agli enti locali, che ne sono i primi interlocutori.

La chiave interpretativa di suddette norme può essere rintracciata nella sentenza della Corte Cost. n. 41/2013, che, in occasione di un ricorso riguardante l'Autorità dei trasporti, ha affermato che la stessa si interporrebbe tra i diversi livelli di amministrazioni pubbliche con il compito di «*dettare una cornice di regolazione economica*, all'interno della quale governo, regioni ed enti locali sviluppino le politiche pubbliche in materia di trasporti, ciascuno nel rispettivo ambito»⁴¹. La medesima sentenza fa proprie, rendendole perciò generali, le argomentazioni già espresse in altra sentenza con riferimento all'Autorità dei lavori pubblici, ove la Corte aveva negato che le funzioni ad essa attribuite (con i relativi poteri sanzionatori) alterassero l'autonomia costituzionalmente garantita di regioni ed enti locali, in quanto «le attribuzioni dell'Au-

⁴⁰ Si v. E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014.

⁴¹ Corte Cost. 11 marzo 2013, n. 41. Per un commento si v. M. SEBASTIANI, *I servizi di interesse economico generale nei trasporti*, cit., p. 32.

torità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo»⁴².

Occorre, allora, indagare qual è il significato riconducibile al termine *cornice di regolazione economica*, volta a svolgere una *funzione di garanzia* e a *migliorare* i sistemi esistenti.

Un'analisi dei diversi gruppi di funzioni attribuite alle autorità, alla luce delle prime esperienze applicative, può offrire elementi utili al riguardo.

4.1. Le funzioni regolatorie indipendenti: a) di carattere tariffario e di supporto alla razionalità economica dei decisori pubblici

La lettura congiunta, quasi come se si trattasse di un quadro sinottico, delle norme che definiscono gli ambiti di competenza dell'ART e dell'ARERA nei settori dei trasporti pubblici (la prima) e dei servizi idrico e rifiuti (la seconda), evidenzia un perfetto parallelismo di funzioni, secondo un modello comune.

Emerge, in primo luogo, con evidenza l'obiettivo di improntare la gestione dei relativi servizi secondo un modello imprenditoriale⁴³, con la duplice finalità di consentire l'ingresso nella gestione delle attività anche di soggetti privati, nel presupposto del conseguimento di un incremento di efficienza dei servizi medesimi.

Nel caso dei trasporti, ciò risulta con evidenza quando si afferma che l'azione dell'Autorità garantisce l'efficienza produttiva delle gestioni, il contenimento dei costi per gli utenti, imprese e consumatori, nonché condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture, secondo metodologie che incentivino la concorrenza (art. 37, comma 2, lett a). In questo quadro l'Autorità è chiamata a fissare i criteri per la determinazione di tariffe, canoni, pedaggi, previa verifica della necessità di prezzi regolati, in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nel settore (e alle esigenze connesse agli obblighi di servizio pubblico). Ai fini della fissazione di tali criteri l'Autorità deve tener conto delle necessità connesse all'"equilibrio economico finanziario" delle imprese regolate, dell'efficienza produttiva delle gestioni, del contenimento dei costi per gli utenti (lett. b).

Nel caso del ciclo dei rifiuti urbani, l'orientamento ad un modello imprenditoriale nella gestione risulta dalle norme che definiscono i compiti tariffari in capo all'Autorità. La previsione è rilevante in prospettiva del passaggio dal sistema della Tari (che si fonda su indici presuntivi di ripartizione dei costi) a quello della tariffa corrispettiva, che consenta una completa imputazione dei costi (anche alla luce dei principi comunitari del "chi inquina paga" e della responsabilità estesa del produttore); nella definizione del modello tariffario, inoltre, si fa riferimento alle condizioni di redditività del servizio, nonché al criterio della remunerazione del capitale, che connotano i servizi di carattere imprenditoriale. L'ARERA è chiamata, altresì, a fissare i criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (lett. g), i quali sono generalmente al di fuori del perimetro del ciclo dei rifiuti oggetto di privativa (essendo fre-

⁴² Così Corte Cost. n. 482/1995, confermata dalla sentenza n. 41/2013.

⁴³ La dottrina distingue tra un modello "economico" del servizio (basato sulla mera copertura dei costi con i ricavi) e quello imprenditoriale, che contempla anche lo spazio della remunerazione del capitale, quale componente imprescindibile per l'apertura all'iniziativa economica privata. Così A. TRAVI, *La disciplina tariffaria del servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014.

quentemente di proprietà privata)⁴⁴. La funzione dell'Autorità, dunque, svolge un ruolo di garanzia, specie laddove le imprese titolari degli impianti godano di una posizione di potere di mercato, anche grazie a principi quali l'autosufficienza a livello di ambito, che pongono specifici vincoli alla circolazione dei rifiuti stessi.

Anche per il servizio idrico le norme di riferimento prevedono che la tariffa sia calcolata sulla base dei costi e dei benefici nell'utilizzo della risorsa idrica, tenendo conto «sia del costo finanziario della fornitura del servizio, che dei relativi costi ambientali e delle risorse», in applicazione del principio comunitario del pieno recupero dei costi (art. 154 del d.lgs. n. 152/2006). L'applicazione di questi principi nei primi atti regolatori dell'ARERA ha sollevato dei dubbi di legittimità, alla luce dell'esito referendario del 2011, che aveva cancellato la norma che prevedeva quale componente tariffaria «l'adeguatezza del capitale investito», implicitamente aprendo la strada per una rivisitazione della materia alla luce di criteri non meramente imprenditoriali⁴⁵. Tuttavia la giurisprudenza amministrativa ha dichiarato valido il metodo tariffario stabilito dall'Autorità e il principio del pieno recupero dei costi. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha sottolineato che «la metodologia tariffaria adottata dalla legislazione statale garantisce un trattamento uniforme alle varie imprese ... evitando che si producano arbitrarie disparità di trattamento sui costi aziendali, conseguenti a vincoli imposti in modo differenziato sul territorio nazionale»⁴⁶.

La regolazione tariffaria è l'aspetto più evidente dell'aspirazione legislativa di ricondurre la gestione dei servizi ad un modello imprenditoriale, rispetto al quale le stesse amministrazioni competenti vanno supportate in direzione di una potenziata "razionalità economica".

In questo senso vanno lette le funzioni delle autorità di regolazione dirette sia alle amministrazioni che svolgono funzioni di programmazione o pianificazione⁴⁷ (come si vedrà), sia a quelle chiamate a organizzare i servizi, a partire dalla disciplina delle gare e dalla predisposizione dei relativi bandi⁴⁸.

⁴⁴ Si v. Corte Cass., sez. un., 30 settembre 2013, n. 22317, secondo la quale la realizzazione delle infrastrutture necessarie per l'espletamento dei servizi di gestione del ciclo dei rifiuti non è essa stessa gestione del ciclo dei rifiuti, quindi non ricade nella sfera di giurisdizione del giudice amministrativo.

⁴⁵ Ritiene totalmente disatteso il referendum del 2011 S. MAROTTA, *Razionalità economica e funzione allocativa del diritto dei servizi pubblici essenziali. Brevi note sul caso delle tariffe idriche*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1-2/2015, p. 243 ss.

⁴⁶ Così Cons. Stato, sez. VI, n. 2481/2017, con riferimento alla delibera dell'AEEGSI n. 585/2012, sulla quale si v. S. VACCARI, *La regolazione del servizio idrico integrato tra ideologie e vincoli normativi*, in *Munus*, 2018, n. 3, p. 1247 ss.

⁴⁷ A questo scopo è preordinata anche la funzione di verifica della corretta redazione dei piani di ambito, ai sensi dell'art. 1, comma 527, lett. i), legge n. 205/2017, svolta da ARERA in materia di ciclo dei rifiuti urbani.

⁴⁸ Si v. la delibera dell'Autorità dei trasporti del 13 marzo 2019, n. 22/2019, e relativi allegati, riguardante l'atto di regolazione recante le misure per la definizione dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto marittimo passeggeri. I destinatari della delibera sono individuati in tre gruppi: i soggetti competenti nelle attività di programmazione (SC); gli enti affidatari (EA); le imprese di navigazione (IN). I soggetti competenti sono chiamati a svolgere apposite analisi della domanda, sentiti gli utenti e le loro associazioni, e congrue verifiche di mercato, al fine di valutare gli obblighi di servizio pubblico, in modo coerente con un uso efficiente delle risorse pubbliche e con il principio di libertà degli scambi. Gli enti affidatari sono chiamati a predisporre i documenti di gara in modo da contemporaneamente garantire qualità ed equilibrio economico-finanziario, secondo i criteri e gli obiettivi di efficacia e di economicità indicati dall'Autorità. È interessante quanto affermato al punto 16: l'atto di regolazione «intende *stimolare* gli enti incaricati del-

Sotto questo profilo, gli enti di governo di ambito, o gli stessi comuni (ove i primi non siano istituiti) sono vincolati a impostare i rapporti con i gestori dei servizi sulla base di una disciplina comune i cui contenuti essenziali sono fissati dalle autorità indipendenti (nelle c.d. convenzioni tipo). Lo scopo è quello di tradurre in clausole contrattuali i principi di legge, come è emblematico il caso del servizio idrico integrato, in cui le convenzioni devono essere improntate ai principi di unicità della gestione di ambito (art. 147, comma 2, lett. b, d.lgs. n. 152/2006) e alla definizione del perimetro dell'affidamento in modo da consentire il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario del gestore⁴⁹.

Nella definizione del modello economico dei servizi, un altro aspetto è quello riguardante la trasparenza della contabilità delle imprese regolate e l'introduzione di regole di contabilità separata, in caso di servizi integrati⁵⁰, compito che è esplicitazione tipica della funzione regolatoria, ai sensi della stessa legge n. 481/1995.

b) finalizzate al superamento della disomogeneità qualitativa a livello territoriale e alla tutela dell'utenza

La specifica attenzione alla qualità dei servizi emerge dalle norme che definiscono le corrispondenti funzioni delle autorità di regolazione: l'ART è chiamata a «stabilire le *condizioni minime di qualità* dei servizi di trasporto nazionali e locali connotati da oneri di servizio pubblico» (art. 37, comma 2, lett. d); l'ARERA è competente a definire i *livelli di qualità dei servizi* dei rifiuti e a vigilare sulle rispettive modalità di erogazione (art. 1, comma 527, lett. b), nonché a definire i *livelli minimi* e gli *obiettivi di qualità* del servizio idrico integrato ovvero dei singoli servizi che lo compongono (dpcm 20 luglio 2012, art. 3, lett. a).

In tutte le disposizioni enucleate si prevede che la definizione dei livelli di qualità avvenga in forma partecipata, attraverso il coinvolgimento delle regioni, dei gestori e delle associazioni di utenti interessate nei procedimenti relativi alla formulazione degli atti di regolazione. Nel caso del servizio idrico, risulta esplicitata una suddivisione di compiti tra Ministero e ARERA, nel senso che al primo sono affidati compiti di definizione degli obiettivi generali di qualità del servizio idrico integrato, sempre in modo partecipato, in coerenza con quelli che sono i compiti dello Stato definiti anche per il ciclo dei rifiuti (art. 195, comma 1, lett. l, d.lgs. n. 152/2006).

la programmazione dei servizi ad effettuare una valutazione approfondita e in via partecipativa (imprese, cittadini, associazioni di utenti) delle esigenze di mobilità e delle caratteristiche offerte». Gli obblighi di servizio pubblico vanno individuati solo a fronte di un verificato fallimento del mercato circa gli obiettivi prefissati. Si v. anche l'atto regolatorio dell'ART del 29 novembre 2018, n. 120/2018, in materia di metodologia e criteri per garantire l'efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto regionale.

⁴⁹ Si v. la deliberazione di ARERA del 23 dicembre 2015, n. 656/2015/R/IDR, recante la convenzione tipo per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato.

⁵⁰ Così l'ART «determina i criteri per la redazione della contabilità delle imprese regolate e può imporre, se necessario per garantire la concorrenza, la separazione contabile e societaria delle imprese integrate» (art. 37, comma 3, lett. b); l'ARERA adotta le «direttive per la trasparenza contabile e amministrativa della gestione, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, anche ai fini della corretta disaggregazione per funzioni, per area geografica e per categorie di utenze, e definizione degli indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi», sia nell'ambito dei rifiuti (art. 1, comma 257, lett. a), che per il servizio idrico (dpcm 20 luglio 2012, lett. g).

Il potere delle autorità non si arresta alla mera determinazione dei contenuti della qualità e ai meccanismi di determinazione degli indennizzi automatici⁵¹, ma implica un successivo potere di vigilanza e verifica sulle condizioni effettive di erogazione dei servizi, con il conseguente esercizio di poteri ispettivi e la possibile erogazione di sanzioni da parte delle autorità medesime⁵².

Sia per i trasporti che per l'idrico, la legge espressamente fa riferimento a livelli *minimi* di qualità; negli atti regolatori di attuazione, il livello minimo è coerente con l'obiettivo di fissare standard uniformi e omogenei a livello del territorio nazionale⁵³.

Nel caso particolare dei trasporti, si pone una correlazione con la definizione del "*contenuto minimo degli specifici diritti*, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto", fatte salve le ulteriori garanzie che siano previste nelle carte di servizio (art. 37, comma 2, lett. e).

Questo riferimento è interessante perché sposta l'attenzione dalla definizione delle prestazioni al contenuto delle pretese tutelabili: si presuppone che ogni ipotetico "diritto" copra, in realtà, una fascia di interessi, solo alcuni dei quali sono realmente indisponibili ai gestori dei servizi, sulla base di quanto disciplinato negli atti regolatori delle autorità indipendenti. Rimane impregiudicata la possibilità per i gestori medesimi di riconoscere, nelle carte di servizio, livelli ulteriori di protezione, in rapporto alle specifiche condizioni di erogazione del servizio e alle singole attività.

Le autorità indipendenti di regolazione sono perciò garanti, rispetto alle stesse autonomie territoriali, dell'uguaglianza degli utenti dei rispettivi servizi a livello nazionale, quantomeno con riferimento ad una fascia di prestazioni che si reputino essenziali a definire la qualità del servizio. Un compito regolatorio che quindi, nonostante l'assenza di qualsiasi espresso rinvio in tal senso nelle leggi istitutive, sembra ascrivere alla competenza che la Costituzione definisce per lo Stato relativamente all'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m). Sotto questo profilo appare, infatti, insufficiente la riconduzione che finora la stessa Corte costituzionale ha operato delle riforme intervenute nei servizi locali di interesse economico, alle sole competenze statali in materia di concorrenza e di tutela dell'ambiente⁵⁴. Nel caso specifico, le autorità di regolazione sono chiamate a garantire un'omogeneità di condizioni nell'erogazione dei servizi, a li-

⁵¹ Si tratta, peraltro, di una qualità declinata sia sul versante giuridico, cioè di riconoscimento di specifici obblighi dei gestori e di corrispondenti diritti degli utenti: si v., al riguardo, la deliberazione di ARERA del 27 dicembre 2017, n. 917/2017/R/IDR, concernente la regolazione della qualità tecnica del servizio idrico integrato.

⁵² Nel caso dei trasporti locali e del servizio idrico integrato i corrispondenti poteri sono puntualmente disciplinati; per i rifiuti la normativa è molto più scarna, ma va letta nell'integrazione con le previsioni della legge n. 481/1995, a cui fa rinvio (e in analogia con il modello prefigurato nel servizio idrico, che ne costituisce il riferimento).

⁵³ Si v. la delibera di ARERA del 23 dicembre 2015, 655/2015/R/IDR, sulla regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato, in cui si vincolano i gestori a rispettare taluni standard e misure organizzative uniformi, volte a garantire la qualità, nella prospettiva di incentivare miglioramenti qualitativi di quei livelli medesimi.

⁵⁴ Si v., tra le altre, le sentenze della Corte Cost. n. 272/2004; n. 246/2009; n. 325/2010 (per cui l'istituzione delle autorità d'ambito appartiene alla tutela della concorrenza e dell'ambiente, perché consente la razionalizzazione delle risorse idriche); n. 187/2011 e n. 62/2012 (secondo le quali l'affidamento della gestione del servizio idrico appartiene alla tutela dell'ambiente); n. 32/2015 (ove la disciplina dell'affidamento del servizio idrico integrato è ricondotta al principio di tutela della concorrenza).

vello nazionale, quantomeno per contenuti essenziali. Coerentemente con la logica dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., ciò non preclude ma, anzi, presuppone che gli enti territoriali e i gestori interessati possano, in rapporto alle diverse competenze, garantire condizioni di erogazione qualitativamente superiori rispetto al livello essenziale previsto dagli atti regolatori delle autorità⁵⁵. È il temperamento che la norma costituzionale richiede tra uguaglianza e autonomia, tale per cui le “disuguaglianze” ammissibili⁵⁶ si collochino “esternamente” rispetto ad un contenuto qualificante necessario e omogeneo.

Rientrano a pieno titolo nei poteri esercitabili dalle autorità in virtù dello stesso rinvio alla disciplina quadro n. 481/1995, la modificazione diretta delle condizioni contrattuali che regolano i rapporti tra gestori e utenti, oltre che l'ordine di cessazione di comportamenti abusivi⁵⁷ e la funzione di risoluzione delle controversie tra gli stessi⁵⁸.

c) di rilettura dei confini del regime amministrativo delle attività e di supporto alle attività di programmazione e pianificazione

Anche nei settori del trasporto locale, del servizio idrico e del ciclo dei rifiuti, le autorità indipendenti svolgono funzioni che implicano una valutazione del regime delle attività oggetto di regolazione.

Generalmente si tratta di competenze che sono espressione di una funzione pro-concorrenziale, per cui le autorità possono formulare proposte in ordine alle attività da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione, *in relazione alle condizioni di concorrenza nei mercati* (così lett. I per il ciclo rifiuti).

Si tratta di un terreno in cui le competenze delle autorità di regolazione vanno composte con quelle dell'AGCM, i cui studi settoriali e la cui attività di *advocacy* sono dirette tipicamente a valutare le restrizioni all'accesso nei mercati indagati.

Nonostante questa comunanza di intenti, non c'è dubbio che lo sguardo delle autorità di regolazione sia una declinazione della propria funzione: si v. ad esempio, l'Autorità dei trasporti che può svolgere un'attività consultiva per le amministrazioni pubbliche competenti (mediante pareri pubblici), finalizzata «all'individuazione degli ambiti di servizio pubblico e dei metodi più efficienti per finanziarli» (art. 37, comma 3). Con riferimento all'ARERA le norme prevedono che il Governo, le regioni, gli enti locali, le autorità d'ambito, i gestori e le associazioni di tutela degli utenti, possano chiedere pareri «in materia di

⁵⁵ È la logica del livello “minimo”, che garantisce l'uniformità di trattamento rispetto ad una certa soglia, che può essere superata a livello locale. La stessa filosofia è riscontrabile nella recente riforma delle agenzie ambientali (SNPA), in cui si fa riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni tecniche ambientali (LEPTA), individuati come livelli minimi omogenei nel territorio con riferimento alle attività che il sistema nazionale di protezione dell'ambiente è tenuto ad assicurare (attività di ricerca, controllo, monitoraggio, supporto tecnico-scientifico).

⁵⁶ G. ROSSI-A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il lavoro nelle amm. pubbl.*, 2002, p. 22 ss.

⁵⁷ In tal senso si v. G. NAPOLITANO, *Il decreto “Salva Italia” (La rinascita della regolazione per autorità indipendenti)*, cit.

⁵⁸ L'Autorità “valuta i reclami, le istanze e le segnalazioni presentate dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione, ai fini dell'esercizio delle sue competenze” (art. 37, comma 3, lett. g – ART). Nello stesso senso si declinano le corrispondenti competenze dell'ARERA per il ciclo rifiuti (art. 1, comma 527, lett. d) e per il servizio idrico integrato (dpcm 20 luglio 2012, art. 3, comma 1, lett. I).

servizio idrico integrato» (art. 10 del d.l. n. 70/2011); per il rapporto di collegamento tra le due discipline, è da ritenere che tale funzione sussista anche con riferimento al ciclo dei rifiuti, anche perché connessa a quella più generale di proposta della revisione della disciplina vigente (art. 1, comma 527, lett. m).

In funzione non solo pro-concorrenziale, ARERA è chiamata a verificare la corretta redazione dei piani di ambito, sia per il servizio idrico che per il ciclo rifiuti, esprimendo “osservazioni e rilievi”, che si presume debbano essere vincolanti per gli enti di governo d’ambito. Funzioni puntuali, come quella richiamata dal comma 527 sul ciclo di rifiuti, per cui l’Autorità è chiamata a garantire “l’adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea”, rinvia ad una necessaria collaborazione tra autorità e amministrazioni preposte alle attività di programmazione e pianificazione.

Tale funzione è comunque significativa di un rapporto diretto che si realizza tra autorità indipendente e ente di governo di ambito, in base al quale la prima «entra nei contenuti del piano d’ambito e nella dinamica dei rapporti contrattuali»⁵⁹, nella valorizzazione della tecnicità delle funzioni regolatorie volte a coniugare concorrenzialità e qualità dei servizi.

5. Il significato della regolazione indipendente “quadro” e “migliorativa”

Ove si osservi secondo una prospettiva d’insieme le accezioni del carattere “quadro” e “migliorativo” delle funzioni delle autorità, esse sembrano muoversi lungo due filoni fondamentali: rendere più coerente la gestione dei servizi con un modello di efficienza economica (contribuendo a ridurre l’ambito delle aree soggette a diritti esclusivi) e incrementare la tutela dell’utenza, secondo canoni di omogeneità nel territorio; per un verso supportare, dunque, la politica industriale nei settori considerati; per altro verso superare le eccessive disparità territoriali, riportando l’erogazione dei servizi a standard confrontabili con quelli dei paesi europei più avanzati.

Si osserva come, in primo luogo, l’ambito di regolazione affidato alle autorità coincida con quello dei servizi soggetti a obblighi di servizio pubblico o erogati in regime di monopolio naturale o comunque coperti da una riserva pubblica solidamente ancorata anche a motivi economici (si v. le economie di densità che caratterizzano la raccolta dei rifiuti urbani). Come si è visto, il ruolo delle autorità è volto sia a vigilare sui “confini” delle attività da sottoporre a obblighi di servizio pubblico o a diritti speciali ed esclusivi, per ragioni che potrebbero definirsi “esogene” rispetto alla valutazione degli enti locali (ad esempio i presupposti tecnologici che modificano le condizioni di erogazione del servizio); sia a indurre gli enti locali a tradurre la definizione degli obiettivi “politici” e sociali secondo strumenti coerenti con la natura economica dei servizi, supportandoli nella “razionalità economica” delle scelte e nell’adeguamento a standard qualitativi omogenei minimi sul territorio nazionale.

In secondo luogo, il carattere della regolazione delle autorità in questi ambiti, per riprendere una classificazione ampiamente nota, risponde al modello della regolazione finalistica piuttosto che condizionale. Ciò è sostenibile non solo per-

⁵⁹ Accenna a questa relazione privilegiata M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ottimali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d’ambito. Il rapporto con l’Aeegsi*, cit., 12.

ché il modello teorico della regolazione condizionale presuppone una pluralità di operatori, i cui comportamenti sono “orientati” dagli atti regolatori, a correzione di specifici fallimenti del mercato⁶⁰, e quindi non è coerente per questi settori in cui (come si è visto) la regolazione si rivolge essenzialmente alle amministrazioni che organizzano servizi con rilevanti obblighi di servizio pubblico o in regime di monopolio; ma anche perché i rispettivi ordinamenti settoriali prevedono l’individuazione di, talora puntuali, fini pubblici, in termini di risultati da raggiungere entro un determinato arco temporale⁶¹. L’attività delle autorità appare pienamente orientata al raggiungimento di quei risultati: l’esempio più rilevante è rappresentato dalla regolazione del meccanismo tariffario, tramite il quale le autorità possono incentivare scelte operative coerenti con gli obiettivi stessi: i processi di aggregazione orizzontale, gli investimenti in impianti di una certa tipologia, le campagne di educazione degli utenti e così via.

Sotto questo profilo la funzione regolatoria è collegata alla funzione programmatica, con cui condivide un carattere allocativo⁶², ma da cui mantiene una chiara distinzione⁶³, essendo la sua finalità comunque connessa all’organizzazione del mercato, laddove invece la prima traduce indirizzi politici in limiti, vincoli, obiettivi posti alle attività economiche considerate. E, come sottolinea la teoria economica, gli interventi programmatici possono dare i propri frutti migliori in coerenza con la funzione regolatoria, perché «l’autorità politica è costretta a rispettare le regole che sceverano la discrezionalità dall’arbitrio e a misurarsi con la quantificazione, operata dai mercati stessi, dei costi reali di quelle scelte; doversi misurare con le ‘funzioni di reazione’ di operatori che agiscono all’interno di mercati concorrenziali rende inequivocabilmente chiaro

⁶⁰ Così N. RANGONE, *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V. Milano, 2006, p. 5058 ss. Sulla regolazione condizionale sono imprescindibili gli studi nell’ambito dei mercati finanziari, di L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova, 1992; G. VESPERINI, *La Consob e l’informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Cedam, Padova, 1993; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

⁶¹ Sotto questo profilo appaiono di particolare interesse le osservazioni di E. BRUTI LIBERTI con riferimento alle reti energetiche (ambito diverso ma con affinità significative), ove l’ordinamento comunitario pone una regolazione tipicamente finalistica: «ben lungi dal limitarsi a fissare le condizioni per lo svolgimento delle relative attività di impresa, l’ordinamento individua i fini pubblici a cui le medesime attività devono conformarsi e ne persegue il rispetto da parte delle imprese, sia attraverso meccanismi di incentivazione sia mediante prescrizioni riconducibili al canone del *command and control*» (*Mercati dell’energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel terzo pacchetto energia*, in M.S. DE FOCATIIS-A MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione nel nuovo diritto dell’energia*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 33. Dello stesso autore si v. anche *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, cit. Sulla regolazione finalistica si v. anche M. DEL SIGNORE, *Il contingentamento dell’iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 28.

⁶² Si v. C. DE VINCENTI, *L’economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, in *astrid-online.it*, p. 14, e ora in G. BONIFATI-A.M. SIMONAZZI (a cura di), *Il ritorno dell’economia politica. Saggi in ricordo di Fernando Vianello*, Donzelli Editore, Roma, 2010. Secondo l’Autore, ove si intenda per regolazione «quel campo di azione dei pubblici poteri che consiste nello stabilire e far rispettare regole cui gli agenti devono attenersi e che concernono le caratteristiche delle transazioni e influenzano l’assetto dei mercati» essa appartiene alla funzione allocativa dello Stato «che comprende anche il campo delle specifiche scelte allocative delle autorità pubbliche e degli strumenti – risorse di bilancio, incentivi fiscali o finanziari – con cui realizzarle» (p. 2).

⁶³ Sulla specificità delle funzioni di programmazione si v. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L’intervento pubblico tra piani e regole*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 121 ss.

al decisore pubblico che in economia non esistono ‘pasti gratis’ e che occorre ricercare soluzioni efficaci ed efficienti»⁶⁴.

Perciò, accanto alla promozione di tipo pro-concorrenziale, la regolazione delle autorità appare finalisticamente orientata a supportare le politiche industriali, la cui definizione, nei loro contenuti, appartiene alle amministrazioni a legittimazione democratica.

La partecipazione degli enti territoriali alle procedure di formazione degli atti regolatori diventa, in questo contesto, una fondamentale via non solo per supportare la legittimazione delle autorità⁶⁵, ma anche per garantire il necessario coordinamento tra i diversi enti: il procedimento diventa, così, luogo di acquisizione reciproca degli elementi utili per l’esercizio delle proprie competenze, distinte ma, per certi aspetti, complementari⁶⁶.

Più problematica appare la questione relativa all’esercizio dei poteri delle autorità indipendenti nei confronti delle amministrazioni locali e degli enti di governo d’ambito. Le norme che definiscono le competenze delle autorità appaiono, infatti, abbastanza lacunose quando occorre disciplinare i relativi poteri. Si ripropone, in tal caso, il tema generale che riguarda i poteri impliciti delle autorità indipendenti, e della c.d. “legalità debole” che ne informa il complesso di funzioni, secondo la giurisprudenza, per cui i poteri e le finalità dell’autorità sono inseriti in un “programma legislativo aperto”, che rinvia alla partecipazione procedimentale la definizione concordata di regole tecniche⁶⁷.

Non è casuale che, nei settori elettrico e del gas, si sia sviluppato negli anni un nutrito contenzioso, che ha portato i giudici amministrativi a ricostruire una sorta di “statuto dei poteri” dell’Autorità, legittimando una serie di poteri impliciti, in nome di una legalità “procedurale”⁶⁸ che fonda la legittimità delle decisio-

⁶⁴ Così C. DE VINCENTI, *L’economia della regolazione: una triangolazione per orientarsi*, cit., 14. Sembra riprodursi, in tal caso, la riflessione di A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, secondo il quale «le correzioni tecnocratiche impersonate dalle autorità amministrative indipendenti si presentano come contropoteri. Si giustificano con la moralità della solidarietà e dell’efficienza del servizio fornito in modo adeguato ai cittadini, sostituendo il potere incompetente e inefficiente, che, perciò dà servizi cattivi» (p. 120). Ciò è scritto nel d.n.a. delle autorità, come sottolinea anche R. URSI, *Le stagioni dell’efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Bologna, 2016: «In ultima analisi, le autorità costituiscono l’epifenomeno di un modello di democrazia dell’efficienza, esito della europeizzazione degli ordinamenti, che intende soppiantare i tradizionali meccanismi della democrazia rappresentativa degli interessi con forme di regolazione di sistema poste da poteri politicamente neutrali e ispirate alla razionalità economica» (p. 266).

⁶⁵ Si v. la nota pronuncia Cons. Stato, sez. VI, n. 7972/2006, che ha segnato l’avvio di un nutrito orientamento conforme successivo, secondo la quale «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». Su queste problematiche si v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, ES, Napoli, 2018, p. 150 ss. Sulla partecipazione si v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 218 ss.

⁶⁶ Si v. l’art. 1, comma 527, lett. b), legge n. 205/2017, in materia di ciclo dei rifiuti urbani, secondo il quale l’ARERA definisce i livelli di qualità dei servizi “sentite le regioni” oltre che i gestori e le associazioni dei consumatori.

⁶⁷ È emblematico, sotto questo profilo, quanto affermato dal Consiglio di Stato, secondo il quale la legge n. 481/1995, istitutiva dell’autorità, è una «legge di indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all’esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all’autorità concretizzare». Così Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987. Similmente si v. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

⁶⁸ Così Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, secondo il quale realizza un assetto conforme alla Costituzione la legge che, con riferimento ai poteri regolatori, si limiti alla prede-

ni assunte sulla modalità di procedimenti aperti alla partecipazione di tutti i soggetti interessati. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale che ha sollevato critiche nel dibattito scientifico in materia, volto ad escludere che una simile “concezione debole” del principio di legalità possa estendersi a provvedimenti regolativi di tipo ablatorio o di carattere sanzionatorio⁶⁹, a maggior ragione se si tratti di provvedimenti riferiti ad amministrazioni locali.

6. Le autonomie locali di fronte alle autorità indipendenti di regolazione e la correzione dei (locali) *government failure*

In base all’analisi svolta, ove si volesse attingere al linguaggio economico per esprimere il ruolo proprio delle autorità indipendenti nei settori considerati, si potrebbe utilizzare la figura della correzione dei *government failure*, coniugata, nei casi di specie, con riferimento alla correzione dei limiti insiti nella regolazione di carattere locale (ad es. garantire una qualità minima uniforme dei servizi a livello nazionale).

Come il mercato “fallisce”, cioè trova il suo limite, nel realizzare interessi che fuoriescono dalla mera dimensione economica, così i governi (nel caso di specie i governi locali) “falliscono” quando perseguono le proprie finalità, intrinsecamente extra-economiche, utilizzando strumenti economici ma senza rispettarne la natura propria (di impresa); falliscono laddove la dimensione della tutela dei diritti dei destinatari delle prestazioni supera il confine del proprio territorio (che delimita l’ambito dei propri poteri); falliscono quando sono catturati da coloro che dovrebbero regolare.

Se le autorità indipendenti di regolazione rispondono, dunque, alla necessità (ampiamente emergente dalle leggi di settore) di riportare anche i servizi economici locali a rete ad un modello economico e ad un sistema di garanzia della qualità dei servizi che superi le distorsioni e l’intrinseca frammentarietà dell’ordinamento locale, non sfuggono due problematiche che restano aperte.

La prima è il rischio che, in assenza di una chiara definizione legislativa (e anche consapevolezza) dei rispettivi ruoli da parte dei diversi attori pubblici dei complessi sistemi di *governance* considerati, l’attività delle autorità indipendenti passi dalla dimensione “migliorativa” a quella semplicemente aggiuntiva, con un’ipertrofia di regole e in un contesto di conflittualità istituzionale⁷⁰. Peraltro rimangono ancora da approfondire questioni cruciali quali quelle del rapporto (nell’ambito dei singoli servizi) tra aree soggette alla regolazione indipendente e aree, pur connesse, che ne sono escluse: si pensi ai servizi idrici al di fuori del servizio idrico integrato (agricoltura e industria); o ai rifiuti speciali, che non sono oggetto di regolazione ma riguardo ai quali ARERA esercita taluni poteri (si v. le tariffe di accesso agli impianti di trattamento ...).

terminazione legale degli obiettivi propri dell’attività di regolazione e dei limiti che connotano in concreto l’esercizio di tale attività.

⁶⁹ Si v. P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, ES, Napoli, 2018, p. 150 ss. Secondo M. RAMAJOLI (*Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell’età delle incertezze*, cit.) è fisiologica la questione relativa alle difficoltà di individuazione della norma attributiva dei poteri «perché le Autorità di regolazione operano in base ad un dettato normativo laconico per natura» (p. 176).

⁷⁰ Il solo fatto che ancora nel 2019 in gran parte del territorio nazionale il servizio rifiuti sia regolato secondo il sistema della Tari, e non tariffario, influisce, ad esempio, sulla funzionalità ed effettività dei poteri dell’ARERA.

La seconda problematica è quella legata al, già richiamato, rischio di un'attenuazione della responsabilità pubblica legata ai servizi locali, fenomeno fisiologico nel momento in cui viene progressivamente erosa la sfera delle prerogative proprie degli enti locali, con conseguente spostamento delle decisioni concrete legate all'organizzazione e alla gestione dei servizi, sempre più "esternamente" ai propri confini, con la difficoltà di azionare la virtuosità del circuito politico-rappresentativo. Se l'affermazione del modello economico dei servizi aiuta a separare il rapporto di utenza da quello di cittadinanza⁷¹, la positività di questa scissione è messa in dubbio da quella parte della riflessione giuridica che nega la riconducibilità dei servizi pubblici locali a meri prodotti erogabili dal mercato, al più tramite dei correttivi, e rispetto ai quali le amministrazioni locali siano solo chiamate a fungere da garanti di una legalità economica; si evidenzia così il rischio di una perdita della missione dei servizi locali quali volani di processi di trasformazione sociale e ancorati ad una dimensione collettiva e solidale⁷².

È il concetto stesso di servizio pubblico locale che si apre ad una rivisitazione, nella necessaria ricomposizione di ciò che emerge dall'evoluzione in atto, volta a dare uno specifico rilievo alla dimensione imprenditoriale dei servizi, con la loro riconduzione (per esprimere anche la dimensione costituzionale) a "funzioni fondamentali" dei comuni⁷³, che ne garantirebbero l'organizzazione tramite l'esercizio di un potere autoritativo (alla base della riconduzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo)⁷⁴.

Si potrebbe sostenere che non cambia il nucleo fondamentale del servizio pubblico locale quale "attività doverosa nel fine" rispetto alla quale si pone un'aspettativa di risultato giuridicamente tutelata⁷⁵, che ne fonda lo stesso ancoraggio costituzionale. In tal senso, sul versante dell'offerta dei servizi, rimane il compito pubblico di definizione delle aree escluse dalla dinamica del mer-

⁷¹ Di queste dimensioni parla M. CAMELLI (*Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 127) quando sottolinea la problematicità di una commistione tra le due figure quando nel comune si sovrappongono il ruolo politico e l'autonomia gestionale, con la riconduzione del rapporto di utenza a quello di cittadinanza (e gli effetti non positivi che ne derivano).

⁷² Così A. PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Constituzionalismo.it*, 2017.

⁷³ In base all'art. 19 del d.l. n. 95/2012, convertito dalla legge n. 135/2012, ferme restando le funzioni di programmazione e coordinamento regionali, appartengono alle funzioni fondamentali dei comuni l'«organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, compresi i servizi di trasporto pubblico comunale» e l'«organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e riscossione dei relativi tributi». L'affermazione è funzionale ad affermare l'obbligatorietà dell'esercizio di dette funzioni per i comuni, nonché dell'esercizio associato per quelli di piccole dimensioni.

⁷⁴ Si v. Corte Cost. n. 35/2010.

⁷⁵ Il dibattito in materia è talmente ampio da non poter essere riportato in forma essenziale. Per una lettura delle problematiche in materia più rilevanti si v. G. ROSSI, *I servizi pubblici locali tra vincoli e autonomie*, in *Quad. del pluralismo*, 1998 e, dello stesso A., *Dove inizia il pubblico servizio. Avvio di una riflessione*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2000, oggi in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. III, cit., rispettivamente p. 1047 e p. 1077.

Sulla distinzione tra attività di mercato e servizio pubblico, nella considerazione delle norme costituzionali ed europee, si v. anche M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 136 ss. Si v. anche la definizione che riconduce il servizio pubblico alla determinazione dell'offerta da parte del potere pubblico, cioè alla determinazione delle caratteristiche del servizio garantito e delle condizioni secondo cui il servizio deve essere prestato (G. MARCOU, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, n. 1, 2006, p. 20).

cato, soggette a obblighi di servizio pubblico o diritti esclusivi⁷⁶, perché rimane inalterato il compito pubblico di “leggere” i bisogni sociali che sono alla base della domanda di servizi e rispetto alla quale i servizi stessi sono oggetto di programmazione e pianificazione da parte di regioni ed enti locali.

L’attenzione si sposta, semmai, sulle caratteristiche di quella «determinazione autoritativa della domanda e dell’offerta»⁷⁷, e, in modo specifico, sulla rilevanza “ultra-locale” che assumono, ormai, interessi come quello ad una rete adeguata dei servizi, ad una diffusa accessibilità alle reti, ad una garanzia omogenea, sul territorio nazionale, di taluni livelli qualitativi dei servizi, nel contemperamento con l’utilizzazione di strumenti economici. È questo l’ambito in cui il potere locale di organizzazione dei servizi economici a rete, finalisticamente orientato dagli atti generali di programmazione e pianificazione, trova la propria misura nella regolazione delle autorità indipendenti nazionali.

⁷⁶ Si cfr., fra le altre, le pronunce della Corte di Giustizia in ordine alla qualificazione come servizi di interesse economico generale dei trasporti sanitari d’urgenza, e in particolare: Corte giust. 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Racc.* 2001, I-8089 e Corte Giust. 29 aprile 2010, C-160/08,

⁷⁷ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli art. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 16 ss., secondo la quale la regolazione pubblica ex art. 41 trova nella garanzia del libero accesso al mercato il confine oltre il quale ci si colloca nella diversa prospettiva della determinazione autoritativa della domanda e dell’offerta e quindi nell’area propria dell’art. 43, riferibile alle attività “di spettanza pubblica”.